

Le statut du syndic*

Jacques AUGER**

Albert BOHÉMIER***

Le statut du syndic est la pierre angulaire autour de laquelle s'articule le régime de la faillite et de l'insolvabilité.

En droit anglais, le syndic acquiert un droit de propriété fiduciaire sur les biens de la faillite. Par opposition, le liquidateur d'une personne morale ne possède qu'un pouvoir d'administration et de liquidation.

La doctrine et la jurisprudence québécoises ont tenté tant bien que mal d'intégrer le statut du syndic dans un contexte de droit civil.

Avec le nouveau Code civil du Québec, la notion de fiducie a connu un nouvel essor et celle de l'administrateur du bien d'autrui s'est développée.

Le souci d'harmonisation oblige à une réflexion sur ces questions fondamentales. Comment peut-on arriver à respecter la tradition anglaise tout en assurant une meilleure intégration du statut du syndic dans un régime de droit civil?

* Cette étude a été préparée à la demande du ministère de la Justice du Canada. Les propos énoncés dans cette étude ne constituent pas des propositions de modification législative. Elle a été déposée en février 2002.

** Notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** Avocat-conseil auprès du cabinet Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre et professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan

Introduction	63
I. Le droit anglais et le droit canadien	64
A. Le patrimoine	65
1. Les droits du syndic	65
2. Les droits du liquidateur d'une personne morale	69
B. La gestion du syndic	75
1. Les devoirs et obligations fiduciaires du syndic	77
2. Le syndic comme officier du tribunal (<i>officer of the court</i>)	79
II. Le droit québécois	84
Introduction	84
Première partie : Le statut actuel du syndic	84
A. Le patrimoine	85
1. Les biens du failli	85
a. L'hypothèque	86
b. Le droit de propriété	87
<i>i. L'opposabilité du droit de propriété</i>	87
<i>ii. Le titulaire du droit de propriété</i>	91
2. Les obligations du failli	95
B. La gestion du patrimoine : le syndic comme officier de la cour (<i>officer of the court</i>)	98
Deuxième partie : Le statut futur du syndic	101
A. Le syndic est-il un cessionnaire?	102
B. Le syndic est-il un successeur?	104

C. Le syndic est-il un administrateur du bien d'autrui?	106
--	-----

Conclusion : <i>Statu quo</i> ou réforme plus fondamentale	111
---	------------

Introduction

L'objet de cette étude porte sur le statut du syndic examiné dans une perspective d'harmonisation entre la loi fédérale et le *Code civil du Québec*.

D'entrée en matière, il est utile de rappeler que la recherche d'harmonisation doit normalement avoir comme guide général le respect de la législation fédérale existante. Il faut autant que possible trouver des éléments de solution sans modifier la loi fédérale.

Lorsqu'il existe des concepts ou des institutions similaires ou équivalentes dans le système de common law et dans celui du droit civil, on peut assez facilement atteindre l'objectif poursuivi. Mais, en l'absence de telles similarités ou équivalences, les difficultés se présentent d'une toute autre façon. On peut se trouver dans une situation où l'harmonisation ne peut s'effectuer qu'en remettant en cause le régime établi par la législation fédérale.

Notre étude, comme on le verra, tend à démontrer que la question du statut du syndic se présente comme l'une de ces situations. L'objectif d'harmonisation prend alors le caractère d'un choix de politique législative sur lequel les auteurs de cette étude ne se sentent pas en droit de se prononcer.

Avant d'envisager tout élément de réforme, il nous a paru nécessaire de faire une étude sommaire mais générale du droit anglais, de la législation fédérale canadienne (I. Le droit anglais et le droit canadien), puis du droit québécois (II. Le droit québécois). Enfin, nous nous demanderons quels éléments de réforme ou quelles solutions pourraient être adoptés en vue d'en arriver à une plus grande harmonisation entre la loi fédérale et le *Code civil du Québec* (Conclusion : *Statu quo* ou réforme plus fondamentale).

Le premier titre est consacré au droit anglais et au droit canadien. Dans une première section (A. Le patrimoine), nous étudions d'abord les droits du syndic à l'égard des biens qui constituent le patrimoine du failli. Quels sont les droits et les pouvoirs du syndic à l'égard de ces biens et quelle en est la nature? Pour mieux saisir

la portée des règles et dresser un tableau plus complet, nous comparons ensuite les droits d'un syndic de faillite et ceux du liquidateur d'une personne morale.

Dans une deuxième section (B. La gestion du syndic), nous nous intéressons au comportement professionnel du syndic. Comme administrateur des biens de la faillite, chargé de leur liquidation dans l'intérêt des créanciers, la conduite du syndic est assujettie à certaines règles de comportement professionnel. C'est l'objet de la question étudiée dans cette section.

Le titre deuxième est consacré à l'analyse des mêmes questions mais dans un contexte de droit québécois. De quelle façon les règles concernant le titre du syndic et sa gestion sont-elles reçues et interprétées par les tribunaux québécois. La première partie porte sur le statut actuel du syndic. Nous y étudions les litiges relatifs au patrimoine (A), puis ceux concernant sa gestion (B). Comme nous le verrons, les tribunaux québécois ont répondu à ces difficultés soit en s'inspirant directement des solutions du droit anglais et du droit canadien, soit en tentant de les adapter avec plus ou moins de succès à un contexte de droit civil. Dans une deuxième partie sur le statut futur du syndic, nous nous demandons si ce dernier est un cessionnaire (A), un successeur (B) ou un administrateur du bien d'autrui (C).

La conclusion porte sur l'opportunité d'une réforme en vue de favoriser l'harmonisation entre la loi fédérale et le *Code civil du Québec*. Les changements proposés ont un caractère plus ou moins radical en raison des difficultés à contourner ou à surmonter. Compte tenu du souci d'en arriver à des éléments de solution réalistes et réalisables, les auteurs de cette étude favorisent les solutions qui paraissent les plus respectueuses des institutions historiquement reconnues par la législation fédérale.

I. Le droit anglais et le droit canadien

Dans ce titre, notre but est d'abord d'analyser, selon le droit anglais et le droit des provinces de common law, la nature des droits du syndic sur les biens qui lui sont dévolus par l'effet de la faillite.

A. Le patrimoine

Nous utilisons cette expression pour indiquer tout simplement que cette section porte sur les droits du syndic sur les biens de la faillite par opposition à ceux qu'exerce le liquidateur sur les biens de la personne morale mise en liquidation.

1. Les droits du syndic

En droit anglais comme en droit canadien, la déclaration de faillite, volontaire ou forcée, entraîne le dessaisissement du débiteur dont tous les biens sont dévolus au syndic¹.

L'article 53(2) de la loi anglaise sur la faillite de 1914 prévoyait :

*On the appointment of a trustee the property shall forthwith **pass and vest** in the trustee [...]*²

Dès l'adoption de la première loi fédérale sur la faillite, on retrouve une disposition semblable en droit canadien. L'article 29 de l'Acte concernant la faillite de 1869 prévoyait :

*[...] and by the effect of his appointment [assignee], the whole of the estate of the Insolvent [...] shall **vest** in the said assignee [...]*³

C'est la formule retenue par la législation fédérale jusqu'à maintenant. En effet, selon l'article 71(2) de la loi actuelle :

¹ Observons que le débiteur qui veut se déclarer volontairement en état de faillite (art. 49 et 71(2) L.F.I.) remplit le formulaire 22. Selon ce formulaire intitulé « Cession au bénéfice des créanciers en général », le débiteur déclare qu'il « cède et abandonne, par la présente, tous mes biens au syndic au bénéfice de mes créanciers [...] ». Toutefois, cette cession ne devient opérante qu'à compter du moment où elle est déposée auprès du séquestre officiel (art. 49(3) L.F.I.). Et alors, la cession de biens prend immédiatement effet en vertu de la loi elle-même (art. 71(2) L.F.I.).

² *The Bankruptcy Act*, (1914) 4-5 Geo. V, c. 59. La loi anglaise de 1883 prévoyait déjà ce transfert : « *The property of the bankrupt shall vest in the trustee* ». Voir : *Bankruptcy Act*, (1883) 46-47 Vict., c. 52, art. 54. (L'emphase est de nous.)

³ *Acte concernant la faillite*, (1869) 32-33 Vict., c. 16, art. 29. (L'emphase est de nous.)

*A bankrupt [...] with his property, which shall, [...] forthwith **pass to and vest in the trustee** [...]*⁴

Le mot anglais *vest*, comme le terme *pass*⁵, implique le transfert des biens du patrimoine du débiteur à celui du syndic.

En vertu de la loi elle-même, « *vest* » a pour effet de transférer immédiatement au syndic tous les droits saisissables que le débiteur a sur ses biens⁶.

Vest. To give an immediate, fixed right of present or future enjoyment.⁷

Vested. [...] Having the character or giving the rights of absolute ownership.⁸

Dans son dictionnaire, Garner précise que ce transfert se fait de façon immédiate et en pleine propriété au profit du syndic :

Vest. [...] The primary senses are these: (1) "to confer ownership of (property) upon a person"; (2) "To invest (a person) with the full title to property" or (3) to give (a person) an immediate, fixed right of present or future enjoyment".⁹

⁴ Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), c. B-3, L.C. 1992, c. 27. (L'emphase est de nous.)

⁵ Voir : John B. SAUNDERS (dir.), *Words and Phrases Legally Defined*, 2^e éd., vol. 4, London, Butterworth, 1970, p. 80 : « *Passing is not defined (in the Financial Acts) but may be taken to mean changing hands* ». Voir aussi : John BURKE (dir.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., vol. 2, London, Sweet & Maxwell, 1977, p. 1328 : « *Pass: In conveyancing to pass is to transfer or to be transferred* ». Au volume 1, p. 457, il est mentionné que *conveyance* signifie entre autres « *a mode by which property is conveyed or voluntarily transferred from one person to another [...]* ». BLACK'S *Law Dictionary*, 5^e éd., p. 1012 (1999) : « *Pass. In the language of conveyancing, the term means to move from one person to another; i.e. to be transferred or conveyed from one owner to another* ». Il est intéressant d'observer que l'article 29 de la loi canadienne de 1869 (précitée, note 3) stipulait expressément « que les biens seront transférés au syndic, de la même manière, au même degré et sous les mêmes exceptions que s'il eut été dûment nommé syndic [...] en vertu d'une cession volontaire de ses biens ».

⁶ Selon le *Jowitt's Dictionary of English Law* (op. cit., note 5), p. 1858 : « *vest is used specially to denote a transfer by or under an Act of Parliament* ». Ainsi, selon cet ouvrage, lorsqu'un débiteur est déclaré en faillite, « *his property vests in the trustee for the time being : that is, the property is transferred to the trustee in the same way as if the bankrupt had executed a conveyance of it* ».

⁷ BLACK'S, *Law Dictionary*, op. cit., note 5, p. 1401.

⁸ *Id.*

⁹ Bryan A. GARNER, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, New-York, Oxford University Press, p. 914. Voir, dans le même sens : *Words and Phrases Legally Defined*, op. cit., note 5.

La faillite a donc pour effet de transférer au syndic tous les droits que le failli avait sur ses biens. C'est l'idée que l'on a à l'esprit lorsqu'il est dit que le failli est dessaisi de son patrimoine qui est alors dévolu au syndic.

Ce transfert de propriété résultant de la procédure de faillite n'a évidemment pas lieu dans l'intérêt personnel du syndic. Il s'opère plutôt en vue de permettre à ce dernier de liquider les biens du failli dans l'intérêt des créanciers, conformément à la loi et sous le contrôle du tribunal. La faillite entraîne donc la constitution d'une forme de patrimoine fiduciaire :

*The title of a trustee is a trust title for the benefit of the creditors and thereafter for the use of the bankrupt or others holding under him.*¹⁰

*As I read the Bankruptcy Act, the trustee takes all the bankrupt's property for an absolute estate in law, but for limited purposes, namely, for the payment of the creditors [...]*¹¹

Toutefois, il convient d'observer que ce « trust » est quelque peu différent d'un « trust » ordinaire au sens du droit anglais :

*He as a trustee is in a better position than an ordinary trustee to the extent pointed out in Ex parte Sheffield, In re Austin and In re Leadbetter, that is to say, the bankrupt has not the ordinary right of a certui que trust to intervene until the surplus has been ascertained to exist [...] [the debtor] cannot trouble the trustee by taxing the bill of costs or intervene with the administration in any way [...]*¹²

Les mêmes restrictions ont été reconnues en droit américain au sujet du patrimoine fiduciaire dévolu au syndic :

Our trustee in bankruptcy is a trustee only in the broad sense of the term. He is a fiduciary holding legal title to property which he is bound to administer pursuant to the terms of the bankruptcy statute. There are, however, no beneficiaries which hold vested equitable interests as in the case with ordinary trusts created by voluntary settlement. It is well settled that a creditor's interest in the distribution of an insolvent estate

¹⁰ Lewis DUNCAN et John D. HONSBARGER, *Bankruptcy in Canada*, 3^e éd., Toronto, Canadian Legal Authors Ltd., 1961, p. 253 (ci-après cité : DUNCAN & HONSBARGER).

¹¹ *Bird c. Philpott*, [1900] 1 Ch. Div. 822, 828.

¹² *Id.*; voir aussi : *Re A Debtor*, [1949] 1 All E.R. 510 (Ch. D.).

*is not a vested interest like that of a certui que trust under a voluntary transfer.*¹³

Pendant le déroulement de la procédure de faillite, l'administration du syndic a lieu dans l'intérêt des créanciers et, en principe, eux seuls peuvent intervenir pour contrôler celle-ci. Quant au failli, sous réserve d'une fraude de la part du syndic, on a longtemps considéré qu'il ne pouvait intervenir que s'il était établi que la faillite dégagerait un surplus après le paiement des créanciers¹⁴. La perte de contrôle du failli sur l'administration de son patrimoine était considérée comme le prix qu'il devait payer pour obtenir éventuellement sa libération de dettes.

Aujourd'hui, on peut croire qu'un tribunal siégeant en matière de faillite serait plus réceptif à une demande du débiteur concernant l'administration du syndic en raison des changements apportés à la loi et qui permettent à tout intéressé d'intervenir¹⁵.

D'autre part, si, après paiement des frais et des créanciers, il se dégage un surplus dans la faillite, l'article 144 L.F.I. prévoit alors ce qui suit :

Le failli, ou le représentant légal d'un failli décédé, a droit de recevoir tout surplus qui reste après paiement en entier des créanciers [...]

C'est donc dire qu'à compter de ce moment-là apparaît une forme de *resulting trust* au profit du débiteur¹⁶. Mais tant et aussi longtemps que le surplus n'a pas été établi, le failli n'a aucun droit : « [h]e has nothing more than a mere hope or expectation »¹⁷.

C'est en raison de la nature particulière de la fiducie que forme l'actif de la faillite qu'un auteur américain concluait que pour connaître les droits et obligations d'un syndic, il faut plutôt chercher

¹³ J.A. MACLACHLAN, *Handbook on the Law of Bankruptcy*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1956, p. 167; voir au même effet : *Re A Debtor*, précité, note 12, 512.

¹⁴ *Re A Debtor*, précité, note 12, 511.

¹⁵ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, précitée, note 4, art. 37; DUNCAN et HONSBARGER, *op. cit.*, note 10, p. 683; voir toutefois : *Re Chaban*, (1998) 4 C.B.R. (4th) 210, 220.

¹⁶ *Troup c. Ricardo*, (1865) 34 L.J. 91, 94 (Ch.); *Bird c. Philpott*, précité, note 11, 829.

¹⁷ *Ex parte Sheffield*, (1878-1879) 10 Ch. Div. 434, 435.

les réponses dans la loi sur la faillite et dans les usages (traditions) qui se sont développés dans la pratique de ce droit¹⁸.

De cette analyse sommaire, on peut retenir certaines conclusions principales. Par la faillite, il s'opère par le seul effet de la loi un transfert (*passing and vesting*) des biens du débiteur au profit du syndic. Ce dernier est appelé à liquider les biens dans l'intérêt des créanciers. C'est ainsi que le syndic acquiert un droit de propriété fiduciaire. Cette fiducie toutefois, bien qu'elle en renferme certaines des caractéristiques essentielles, est tout de même légèrement différente de la fiducie ordinaire.

Il n'est pas facile de traduire cette réalité dans un contexte de droit civil. C'est sans doute la raison pour laquelle les tribunaux québécois, comme nous le verrons¹⁹, ont parlé d'un droit de propriété *sui generis* ou fiduciaire détenu par le syndic sur les biens qui composent l'actif²⁰.

2. Les droits du liquidateur d'une personne morale

Nous avons vu (*supra*, p. 65) que, selon les lois sur la faillite anglaise et canadienne, la déclaration de faillite entraîne le dessaisissement du débiteur dont tous les biens sont dévolus au syndic (*pass to and vest in the trustee*). Le syndic acquiert un droit de propriété sur les biens du failli qu'il doit réaliser dans l'intérêt des créanciers.

Dans le cas de la liquidation d'une personne morale (*winding up*), il n'existe pas de transfert de propriété de semblable nature. En effet, selon l'article 33 de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*²¹ :

Dès sa nomination, le liquidateur **prend en sa garde ou sous son contrôle** (takes into his custody or under his control) tous les biens [...] auxquels la compagnie a ou semble avoir droit [...]²²

L'ordonnance de liquidation a donc un effet différent de celui qui résulte d'une déclaration de faillite.

¹⁸ J.A. MACLACHLAN, *op. cit.*, note 13, p. 168.

¹⁹ *Infra*, p. 91.

²⁰ *In re Ireland : Gingras c. Banque provinciale du Canada*, [1962] C.S. 686; *Lefavre c. Côté*, [1976] C.A. 691.

²¹ L.R.C. (1985), c. W-11, telle que modifiée. C'est le nouveau titre de l'ancienne *Loi sur les liquidations*. Voir : L.C. 1996, c. 6, art. 133.

²² (L'emphase est de nous.)

Contrairement à ce qui prévaut en cas de faillite, les biens de la compagnie restent la propriété de la compagnie et ne sont pas transmis dans les mains du liquidateur.²³

Cette disparité de traitement existe en droit anglais depuis fort longtemps :

*No doubt winding-up differs from bankruptcy in this respect, that in bankruptcy the whole estate, both legal and beneficial, is taken out of the bankrupt, and is vested in his trustee or assignee, whereas in a winding-up the legal estate still remains in the company. But, in my opinion, the beneficial interest is clearly taken out of the company.*²⁴

Le même point de vue a été depuis longtemps retenu par les tribunaux canadiens :

*There is in reality but little analogy between a winding-up of a company and a bankruptcy. The property of the bankrupt vests by operation of law in his assignee; the title as well as the control is completely divested from the one and vested in the other. Nothing of this kind takes place in the case of a winding-up. The title to the company's property remains in the company; the control and management and disposal of it is taken from the directors and placed in the liquidators [...]*²⁵

Très tôt, le législateur anglais a soustrait la liquidation des personnes morales (*winding-up*) de la juridiction dite de faillite (*bankruptcy*) qui devenait ainsi réservée aux personnes physiques²⁶. Toutefois, tout en conservant dans ses grandes lignes les distinctions existant historiquement entre les deux systèmes²⁷, le législateur anglais les a finalement réunis sous un seul régime législatif, celui établi par l'*Insolvency Act* de 1986.

²³ *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900, 913, J.E. 96-901, AZ-96111053.

²⁴ *In re Oriental Inland Steam Company*, (1874) L.R. 9 Ch. App. 557, 560; voir, dans le même sens : Robert R. PENNINGTON, *Company Law*, 5^e éd., London, Butterworths, 1985, p. 913, à la page 914.

²⁵ *Partington c. Cushing*, (1906) 1 E.L.R. 493, 494 et 495 (N.B.S.C.).

²⁶ Laurence C.B. GOWER, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 41.

²⁷ Dans une liquidation, la propriété n'est pas transférée au liquidateur par le seul effet de la loi. Elle ne peut l'être qu'à titre exceptionnel, suite à une ordonnance du tribunal rendue en vertu de l'article 145(1) de l'*Insolvency Act* de 1986 : voir : R.R. PENNINGTON, *op. cit.*, note 24, p. 913 et 914.

En droit canadien, l'évolution législative a été légèrement différente. Très tôt, la loi canadienne sur la faillite était rendue applicable non seulement aux commerçants²⁸, mais également aux sociétés et aux personnes morales²⁹.

Toutefois, en marge de la loi sur la faillite – laquelle fut complètement abrogée de 1880 à 1919³⁰ –, était adoptée une loi relative « aux personnes morales devenues insolvable ou entrées en liquidation »³¹.

Alors que sous l'effet d'une déclaration de faillite, le débiteur était dessaisi de son patrimoine³², la *Loi sur les liquidations* prévoyait tout simplement que le liquidateur devait « prendre en sa garde et sous son contrôle toutes les propriétés, effets et droits de la compagnie [...] »³³.

Ainsi, très tôt en droit canadien, les personnes morales insolvable pouvaient être assujetties à deux régimes différents : celui de la faillite avec son dessaisissement et celui de la liquidation avec un transfert au profit du liquidateur, non pas de la propriété des biens, mais des pouvoirs d'administration et de liquidation des biens de la compagnie débitrice.

On pourrait s'interroger longuement sur les raisons pour lesquelles les législateurs anglais et canadien ont cru utile de recourir à deux modes distincts de transfert, selon qu'il s'agissait d'une procédure de faillite ou d'une procédure de liquidation. Cette différence de traitement est soulignée depuis longtemps en doctrine et en jurisprudence, mais personne ne semble avoir senti le besoin

²⁸ *Acte concernant la faillite de 1864*, (1864) 27-28 Vict., c. 17; voir aussi : *Acte concernant la faillite de 1869*, précité, note 3.

²⁹ *Acte concernant la faillite*, (1875) 38 Vict., c. 16.

³⁰ *Acte à l'effet d'amender l'« Acte de faillite de 1875 »*, S.C. 1881, c. 27.

³¹ *Acte relatif aux banques, compagnies d'assurance, compagnies de prêts [...] et corporations de commerce en état d'insolvabilité*, (1882) 45 Vict., c. 23.

³² Voir l'*Acte concernant la faillite de 1869*, précité, note 3, art. 29.

³³ L'article 33 de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* de 1985, telle que modifiée, prévoit que le « liquidateur prend en sa garde **ou** sous contrôle (**take into his custody or under his control**) tous les biens [...] auxquels la compagnie a ou semble avoir droit [...] ». (L'emphase est de nous.)

d'en donner de justification particulière³⁴. On peut évoquer plusieurs raisons. La liquidation est un moyen d'en arriver à la dissolution d'une personne morale. Elle est une procédure terminale. Elle peut viser aussi bien une entreprise solvable qu'insolvable. Il ne s'agit pas d'enlever à la personne morale la propriété de ses biens, mais de transférer les pouvoirs d'administration et de liquidation à un liquidateur. Tant que la dissolution n'a pas eu lieu, la compagnie conserve son statut corporatif mais elle doit, en principe, cesser ses opérations³⁵ et les pouvoirs des administrateurs ne peuvent plus s'exercer³⁶.

Il en est ainsi de la liquidation en droit anglais et en droit canadien. Observons toutefois que la *Loi [canadienne] sur les liquidations et les restructurations* ne s'applique plus aux personnes morales créées en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*³⁷. C'est cette loi qui régit la dissolution de ces personnes morales fédérales. L'article 219 de cette loi dispose :

À la suite de l'ordonnance de liquidation

- a) *la société, tout en continuant d'exister, cesse d'exercer ses activités commerciales [...]*
- b) *les pouvoirs des administrateurs et des actionnaires sont dévolus au liquidateur [vest in the liquidator] [...].*

Il convient toutefois de souligner que, selon l'article 208 de cette loi, la partie XVIII « ne s'applique pas aux sociétés insolvable ou en faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* »³⁸.

³⁴ *In re Oriental Inland Steam Company*, précité, note 24, 560; Albert Venn DICEY, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 12^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 1130 et 1163; L.C.B. GOWER, *op. cit.*, note 26, p. 763; Hamish ANDERSON, « The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law », dans Ewan McKENDRICK (dir.), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 167.

³⁵ Sauf dans la mesure où le liquidateur juge opportun que la compagnie continue d'opérer.

³⁶ FRASER & STEWART, *Company Law of Canada*, 6^e éd., par Harry SUTHERLAND, Scarborough, Carswell, 1993, p. 820 et suiv.

³⁷ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 3(3).

³⁸ Dès le début, les lois concernant les personnes morales fédérales prévoyaient que celles-ci étaient assujetties à la *Loi sur les liquidations* (Acte du Canada relatif aux clauses des compagnies par actions, S.C. 1869, c. 12, art. 44; *Acte du Canada sur les compagnies par actions constituées par lettres patentes*, S.C. 1869, c. 13, art. 57; *Loi des compagnies*, S.R.C. 1906, c. 79, art. 173; *Loi des compagnies*, 1934, S.C. 1934, c. 33, art. 195; *Loi sur les corporations*

La loi sur la faillite poursuit un objet quelque peu différent de celui de la liquidation. Historiquement, la faillite est une procédure d'exécution collective sur les biens saisissables du débiteur. La faillite a pour but d'empêcher le débiteur d'agir sur son patrimoine. Au lieu de laisser les créanciers saisir individuellement et indistinctement les biens du débiteur, la technique du dessaisissement s'avère une façon plus heureuse de procéder. Ensuite, contrairement au cas de liquidation où tous les pouvoirs sont dévolus au liquidateur, dans la faillite, le débiteur peut conserver certains biens insaisissables qui ne font pas partie des « biens du failli constituant le patrimoine attribué à ses créanciers »³⁹.

Quoi qu'il en soit, dans un régime comme celui du droit anglais où la personne morale est soumise à un système de liquidation tandis que la personne physique est plutôt assujettie à un régime de faillite, la coexistence de deux systèmes parallèles se comprend et elle soulève relativement peu de difficultés⁴⁰. Mais, là où une personne morale insolvable peut aussi bien être soumise à une procédure de liquidation qu'à une procédure de faillite, il peut se soulever quelques problèmes particuliers en raison des droits conférés au liquidateur par opposition à ceux attribués à un syndic de faillite. Par exemple, dans l'affaire *Les Coopérants*⁴¹, la Cour suprême a considéré que la convention d'indivision comportant un droit de préemption était opposable au liquidateur de l'un des indivisaires. Cependant, sans se prononcer sur la question, le tribunal semblait y laisser sous-entendre que la solution du litige aurait pu être tout à fait différente si l'indivisaire insolvable s'était prévalu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, en raison de la nature des

canadiennes, S.R.C. 1970, c. C-32, art. 211). C'est en 1975 que les règles ont été modifiées. À compter de ce moment, la loi fédérale a établi un nouveau régime (*Loi sur les corporations canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33). L'article 3(3) de cette loi prévoit que la *Loi sur les liquidations* ne s'applique pas à une corporation et l'article 201 de cette même loi, crée une nouvelle partie relative à la dissolution d'une corporation mais prévoit que celle-ci ne s'applique pas à une corporation insolvable ou en faillite au sens de la *Loi sur la faillite*. Ces mêmes règles furent reprises dans les lois subséquentes (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 3(3) et 208).

³⁹ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, précitée, note 4, art. 67(1)a) et b).

⁴⁰ Selon nous, si quelques difficultés sont déjà apparues à cet égard, c'est au niveau de la reconnaissance par les tribunaux étrangers de l'ordonnance de liquidation ou de la déclaration de faillite. Sur cette question, voir : Albert BOHÉMIER, « La faillite internationale », (1990) 50 *R. du B.* 3, 30 et 31.

⁴¹ *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, précitée, note 23.

droits confiés à un syndic de faillite⁴². De toute évidence, il n'est pas souhaitable que la solution de litiges juridiques puisse varier selon que la personne morale insolvable est soumise à une procédure de liquidation plutôt que de faillite. Heureusement, cette situation de conflit ne peut plus se présenter depuis que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* a soustrait les personnes morales fédérales insolvable à l'application de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*. Le problème demeure toutefois entier en ce qui concerne les personnes morales provinciales. Celles-ci peuvent, selon le choix de la procédure, être assujetties au régime de liquidation ou au régime de faillite.

D'autre part, le liquidateur d'une personne morale est généralement considéré comme un « officier de la cour » (*officer of the court*)⁴³, au même titre qu'un syndic de faillite, comme nous le verrons (voir, *infra*, p. 98). Sa fonction est cependant quelque peu ambiguë :

*The liquidator is partly a trustee, partly an agent and partly an officer of the company [...]*⁴⁴

Chose certaine, la procédure de liquidation a pour effet d'imprégner au patrimoine mis sous le contrôle du liquidateur une vocation fiduciaire :

*That makes the property of the company clearly trust property.*⁴⁵

En résumé, cette comparaison sommaire du régime de faillite et de celui de la liquidation nous permet de retenir les conclusions suivantes.

Par application de lois distinctes, le droit anglais, comme le droit canadien, connaît deux régimes distincts d'administration des biens d'une personne insolvable : le système de faillite qui opère par un dessaisissement du débiteur et un système de liquidation qui se traduit par voie d'un transfert de pouvoirs. S'il est un régime qui puisse s'intégrer facilement au droit civil, c'est bien ce dernier.

⁴² Voir, à titre d'exemple : *McCarter c. York*, (1907) 14 O.L.R. 420.

⁴³ FRASER & STEWART, *op. cit.*, note 36, p. 845; voir toutefois la position plus nuancée de R.P. PENNINGTON, *op. cit.*, note 24, p. 910.

⁴⁴ *Loose on Liquidators – The Role of a Liquidator in a Winding-up*, 4^e éd., par Peter LOOSE et Michael GRIFFITHS, Jordans, Bristol, 1997, p. 1-5.

⁴⁵ *In re Oriental Inland Steam Company*, précité, note 24, 559.

Selon l'article 10 de la *Loi [provinciale] sur la liquidation des compagnies*⁴⁶, « le liquidateur ou les liquidateurs prennent sous leur garde et sous leur contrôle tout l'actif de la compagnie [...] ». De même, selon le nouvel article 360 C.c.Q., en cas de liquidation d'une personne morale ou d'une société (art. 2235 et 2266 C.c.Q.), « le liquidateur a la saisine du bien de la personne morale, il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ».

On voit donc que si une réforme fondamentale devait être retenue pour des fins d'harmonisation (voir, *infra*, p. 113), celle-ci aurait avantage à s'inspirer de la procédure de liquidation plutôt que de celle de la faillite. Toutefois, même là, certaines adaptations seraient sans doute nécessaires pour assurer l'harmonisation.

B. La gestion du syndic

La faillite entraîne le dessaisissement du failli dont les biens sont dévolus au syndic. Ces biens forment l'actif de la faillite (*estate*). Le syndic est appelé à réaliser et liquider les biens qui le composent et à procéder au règlement du passif.

Dans l'exécution de ces fonctions établies par la loi, le syndic doit agir avec la plus grande neutralité dans l'intérêt de toutes les parties en cause. Il peut arriver que le syndic, par fraude, négligence ou autrement, puisse commettre des fautes professionnelles ou faire des actes préjudiciables aux créanciers, au failli ou à des tiers.

C'est ainsi que les tribunaux anglais et canadiens ont été amenés à élaborer des règles concernant les agissements professionnels d'un syndic.

Ces situations se sont généralement présentées de trois façons :

- a) La situation la plus fréquente était celle où un créancier – ou le Board of Trade en droit anglais⁴⁷ et autrefois en droit canadien⁴⁸ – s'objectait à la nomination d'un syndic ou en demandait la révocation.

⁴⁶ L.R.Q., c. L-4.

⁴⁷ *Bankruptcy Act*, 1883, précité, note 2, art. 21.

⁴⁸ *Acte concernant la faillite*, 1869, précité, note 3, art. 31.

- b) Des créanciers de la faillite poursuivaient le syndic pour le tenir responsable de ses fautes professionnelles ou pour l'obliger à remettre dans l'actif de la faillite des biens qu'il avait divertis illégalement.
- c) Un tiers poursuivait le syndic pour l'obliger à lui remettre une somme d'argent que ce dernier n'aurait pas dû recevoir.

De la jurisprudence qui a traité de ces questions, il paraît assez difficile de dégager une ligne directrice générale. Dans certains cas, les tribunaux ont ordonné la destitution d'un syndic ou son remplacement au simple motif qu'ils estimaient qu'il y avait une « cause » suffisante pour le faire.

En effet, la loi canadienne, comme la loi anglaise, reconnaît depuis longtemps le pouvoir du tribunal de destituer un syndic.

L'article 15(2) de la loi canadienne de 1919⁴⁹ prévoyait qu'un syndic pouvait être révoqué par le tribunal « *for cause* ». L'article 14.04 de la loi canadienne actuelle est au même effet :

Le tribunal, à la demande de tout intéressé, peut révoquer pour un motif suffisant [« for cause »] un syndic [...]

Pour décider de la question, les tribunaux se sont toujours montrés soucieux de s'assurer que non seulement le syndic agissait impartialement de fait, mais aussi qu'il ne serait pas difficile pour lui d'agir ainsi⁵⁰ :

« Cause » means misconduct, fraud, dishonesty, becoming bankrupt or otherwise incapable of acting as a trustee. Re Herman (1930), 11 C.B.R. 239 at 246. Cause is not, however, restricted to dishonest conduct: misconduct short of dishonesty is sufficient: Re Bryant Isard, (1923) 4 C.B.R. 41. [...] « cause » in s. 14.04 embraces also a trustee who is incapable of acting for any reason [...] Where it would be difficult for a trustee to act impartially and impossible for it to sue himself, a substitute trustee will be appointed [...]

⁴⁹ The Bankruptcy Act, (1919) 9-10 Geo. V, c. 36.

⁵⁰ In re Mardon, [1896] 1 Q.B. 140; In re Shaw Co., (1923) 3 C.B.R. 198 (Sask.); In re Beale, (1939) 1 Ch. 761; Tannis Trading Food Services Ltd. c. Camco Food Services Ltd., (1988) 67 C.B.R.n.s. 1.

*The trustee must not undertake a duty and put himself in a position that is in conflict with his duty as a trustee, or act in a manner that is inconsistent with that duty.*⁵¹

Pour savoir notamment s'il y avait un motif suffisant pour révoquer le syndic, les tribunaux se sont référés aux devoirs et aux obligations imposés par la loi au syndic. Ainsi, ils ont jugé que le syndic devait agir de façon impartiale et dans l'intérêt d'autrui. Ils ont considéré que le syndic devait non seulement éviter toute situation de conflit d'intérêts, mais aussi toute situation où cette impression pouvait être donnée.

Pour justifier cette approche, les tribunaux ont référé soit à la nature des fonctions du syndic, soit aux obligations fiduciaires du syndic⁵², soit encore à son statut d'officier de la cour (*officer of the court*)⁵³.

Selon les circonstances et les besoins de la cause, les tribunaux, en statuant sur le comportement professionnel d'un syndic, ont donc recouru à l'occasion aux devoirs et aux obligations fiduciaires ou à son statut d'officier de la cour (*officer of the court*).

1. Les devoirs et obligations fiduciaires du syndic

Le renvoi aux obligations fiduciaires du syndic pouvait s'avérer utile lorsque les personnes intéressées étaient les créanciers éventuellement bénéficiaires de la liquidation des biens ou même, dans

⁵¹ Lloyd W. HOULDEN et Carl H. MORAWETZ, *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 2001, p. 40 et 41 (ci-après cité : HOULDEN & MORAWETZ).

⁵² *Letterstedt c. Broers*, (1884) 9 A.C. 371, 386 : « *It must always be borne in mind that trustees exist for the benefit of those to whom the creator of the trust has given the trust estate* », *Re Commonwealth Investors Syndicate Ltd.*, (1986) 61 C.B.R. 147, 152 (B.C.S.C.) : « *It cannot be a proper discharge of the fiduciary obligation* »; *Re Chaban*, précité, note 15, 219 : « *The trustee in bankruptcy is in a fiduciary position and this court will treat seriously any departure from the standards of impartiality and freedom from conflict between interest and duty that flow from that* »; *Ex parte Ogle*, (1873) 8 Ch. App. 711, 717; DUNCAN & HONSBERGER, *op. cit.*, note 10, n° 17, p. 102.

⁵³ *Ex parte James*. In *re Condon*, (1874) 9 Ch. App. 609, 614 : « [...] and the Court regards him as its officer and he is to hold money in his hands upon trust for its equitable distribution among the creditors »; In *re Bryant, Isard and Company*, (1923-24) 4 C.B.R. 41 (Ont. S.C.); *P.E.I. c. Bank of Nova Scotia*, (1988) 70 C.B.R.n.s. 209 (P.E.I.S.C.); *Confederation Treasury Services Ltd.*, *Re*, (1995) 37 C.B.R. (3d) 237.

certains cas, le débiteur lui-même (voir *supra*, p. 68). Le recours à cette notion de *trust* présentait moins d'intérêt lorsque les réclameurs étaient des tiers étrangers à cette fiducie.

Il convient d'observer que ce recours aux « *fiduciary duties* » du syndic n'a plus le même intérêt aujourd'hui suite aux récentes interventions législatives.

Par les réformes apportées à la loi en 1992 et 1997, le législateur fédéral a réglementé, de façon assez précise et détaillée, la question des conflits d'intérêts (art. 13.3 et 13.4 L.F.I.) et a aussi obligé le syndic à se conformer à un code de déontologie (art. 13.5) qui se retrouve aux articles 34 à 53 des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*⁵⁴. Ces nouvelles dispositions ne paraissent pas soulever de réelles difficultés au point de vue de l'harmonisation. Les articles 13.3 et 13.4 réglementent des situations particulières⁵⁵ tandis que les Règles 34 à 53 sont formulées dans un langage tout à fait neutre, sans référence à aucun concept précis de la common law ou du droit civil.

Il n'en reste pas moins que les normes contenues à l'article 13.4 L.F.I. et aux Règles 34 et suiv. ne sont pas exhaustives. Par exemple, on peut croire que le syndic, qui serait un actionnaire important d'une personne morale créancière à la faillite, pourrait être dans une situation de conflits d'intérêts. On pourrait en arriver à cette conclusion en considérant que ses « obligations fiduciaires » l'empêchent d'être à la fois l'homme d'un créancier et l'homme de l'ensemble des créanciers :

[...] *he who yesterday was the man of a single creditor must today act, and be seen to act, as the man of all creditors.*⁵⁶

⁵⁴ Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'analyser la portée exacte de ces Règles. Mais le défaut de s'y conformer est certainement un motif suffisant pour révoquer le syndic.

⁵⁵ On peut s'étonner du fait que l'article 13.3 traite de la *personne liée*, alors que partout ailleurs dans la loi, cette expression a été remplacée par la personne *ayant un lien de dépendance*. Enfin, il n'est pas évident que le mot « fiduciaire » comprenne le « fondé de pouvoir » en vertu de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q., c. P-16 (devenue la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*). Cela ne soulève en fait aucun problème car le « fondé de pouvoir » en vertu de cette loi ne vise que la personne morale qui n'exploite pas d'entreprise.

⁵⁶ *P.E.I. c. Bank of Nova Scotia*, précité, note 53, 220.

Les tribunaux pourraient encore considérer que cette situation doit être évitée en raison de son statut d'*officer of the court*⁵⁷. Enfin, on pourrait toujours se rabattre sur la Règle 39 voulant que la conduite du syndic soit honnête et impartiale et sur la Règle 44 selon laquelle le syndic doit éviter « les intérêts qui compromettent son jugement professionnel ou qui, aux yeux d'une personne avisée, donnent à croire qu'ils ont un tel effet ».

Compte tenu de ces nouvelles dispositions fédérales et du fait que les tribunaux québécois qualifient également le syndic comme officier de la cour (voir *infra*, p. 98), nous ne croyons pas que le souci d'harmonisation exige ici quelque intervention.

2. Le syndic comme officier du tribunal (*officer of the court*)

De façon constante, la jurisprudence et la doctrine, tant anglaises⁵⁸ que canadiennes⁵⁹, considèrent le syndic de faillite comme un officier du tribunal (*officer of the court*). Il en est de même, comme nous le verrons, au Québec (*infra*, p. 98).

Le fondement précis de cette qualification n'est pas évident. Normalement, un *officer of the court* est une personne en « *relation to a court, any register, clerk, bailiff in the service of the court* »⁶⁰. Le syndic, il est vrai, agit sous les directives du tribunal qui peut toujours le révoquer. Le syndic exerce à certains égards et d'une certaine façon des fonctions quasi judiciaires :

*Under the Act of Parliament he performed quasi judicial duties.*⁶¹

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Voir entre autres : *Troup c. Ricardo*, (1865) L.J. 91, 94 (Ch.); *Ex parte James*. In *re Condon*, précité, note 53, 614. *Halsbury's Laws of England*, 1989, vol. 3(2), 4^e éd., London, Butterworths, 2002, n° 459, p. 267; WILLIAMS' *Law and Practice in Bankruptcy*, 18^e éd., par Muir HUNTER et David GRAHAM, London, Stevens & Sons, 1968, p. 275.

⁵⁹ Voir entre autres : *In re Bryant, Isard and Company*, précité, note 53, 43; *Touche Ross Ltd. c. Weldwood of Canada Sales Ltd.*, (1983) 48 C.B.R.n.s. 83; *Confederation Treasury Services Ltd.*, *Re*, précité, note 53, 243; *P.E.I. c. Bank of Nova Scotia*, précité, note 53, 220; DUNCAN & HONSBARGER, *op. cit.*, note 10, p. 70; HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, note 51, C-44.

⁶⁰ J.B. SAUNDERS (dir.), *op. cit.*, note 5, p. 26.

⁶¹ *Ex parte Ogle*, précité, note 52, 716.

D'aucuns semblent vouloir rattacher cette qualification au fait que le syndic agit à titre de séquestre (*receiver*)⁶², lequel a toujours été considéré comme un officier de la cour, du moins s'il avait été nommé par le tribunal⁶³.

En effet, selon l'article 16(4) L.F.I. :

En vue et aux fins d'acquérir et de retenir la possession des biens du failli, le syndic est dans la même position que s'il était un séquestre [receiver] des biens nommé par le tribunal [...]

Cette justification n'est pas tout à fait satisfaisante. Le rapprochement fait dans cette disposition entre le syndic et le séquestre a une finalité bien limitée : assurer la prise de possession des biens de la faillite. Le syndic est pourtant qualifié comme officier de la cour pour tous les aspects de son administration. De plus, un syndic peut être nommé non pas par le tribunal, mais par les créanciers qui adoptent une résolution à cet effet (voir art. 14 L.F.I.).

Il convient de noter que les premières lois fédérales sur la faillite contenaient une disposition expresse à ce sujet. Selon l'article 50 de la loi sur la faillite de 1869 :

*Every interim Assignee, Guardian and Assignee [nom de la personne exerçant les fonctions de syndic, à l'époque] shall be subject to the summary jurisdiction of the court or judge in the same manner and to the same extent as the ordinary officers of the court.*⁶⁴

De même, l'article 28(b) de la loi de 1875 prévoyait que le « *official assignee shall be an officer of the court* »⁶⁵. Assez curieusement, dans la loi de faillite de 1919, il n'est plus expressément question du syndic comme officier de la cour⁶⁶. D'autre part, en 1923, on crée la fonction de gardien qui peut prendre possession des biens du failli jusqu'à la nomination du syndic. La loi prévoit que le gardien doit être considéré comme un officier de la cour :

⁶² DUNCAN & HONSBERGER, *op. cit.*, note 10, p. 70; voir aussi : HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, note 51, C-10.

⁶³ *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160, 167.

⁶⁴ *Acte concernant la faillite*, 1869, précité, note 3, art. 50.

⁶⁵ *Acte concernant la faillite*, 1875, précité, note 29, art. 28(b). Dans la version française, on utilise l'expression « officier de la cour ».

⁶⁶ *The Bankruptcy Act*, 1919, précité, note 49. Toutefois, l'article 87(2) de cette loi prévoyait : « *All persons who may practise as barristers, solicitors or advocates in the courts exercising bankruptcy jurisdiction under this Act shall be officers of such courts* ».

*Such custodian be deemed to be an officer of the court.*⁶⁷

Malgré ces changements de texte, les tribunaux n'ont pas hésité à continuer de considérer le syndic comme un officier du tribunal. Pour justifier cette attitude, on doit alors s'en remettre au statut et aux fonctions du syndic. La notion d'officier de justice est assez générale. Elle est parfois utilisée, à tort ou à raison, pour qualifier le rôle de certains auxiliaires de justice qui n'ont pas de rattachement direct avec le tribunal, tels les avocats ou les huissiers⁶⁸.

Il est vrai que le syndic est normalement nommé par le tribunal ou par le séquestre officiel⁶⁹. De plus, le syndic agit sous le contrôle du tribunal, qui peut, sur demande de tout intéressé, soit le révoquer (art. 14.04 L.F.I.) ou infirmer ses décisions (art. 37 L.F.I.). Les fonctions du syndic sont établies par la loi : il est un administrateur officiel chargé par celle-ci de liquider les biens de la faillite sous le contrôle toujours possible du tribunal.

*I am of opinion that a trustee in bankruptcy is an officer of the court. He has inquisitorial powers given him by the court, and the court regards him as its officer.*⁷⁰

*[...] he is not an agent of the creditors but an administrative official required by law to gather in and realize on his assets.*⁷¹

Quelle qu'en soit la justification retenue, les tribunaux n'hésitent pas, comme nous l'avons vu, à considérer le syndic comme un officier de la cour. Cette qualification n'entraîne pas de conséquences précises. Elle fournit toutefois au tribunal un guide général de référence pour apprécier le comportement d'un syndic. Celui-ci, de toute évidence, ne doit pas par ses actes porter atteinte à la

⁶⁷ *Bankruptcy Act*, (1923) 13-14 Geo. V, c. 31, art. 8A(2); voir aussi : *Loi concernant la faillite 1919*, S.R.C. 1927, c. 11, art. 34(4).

⁶⁸ Voir, à titre d'exemple au Québec : *Després c. Lebel*, J.E. 2001-1635 (C.S.) et l'article 50(2) C.p.c. Voir *infra*, notes 122 et 123.

⁶⁹ Ordonnance de séquestre (art. 43(9) L.F.I.); cessions de biens (art. 49(4) L.F.I.); dans le cas d'échec d'une proposition antérieure à la faillite, le syndic choisi par le débiteur semble plutôt devenir syndic en vertu de la loi. En effet, en cas de cession présumée, il est seulement dit que la personne insolvable est réputée avoir fait cession.

⁷⁰ *Ex parte James*. In *re Condon*, précité, note 53.

⁷¹ *P.E.I. c. Bank of Nova Scotia*, précité, note 53, 220.

dignité de l'organisation judiciaire. Sa conduite doit être empreinte d'impartialité et de neutralité⁷².

Il ne doit pas agir dans l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers au détriment de l'intérêt de la masse⁷³. Il ne doit pas davantage agir dans l'intérêt du seul débiteur et nuire ainsi aux droits des créanciers⁷⁴. Il ne doit pas non plus adopter une attitude hostile et inquisitoriale à l'égard d'un créancier ou du débiteur. Son rôle est d'éclairer le tribunal dans un esprit de neutralité et d'objectivité⁷⁵.

Assez paradoxalement, ce statut d'officier de la cour peut empêcher le syndic de se prévaloir de certaines règles juridiques applicables aux relations juridiques ordinaires. Normalement, selon la common law, le paiement effectué suite à une erreur de droit, par opposition à une erreur de fait, ne peut donner lieu à répétition :

*That money paid under a mistake of law cannot be recovered in an action between litigant parties.*⁷⁶

Mais si ce paiement a été fait à un syndic et est venu ainsi enrichir injustement l'actif de la faillite au détriment de la personne qui avait droit au paiement, les tribunaux n'hésiteront pas à contraindre le syndic à rembourser la somme. C'est la règle qui a été formulée dans le célèbre arrêt *Ex parte James. In re Condon*⁷⁷.

*I am of the opinion that a trustee in bankruptcy is an officer of the Court. [...] The Court, then, finding that he has in his hands money which in equity*⁷⁸ *belongs to someone else, **ought to set an example to the world by paying it to the person really entitled to it.***⁷⁹

⁷² *Id.*, 230; *Confederation Treasury Services Ltd., Re*, précité, note 53, 247 : « *The trustee is an impartial officer of the court* »; *In re Martin*, (1888) 21 Q.B.D. 29 (sans se prononcer sur son statut précis); *In re Lamb*, [1894] 2 Q.B. 805 (sans se prononcer sur son statut précis).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Ex parte Newitt. In re Mansel*, (1884) 14 Q.B.D. 177 (C.A.). Le tribunal ne se prononce pas sur le statut d'officier de la cour.

⁷⁵ *Touche Ross Ltd. c. Weldwood of Canada Sales Ltd.*, précité, note 59, 86.

⁷⁶ *In re Carnac*, (1885) 16 Q.B.D. 308. Sur le bien-fondé de cette règle et la critique que l'on peut en faire, voir en particulier l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Nepean Hydro Electric Commission c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347.

⁷⁷ Précité, note 53.

⁷⁸ « *Equity* » doit s'entendre ici dans le sens ordinaire de justice morale et de traitement juste : *In re Tyler*, [1907] 1 K.B. 865, 868 et 869.

⁷⁹ Précité, note 53, 614.

Cette règle particulière concernant les droits et les obligations du syndic a toujours été suivie par la suite⁸⁰.

On estime qu'il serait injuste de permettre au syndic qui est un officier de la cour « *to take full advantage of his legal rights as such* »⁸¹.

Ian F. Fletcher fait bien voir l'utilité de cette règle.

*Although the rule in ex parte James appears somewhat capricious in its operation, and may fairly be said to employ principles of natural justice rather than of « equity » in its formal, technical sense, there can be no doubt that it retains its force in the present day and is capable at times of providing a providential remedy to nullify an unjustified enrichment of the bankruptcy estate.*⁸²

En conclusion, retenons que les tribunaux anglais recourent au besoin à la notion d'officier de la cour. Il en est de même des tribunaux canadiens des provinces de common law. Les tribunaux québécois, comme nous le verrons, ont adopté la même attitude (*infra*, p. 98).

Il est tout de même quelque peu étonnant que les tribunaux n'aient pas senti le besoin de discuter du fondement de cette règle, malgré les changements apportés à la loi. En effet, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 80), à compter de 1919, contrairement aux lois antérieures, la loi sur la faillite ne renferme plus de disposition conférant au syndic le statut d'*officer of the court*.

Comme les tribunaux continuent de retenir cette qualification, on pourrait prétendre qu'il serait utile, pour faciliter la tâche de l'interprète, d'insérer dans la loi elle-même un texte à cet effet. Nous reviendrons sur ce sujet.

Observons toutefois que cette question ne pose pas de problème d'harmonisation. Les tribunaux québécois qualifient eux aussi le syndic d'officier de la cour ou d'officier de justice. Ces notions ne sont pas étrangères au système de droit civil.

⁸⁰ *In re Brown*, *Dixon c. Brown*, (1886) 32 Ch. Div. 597; *In re Tyler*, précité, note 78; *Ex parte Messenger & Co. c. Trustee*, [1936] 1 All E.R. 79; *Re Clark (A Bankrupt)*, [1975] 1 All E.R. 453 (Ch. Div.).

⁸¹ *Re Clark (A Bankrupt)*, précité, note 80.

⁸² Ian F. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 208.

II. Le droit québécois

Introduction

La qualification du statut juridique du syndic a toujours été une question difficile, particulièrement dans une perspective de droit civil. Cela est dû à l'utilisation, dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁸³, de la notion de *trustee* pour qualifier la personne chargée de procéder à la liquidation des biens du failli. Il s'agit là, à n'en point douter, d'une qualification qui, à l'époque où elle a été retenue par le législateur fédéral, provenait d'un concept de la common law et non du droit civil.

La difficulté de cette question n'est cependant pas due uniquement au concept de *trustee*, mais aussi à la complexité du rôle confié au syndic. Ce rôle n'est pas unidimensionnel et le statut attribué au syndic par la jurisprudence peut varier, d'un litige à l'autre, en fonction des questions qui se soulèvent.

On dira ainsi, pour ne citer que quelques exemples, que le syndic est un *représentant des créanciers*, un *cessionnaire des biens du failli* ou un *officier de la cour* selon que le problème concerne les créanciers ordinaires, les biens du failli ou l'administration du syndic.

La remise en question, dans une perspective de bijuridisme, du statut du syndic implique donc deux étapes. Il faut d'abord essayer (Première partie) de tracer, avec le plus de précision possible, le portrait « québécois » du syndic, c'est-à-dire celui qui résulte des décisions rendues par des tribunaux ayant juridiction au Québec. Il faut, à cette étape, faire ressortir les traits les plus caractéristiques, ceux qui confèrent au syndic son identité. Une fois ce portrait tracé, il faut ensuite se demander (Deuxième partie) s'il y a lieu d'en modifier les traits et, le cas échéant, dans quelle mesure et de quelle façon.

Première partie : Le statut actuel du syndic

Un regard global sur la jurisprudence qui porte sur le statut du syndic révèle que cette question se pose généralement dans deux catégories de circonstances.

⁸³ Précitée, note 4.

Il y a d'abord les litiges relatifs au patrimoine du failli (A). Quant aux biens qui composent ce patrimoine, les tribunaux sont appelés à se pencher sur l'opposabilité de certains droits réels au syndic et sur la nature des droits qui lui sont conférés sur les biens du failli. Quant aux obligations, il s'agit pour les tribunaux de préciser si le syndic est lié par les obligations antérieures à la faillite du débiteur.

Il y a ensuite les litiges concernant la gestion du syndic (B). Les tribunaux doivent alors fixer les normes permettant d'apprécier la qualité de cette activité.

La solution de ces divers litiges repose souvent sur une démarche consistant à préciser le statut du syndic.

A. Le patrimoine

Le patrimoine du failli, soit l'ensemble de ses droits et de ses obligations à caractère patrimonial, est la pierre angulaire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. C'est la conséquence nécessaire du principe fondamental de droit privé selon lequel les biens d'un débiteur répondent de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers. Il n'est donc pas surprenant que plusieurs litiges surgissent concernant ce patrimoine, tant en regard des biens du failli (1) que des obligations du failli (2). C'est à l'occasion de certains de ces litiges que les tribunaux sont appelés à préciser le statut du syndic.

1. Les biens du failli

Selon les termes de l'article 71(2) L.F.I., c'est lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel qu'un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens. À compter de ce moment, ses biens sont dévolus au syndic.

Cette règle soulève des difficultés lorsque des droits obtenus ou consentis par le failli sont assujettis, selon le droit provincial, à des formalités de publicité qui n'ont pas été accomplies avant la faillite. Il faut alors déterminer si ces droits sont opposables au syndic, ce qui peut avoir des conséquences directes sur la composition du patrimoine transmis au syndic. Les exemples les plus typiques de ces situations concernent l'hypothèque et le droit de propriété.

a. L'hypothèque

Une hypothèque constituée par un débiteur sur un de ses biens est-elle opposable au syndic si elle n'a pas été publiée avant la faillite du constituant? Si la réponse est affirmative, le créancier bénéficiaire de cette hypothèque est un créancier garanti en vertu de l'article 2 L.F.I. qui peut, sous réserve de quelques limitations, exercer ses droits sur le bien grevé, comme si la faillite n'avait pas eu lieu. Le patrimoine du failli s'en trouve affecté d'autant. Dans le cas contraire, ce créancier n'est qu'un créancier chirographaire; le bien concerné est libre de l'hypothèque et il profite à la masse des créanciers.

Ainsi qu'il ressort de deux arrêts récents de la Cour d'appel du Québec, une hypothèque non publiée avant la date de la faillite est inopposable au syndic.

Dans *Bouchard c. Wilfrid Noël et Fils ltée*⁸⁴, le juge Baudouin s'exprime ainsi :

12. Une hypothèque non régulièrement publiée (comme c'est le cas ici) peut cependant produire des effets juridiques entre les parties. Elle n'est cependant pas opposable aux tiers (art. 2082, 2083, et 2130 C.c.B.-C.) - (art. 2663, 2941 C.c.Q.). Or, le syndic est, en l'occurrence, bel et bien un tiers puisque c'est l'intérêt de l'ensemble des créanciers qu'il défend (Civano Construction inc : Gingras c. Crédit M.G. inc., [1962] C.S. 45; Poliquin c. Banque de Montréal, C.A.Q. no 200-09-000198-959, du 6 mars 1998). Il peut donc légalement soulever l'inopposabilité, à l'égard de la masse, d'une garantie consentie par le failli, lorsque les formalités essentielles pour lui donner effet à l'égard des tiers n'ont pas été respectées (Re Giffen, [1998] 1 R.C.S. 91).⁸⁵

Le juge Rousseau-Houle s'exprimait sensiblement de la même façon dans l'arrêt *Poliquin c. Banque de Montréal*⁸⁶. Voici ce qu'elle écrivait :

Le Code civil établit une distinction entre l'opposabilité de l'hypothèque aux tiers et son efficacité à l'égard des débiteurs des créances hypothécaires. L'opposabilité à l'égard des tiers est un effet de la publicité (2941 C.c.Q.) alors qu'entre les parties, l'enregistrement, sauf exception spécifique prévue par le législateur, telle la déclaration de copropriété (1062 C.c.Q.), n'est pas nécessaire pour la validité de l'acte.

⁸⁴ AZ-50069764; [2000] R.R.A. 84, J.E. 2000-477 (C.A.).

⁸⁵ AZ-50069764, par. 12.

⁸⁶ AZ-98011279; [1998] R.L. 560, J.E. 98-611 (C.A.).

*Le syndic cessionnaire des droits et biens du failli peut soulever l'inopposabilité de l'acte d'hypothèque publié postérieurement à la faillite au motif qu'il porte préjudice aux créanciers qu'il représente.*⁸⁷

Le motif principal au soutien de ces deux arrêts est le même. La Cour d'appel, rappelant la distinction entre l'effet des conventions à l'égard des parties et leur opposabilité aux tiers, place le syndic dans la catégorie des tiers parce que son rôle consiste à représenter les créanciers ordinaires qui eux sont incontestablement des tiers face à une hypothèque consentie par le failli. Pour représenter efficacement ces créanciers, le syndic doit donc pouvoir invoquer les dispositions du droit provincial concernant l'inopposabilité d'une hypothèque non publiée, au même titre que ces créanciers pourraient le faire si la faillite n'avait pas eu lieu.

b. Le droit de propriété

Les litiges au sujet du droit de propriété sont de deux catégories. Parfois, il s'agit de déterminer si le droit de propriété d'un tiers sur un bien en la possession du failli est opposable au syndic lorsque les formalités d'opposabilité de ce droit n'ont pas été accomplies avant la faillite (*i.*). Tantôt, il faut rechercher qui, du syndic ou du failli, est propriétaire des biens qui composent le patrimoine de la faillite (*ii.*). Pour répondre à ces questions, les tribunaux doivent, comme en matière d'hypothèque, s'intéresser au statut du syndic.

i. L'opposabilité du droit de propriété

La première catégorie de litiges soulève un problème à première vue semblable à celui examiné ci-dessus en matière d'hypothèque. En effet, il s'agit encore de mesurer les effets à l'égard du syndic d'un défaut de publicité notamment d'un droit mobilier. À la différence toutefois du cas de l'hypothèque, c'est d'un droit réel principal dont il s'agit, le droit de propriété, et non pas d'un droit réel accessoire. Si le syndic peut se prévaloir du défaut de publicité du droit de propriété d'un tiers, cela équivaut à faire perdre à ce dernier son droit de propriété sur le bien. Celui-ci est alors considéré comme un bien du failli et il peut être réalisé au profit de la masse des créanciers.

⁸⁷ AZ-98011279, p. 6; [1998] R.L. 560, 565 (C.A.).

Plusieurs cas ont été soumis à l'attention des tribunaux au cours des dernières années. Le scénario est toujours le même. Il s'agit de ventes à tempérament ou de baux de véhicules automobiles pour lesquels les formalités de publicité prescrites par le droit provincial n'ont pas été accomplies avant la faillite des acheteurs ou des locataires.

Pour les ventes à tempérament, la tendance est de déclarer la réserve de propriété non publiée inopposable au syndic. Le motif principal est le même que celui retenu par la Cour d'appel en matière d'hypothèque. On déclare que le syndic, en tant que représentant de l'ensemble des créanciers, est un tiers à qui une réserve de propriété non publiée avant la faillite est inopposable en vertu des articles 1745 et 1749 C.c.Q. C'est ce qui ressort de trois décisions récentes de la Cour supérieure du Québec⁸⁸.

Cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité⁸⁹. Dans une autre décision récente de la Cour supérieure du Québec⁹⁰, le tribunal déclare une réserve de propriété non publiée opposable au syndic. C'est sur la base d'une interprétation restrictive de l'article 1749 C.c.Q. que le juge fonde sa décision. Selon lui, le législateur a clairement indiqué à cet article quels tiers il entendait protéger et le syndic ne fait pas partie de ceux-ci. Il ne peut donc avoir plus de droits sur le véhicule que le failli en avait. Il est important de préciser que le tribunal ne nie pas que le syndic est un tiers, il considère seulement que ce n'est pas un tiers visé par l'article 1749 C.c.Q.

⁸⁸ *Paré (Syndic de) : Ginsberg, Gingras & associés inc. c. Caisse populaire Desjardins de Repentigny*, AZ-50080745, B.E. 2000BE-1382; 2928701 *Canada Inc. (Syndic de) : Leblond, Buzetti inc. et Services financiers Daimlerchrysler (Debis) Canada inc.*, AZ-01026327, B.E. 2001BE-710 (en appel); *Rouleau (Syndic de) : Ginsberg, Gingras & Associés et Banque de Nouvelle-Écosse*, AZ-01026325, B.E. 2001BE-709. Depuis le dépôt de cette étude, la Cour d'Appel du Québec a adopté cette solution : *In re Mervis : Druker & Associés c. Banque Royale du Canada*, AZ-50141974, J.E. 2002-1650.

⁸⁹ Il y a lieu de souligner que sous le *Code civil du Bas Canada*, la Cour d'appel avait déclaré opposable au syndic une vente d'un immeuble faite par le failli avant la faillite et enregistrée après, au motif que le syndic n'était pas un tiers acquéreur pour valeur au sens des articles 2090 et 2098 C.c.B.C. Voir : *Kowalski c. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 1993.

⁹⁰ *Banque Royale du Canada c. Mervis*, AZ-50098482, J.E. 2001-1555 (en appel), [2001] R.J.Q. 1885; cette décision a été renversée depuis : *In re Mervis : Druker & Associés c. Banque Royale du Canada*, précité, note 88.

En ce qui concerne les baux non publiés, la tendance consiste aussi, comme en matière de réserve de propriété, à déclarer le droit de propriété du bailleur opposable au syndic. Le motif est également le même. On déclare que le syndic, en tant que représentant de l'ensemble des créanciers, est un tiers à qui le droit de propriété du bailleur est opposable lorsque le bail n'a pas été publié avant la faillite conformément à l'article 1852 C.c.Q. C'est ce qui ressort de trois décisions récentes de la Cour supérieure du Québec⁹¹.

Cette solution ne fait pas non plus l'unanimité. Dans une autre décision de la Cour supérieure⁹², le tribunal déclare que ce n'est pas le titre de propriété du bailleur qui est soumis à la publicité aux termes de l'article 1852 C.c.Q., mais uniquement son titre de « bailleur » et les droits qui en découlent. Cette interprétation littérale amène le tribunal à décider que la non-publication du bail n'a pas pour effet de conférer au syndic plus de droits que n'en détenait le failli à l'égard du véhicule et qu'en conséquence le bailleur peut le revendiquer. Encore ici, le tribunal ne conteste pas que le syndic est un tiers. Il déclare que ce n'est pas le droit de propriété du bailleur qui, en vertu du droit provincial, est soumis à la publicité pour son opposabilité aux tiers.

On ne peut faire état de cette jurisprudence sans parler de l'affaire *Giffen*⁹³. Bien que cet arrêt de la Cour suprême du Canada concerne un litige qui a pris naissance en Colombie-Britannique, le problème en cause est semblable à ceux qui viennent d'être examinés.

En l'espèce, un bail à long terme d'un véhicule automobile est consenti à une personne qui fait subséquemment faillite. L'article 3

⁹¹ *Ferland (Syndic de)*, AZ-50101171, J.E. 2001-1900, [2001] R.J.Q. 2632 (C.S.); *Tremblay (Syndic de) : Raymond Chabot inc. c. G.M.A.C. Location ltée*, AZ-01021730, J.E. 2001-1292 (C.S.); *Labrosse (Syndic de) : Ginsberg, Gingras & Associés inc c. 9047-1863 Québec inc.*, AZ-01021688, J.E. 2001-1293 (C.S.); *Ginn (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 2855, J.E. 2001-1996 (C.S.); *Lefebvre (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 2679, J.E.2001-2038 (C.S.) (en appel).

⁹² *Delevo (Syndic de): Aberback, Lapointe et associés inc. c. G.M.A.C. Location ltée*, AZ-01021850, J.E. 2001-1554, [2001] R.J.Q. 1908, (en appel); voir aussi : *9080-9708 Québec inc. (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 2900, J.E. 2001-2084 (C.S.). Depuis le dépôt de cette étude, la Cour d'appel du Québec a tranché la question en décidant que, dans le cas de baux non publiés, le droit de propriété du bailleur était opposable au syndic : *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901, J.E. 2002-726, AZ-50121308, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.).

⁹³ AZ-98111026, [1998] 1 R.C.S. 91.

du *Personal Property Security Act*⁹⁴ assimile ce type de bail à une sûreté (« *security interest* ») et l'article 20b)(i) prévoit expressément que cette sûreté est inopposable au syndic si elle n'a pas été parfaite, c'est-à-dire publiée, avant la faillite. En l'espèce, le bailleur n'a pas satisfait à cette exigence.

Pour le juge Iacobucci, la question soulevée est la suivante :

*Voici la question principale soulevée dans le présent pourvoi : le sous-al. 20b)(i) de la PPSA peut-il éteindre le droit dont est investie la bailleresse sur la voiture au profit de l'intérêt du syndic, ou l'application du sous-al. 20b)(i) est-elle limitée par certaines dispositions de la LFI?*⁹⁵

Le tribunal reconnaît d'abord que le droit du failli d'utiliser la voiture et d'en avoir la possession constitue un « bien » dévolu au syndic en vertu de l'article 71(2) L.F.I. et que c'est sur la base de cet « intérêt propriétaire à l'égard de la voiture » que le syndic peut réclamer le véhicule. Il rappelle ensuite la complémentarité entre la législation fédérale et le droit provincial en citant les propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Husky Oil*⁹⁶ qui déclarait :

C'est un truisme de dire que la Loi sur la faillite dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu'un débiteur déclare faillite. C'est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le « résultat » final, mais cela est prévu par la Loi sur la faillite elle-même.

Finalement, le tribunal en arrive à la conclusion suivante :

*En vertu du sous-al. 20b)(i), la sûreté non parfaite de la bailleresse est inopposable à l'intérêt fondé sur la possession acquis par le syndic de faillite. L'intérêt du syndic à l'égard de la voiture prime celui de la bailleresse; par conséquent, le syndic a droit au produit de la vente de la voiture.*⁹⁷

Cet arrêt de la Cour suprême permet de mesurer à quel point le droit provincial peut être déterminant quand il s'agit d'un litige opposant le syndic et un tiers concernant les biens du failli. Si c'est en vertu de l'article 71(2) L.F.I. que les intérêts de toute nature du failli dans des biens sont dévolus au syndic, c'est plutôt en vertu du

⁹⁴ S.B.C. 1989, c. 36.

⁹⁵ Précité, note 93, par. 23.

⁹⁶ *Husky Oil Operations Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1995] 3 R.C.S. 453.

⁹⁷ Précité, note 93, par. 73.

droit provincial que des conflits entre ces intérêts et ceux de tiers peuvent être réglés. Comme on peut le constater, c'est l'article 20b)(i) du *Personal Property Security Act* qui, en l'espèce, a permis d'établir la priorité entre les intérêts du syndic et ceux du bailleur sur le véhicule.

C'est d'ailleurs de la même façon qu'ont été réglés les litiges semblables soumis à l'attention des tribunaux québécois. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, c'est sur la base de dispositions du Code civil que les problèmes d'opposabilité au syndic ont été solutionnés. S'il y a parfois controverses sur la portée de certaines de ces dispositions, il n'y en a pas concernant le rôle qu'elles jouent en matière de faillite.

La solution à un litige de cette nature dépend non seulement de la législation fédérale, mais aussi du droit provincial. Cette solution est donc susceptible de varier en fonction de ce que prescrit ce droit. Ainsi, dans l'affaire *Giffen*, la solution aurait tout probablement été différente en l'absence du sous-alinéa 20b)(i) du *Personal Property Security Act*. C'est vraisemblablement la règle voulant que le syndic ne puisse détenir plus de droits que le failli (« *The trustee steps in the shoes of the bankrupt* ») qui aurait alors prévalu, permettant au bailleur de revendiquer le véhicule.

La loi provinciale ne peut pas modifier la *Loi sur la faillite*; elle peut cependant, pour reprendre les propos du juge Gonthier, en « modifier le résultat final ». Dans la recherche du statut du syndic, il faut se rappeler cette réalité et cette dualité.

ii. Le titulaire du droit de propriété

Le droit de propriété donne lieu à une deuxième catégorie de litiges. Il ne s'agit plus cette fois d'une question d'opposabilité, mais d'un problème plus fondamental. Il faut préciser ce qu'il advient, lors de la faillite, du droit de propriété du failli sur les biens dévolus au syndic. Cette question ne reçoit pas toujours la même réponse, ce qui témoigne de la difficulté qu'éprouvent les tribunaux à saisir, dans une perspective de droit civil, la nature juridique du procédé retenu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour parvenir à la liquidation des biens du failli. Quelques arrêts vont permettre d'illustrer cette situation.

Dans une affaire qui remonte à 1976, la Cour d'appel du Québec devait décider si un failli libéré qui voulait racheter du syndic des

actions qu'il détenait avant la faillite devait être considéré comme un nouvel actionnaire. Cette question devait être tranchée parce que les lettres patentes de la compagnie prévoyaient que l'admission d'un nouvel actionnaire devait recevoir l'approbation du bureau de direction. Le juge Bernier déclare que cette approbation n'est pas requise parce que le failli « n'a jamais été complètement dépouillé de ses droits dans la propriété des actions de cette compagnie ». Il ajoute ceci :

Ce 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.⁹⁸

Un failli qui n'est pas complètement dépouillé de la propriété de ses biens et un syndic qui est propriétaire à titre de fiduciaire, voilà des propos qui ne surprennent pas un juriste de common law, mais qui sonnent drôle à l'oreille d'un civiliste.

Dans un arrêt beaucoup plus récent, l'affaire *Droit de la famille – 3712*⁹⁹, la Cour d'appel du Québec fait moins de nuances. En l'espèce, une épouse demande, lors de procédures de divorce, que lui soit attribuée la propriété de la résidence familiale appartenant à son conjoint à titre de paiement d'une somme globale alimentaire. Avant qu'une décision n'intervienne, le conjoint de la demanderesse fait faillite et celle-ci présente une preuve de réclamation au syndic revendiquant la résidence. Le syndic rejette cette réclamation. L'épouse obtient alors l'autorisation de poursuivre les procédures de divorce et un jugement lui attribue finalement la propriété de la résidence. Le syndic en appelle de ce jugement.

La Cour d'appel déclare ce jugement inopposable au syndic. Voici comment s'exprime le juge Denis :

32. D..., on l'a vu, fait cession de ses biens le 28 novembre 1995. La résidence familiale dont il est propriétaire est un bien de la faillite au sens de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (art. 2) et la saisine en est dévolue au syndic (art. 71(2)).

33. Un certificat de faillite est enregistré contre l'immeuble le 10 janvier 1996 par le syndic qui est dès lors considéré comme propriétaire (art. 74(1) et (2) Loi sur la faillite et l'insolvabilité).

⁹⁸ *Lefavre c. Côté*, précité, note 20, 692.

⁹⁹ AZ-50078434, [2000] R.D.F. 589, J.E. 2000-1786.

34. L'ordonnance rendue le 26 juillet 1996 par le juge Côté relative à l'immeuble, dans le cadre du jugement de divorce, n'est donc pas opposable au syndic. Au moment du jugement Côté, D... n'est plus propriétaire de la résidence familiale. On ne peut donc lui ordonner de remettre le titre de propriété à son ex-femme en partage du patrimoine familial.

[...]

47. Je suggère de déclarer l'appelante (le syndic) propriétaire de la résidence familiale depuis le 28 novembre 1995 et de déclarer inopposable à celle-ci les deux dernières conclusions du jugement Côté.

Le sort de ce litige dépend, comme dans l'arrêt précédent, de l'interprétation des seules dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et, plus précisément, de l'article 71(2) L.F.I. Cette fois, la Cour d'appel qualifie le syndic de « propriétaire » des biens. Aucun autre concept n'a été invoqué. Il n'a pas été question de fiduciaire et le tribunal ne fait aucune allusion à une division quelconque du droit de propriété entre le failli et le syndic.

On doit souligner que l'article 71(2) L.F.I. ne réfère pas explicitement aux notions de « propriétaire » ou de « droit de propriété ». Il utilise toutefois un langage qui, dans une perspective de droit civil, fait penser au droit de propriété. Dire que les biens du failli doivent *immédiatement passer et être dévolus au syndic*, c'est laisser entendre à un civiliste que le syndic en devient propriétaire. Cela est d'autant plus plausible que l'article 74(1) et (2) L.F.I., aussi cité par la Cour d'appel, reconnaît expressément au syndic le droit *d'être enregistré comme le propriétaire* d'un immeuble qui appartenait au failli¹⁰⁰.

Dans un arrêt de la Cour suprême du Canada¹⁰¹, le juge Gonthier, comparant certaines dispositions de la *Loi sur les liquidations*¹⁰² et celles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, déclarait ceci :

¹⁰⁰ Dans un litige en provenance de l'Ontario, la Cour suprême a reconnu que la faillite dépouille le débiteur de ses biens au profit du syndic. Dans *Succession Halpenny c. Paddon*, [1982] 1 R.C.S. 559, le tribunal déclare à la page 567 : « Depuis le 23 novembre 1978, la débitrice n'avait plus d'actif étant donné qu'en vertu de la *Loi sur la faillite*, il était dévolu au syndic à compter de cette date ».

¹⁰¹ *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, précité, note 23.

¹⁰² Précitée, note 21.

Contrairement à ce qui prévaut en cas de faillite, les biens de la compagnie restent la propriété de la compagnie et ne sont pas transférés dans les mains du liquidateur. Selon l'article 33 de la Loi sur les liquidations, le liquidateur prend tous les biens, effets et droits incorporels de la compagnie « en sa garde ou sous son contrôle » alors que le par. 71(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, prévoit que les biens du failli « doivent [...] immédiatement passer et être dévolus au syndic », et le par. 74(1) de cette loi autorise le syndic à enregistrer en son nom l'ordonnance de séquestre ou la cession sur tout bien immeuble appartenant au failli.¹⁰³

Cette opinion est en tout point conforme à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 3712* et elle repose sur les mêmes bases.

Si les tribunaux considèrent généralement le syndic comme un propriétaire, il n'y a cependant pas unanimité. Ayant à décider si la rétrocession par un syndic au failli libéré des droits dans une action en dommages-intérêts constitue une vente de droits litigieux, le juge Guibault de la Cour supérieure du Québec déclarait ceci :

Par l'effet de la faillite, tous les biens propriétés [sic] du failli sont dévolus au syndic qui en dispose pour le bénéfice des créanciers tel que prévu par la L.F.I.

[...]

À cet effet, le syndic prend possession des actifs du failli quel que soit l'endroit où ils se trouvent et il agit à leur égard comme un séquestre qui aurait été nommé par le tribunal (article 16(4) L.F.I.).

Ainsi, ayant la possession et la saisine des biens appartenant au débiteur, il pourra, tel que prévu à l'article 30, les vendre, les louer ou encore continuer le commerce, intenter ou contester des actions ou autrement transiger, le tout pour le bénéfice des créanciers.

De son côté, le débiteur failli ne perd pas pour autant la propriété des biens. Ce n'est pas parce qu'un syndic prend possession et a la saisine des actifs qu'il y a pour autant transfert de propriété.

[...]

La propriété n'ayant jamais été transférée au syndic, il ne saurait donc dans les circonstances, être question de vente entre le syndic et le débiteur.

¹⁰³ *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, précité, note 23, par. 30.

[...]

*À l'égard des biens du débiteur, le syndic n'agit donc que comme intermédiaire pour assurer une liquidation ordonnée au plus grand avantage des créanciers.*¹⁰⁴

Dans une perspective de droit civil, une telle analyse est intéressante. On peut cependant se demander sur quoi elle repose. Dans un débat qui porte sur la nature de la dévolution des biens au syndic, l'article 71(2) L.F.I. est incontournable. En l'espèce le tribunal ne cite pas cet article et il ne dit pas sur quelle disposition de la loi il s'appuie pour déclarer que le failli demeure propriétaire des biens. Aucun arrêt n'est invoqué pour soutenir cette conclusion et la jurisprudence qui reconnaît que le syndic est propriétaire des biens du failli est passée sous silence. Il s'agit donc d'une décision qui n'est pas représentative de la jurisprudence en la matière¹⁰⁵.

On peut bien sûr être insatisfait de la jurisprudence qui interprète la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* comme emportant le transfert de la propriété des biens du failli au syndic. Mais, avant de la critiquer, il faut rechercher si d'autres solutions, compatibles avec les dispositions de la L.F.I., s'offrent au juge dont la fonction est d'interpréter la loi, non de la changer. Avant d'entreprendre cette recherche, il reste encore une question importante à examiner, celle du statut du syndic face aux obligations du failli.

2. Les obligations du failli

Si les litiges concernant les biens du failli sont l'occasion pour les tribunaux de définir le statut du syndic, il en est ainsi des litiges qui touchent aux obligations du failli. Il y a d'ailleurs beaucoup de connexité entre ces deux questions. Celle-ci vient du lien qui existe, au sein du patrimoine du failli, entre ses droits et ses obligations. Le syndic étant considéré comme le cessionnaire des biens du failli, il est logique que l'on s'interroge sur sa responsabilité face aux obligations de ce dernier.

¹⁰⁴ *Auger c. Harvey*, AZ-50076898, par. 26-31, [2000] R.J.Q. 2075, J.E. 2000-1369.

¹⁰⁵ Dans une décision antérieure portant également sur la même question, la Cour supérieure, s'appuyant sur l'article 71(2) L.F.I., a décidé que les droits que détenait le failli sur une créance ont été dévolus au syndic et qu'ils n'appartenaient plus au failli. Voir : *Pontefract inc. (Syndic de)*, AZ-97026100, B.E. 97BE-238.

Pour savoir si le syndic est lié par les obligations du failli, il faut bien évidemment s'en remettre d'abord à la L.F.I. En vertu de cette loi, le syndic est obligé de reconnaître l'existence de toutes les dettes du failli qui ont fait l'objet d'une réclamation établie. Son rôle consistant à réaliser les biens du failli en vue de payer ces dettes, il est normal qu'il en soit ainsi. La loi ne dit pas cependant qu'il est « cessionnaire » ou « débiteur » de ces obligations et on ne retrouve pas au sujet de celles-ci de dispositions semblables à celles de l'article 71(2) L.F.I. concernant les biens du failli.

Cela ne soulève pas de difficulté tant et aussi longtemps qu'il s'agit d'obligations de payer une somme d'argent puisque ces réclamations sont acquittées au prorata¹⁰⁶. C'est lorsque le failli est lié par une obligation de faire que la question devient plus difficile. Peut-on obliger le syndic à exécuter ce type d'obligations?

Il y a une quinzaine d'années, un auteur s'est penché sur cette question¹⁰⁷. Il s'est demandé si le syndic est tenu de donner suite à une obligation de faire, telle une promesse de vente, contractée par le failli avant la faillite. Constatant que la jurisprudence était alors hésitante sinon partagée, il accordait préférence à une décision de la Cour d'appel¹⁰⁸ qui avait reconnu que rien dans la L.F.I. n'obligeait un syndic à assumer une obligation de faire ou toute autre obligation onéreuse que le failli, avant sa faillite, s'était obligé à accomplir. Voici ses motifs.

*Cette dernière approche est selon nous préférable; il n'existe pas de texte qui justifierait de traiter sur une base différente le créancier d'une somme d'argent et le créancier d'une obligation de faire. Forcer le syndic à exécuter spécifiquement une obligation de faire serait accorder une préférence au créancier de cette obligation. Comme on l'a déjà écrit, ceci équivaldrait à acquitter à cent sous dans le dollar la réclamation de ce créancier. En effet, on se trouverait à satisfaire intégralement à cette réclamation. Permettre à un créancier ordinaire d'obtenir l'exécution spécifique à l'encontre du syndic irait donc à l'encontre du principe voulant que les réclamations établies dans la faillite doivent être acquittées pari passu.*¹⁰⁹

¹⁰⁶ L'article 141 L.F.I. précise que : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata ».

¹⁰⁷ J. Michel DESCHAMPS, « Le syndic : Un successeur du débiteur? Un cessionnaire? Un représentant des créanciers? », (1985) *Conférences Meredith* 245.

¹⁰⁸ *Re O.T.E.A. Inc. : Banque du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539.

¹⁰⁹ J.M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 107, 249.

Cette façon de voir trouve écho dans la jurisprudence récente. Dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹¹⁰, le tribunal se dit d'accord avec les conclusions et les motifs du premier juge et notamment avec les propos suivants au sujet d'une promesse de vente faite par le failli :

With great respect for the contrary view, I am of the opinion that nothing in the Bankruptcy Act obliges the trustee to assume such an obligation.

[...]

I agree what is described in Bakermaster as the overriding principle in issues of this kind, namely that the trustee and the court must protect the assets of the estate for the benefit of the unsecured creditors. Not only is this so when in closing the transaction, the trustee will incur a substantial deficit but even more so when the rights of the petitioner are purely personal [...]

C'est en prenant en considération le devoir du syndic de veiller à préserver les intérêts des créanciers ordinaires que le tribunal en arrive à la conclusion qu'il n'est pas lié par une obligation de faire contractée par le failli¹¹¹.

Dans l'arrêt *Les Coopérants* dont il a été question ci-dessus (*supra*, p. 93), le plus haut tribunal du pays devait décider si une convention d'indivision comportant un droit de préemption était opposable au liquidateur d'un des indivisaires agissant en vertu de la *Loi sur les liquidations*. Pour en décider, il est nécessaire, explique le juge Gonthier, de bien définir et situer le statut juridique du liquidateur. Cela l'amène à comparer ce statut à celui du syndic de faillite et à faire ressortir les différences importantes qui existent entre ces deux personnages. Il est utile de rapporter à nouveau ses propos :

Contrairement à ce qui prévaut en cas de faillite, les biens de la compagnie restent la propriété de la compagnie et ne sont pas transférés dans les mains du liquidateur. Selon l'article 33 de la Loi sur les

¹¹⁰ *Malka (Syndic de) : Tye-Sil Corp. c. Druker*, AZ-97011220, J.E. 97-385.

¹¹¹ Dans un autre arrêt récent, la Cour supérieure du Québec adopte une position équivoque en affirmant que le syndic est libre de vendre des actions appartenant au failli au prix qu'il juge convenable, mais que cette vente ne peut se faire que conformément aux modalités prévues dans la convention des actionnaires. En l'espèce, la convention prévoit que l'actionnaire, le failli, ne peut vendre ses actions dans la compagnie tant qu'il est endetté envers elle. Cette décision a été portée en appel. Voir : *Montréal Fast Print Ltd. (Syndic de)*, AZ-50082467, J.E. 2001-327.

liquidations, le liquidateur prend tous les biens, effets et droits incorporels de la compagnie « en sa garde ou sous son contrôle » alors que le par. 71(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, prévoit que les biens du failli « doivent [...] immédiatement passer et être dévolus au syndic » [...]¹¹²

Ce que le juge Gonthier veut surtout faire ressortir par cette comparaison, c'est que le liquidateur prend la place des administrateurs de la compagnie qui conserve la propriété de ses biens, alors que le syndic est un tiers par rapport au failli qui perd la propriété des siens. C'est dans la foulée de cette comparaison que le juge déclare :

Dans la perspective du régime légal de liquidation, donc, le liquidateur est un officier du tribunal qui a pour fonction de mettre fin aux opérations de la compagnie et de distribuer son actif aux créanciers. Il n'est pas un tiers vis-à-vis de la compagnie insolvable. Il est la personne désignée par le tribunal pour agir à la place des administrateurs de la compagnie en liquidation. Donc, l'intérêt de l'appelant dans les immeubles (ici, un intérêt purement conventionnel) n'a pas à être enregistré pour être opposable au liquidateur, parce que le liquidateur agit pour la débitrice.

B. La gestion du patrimoine : le syndic comme officier de la cour (*officer of the court*)

Il s'agit ici d'étudier les règles généralement applicables au comportement professionnel d'un syndic. Cette question a été analysée en droit anglais et en droit canadien dans une section précédente (*supra*, p. 75 et suiv.).

D'emblée, observons que la jurisprudence au Québec a adopté des solutions identiques à celles des tribunaux des autres provinces et du droit anglais. Pour juger du comportement professionnel du syndic, les tribunaux québécois ne se sont à peu près jamais référés aux obligations fiduciaires du syndic. Toutefois, ils n'ont pas hésité à évoquer l'idée que le syndic était un officier de la cour. Sans fournir d'éléments de réponse précis, ils ont utilisé ce point de repère pour statuer sur les demandes de révocation de syndic ou autres demandes concernant ses agissements.

Par exemple, il a été jugé qu'il y avait un motif suffisant de révocation lorsque le syndic manquait à ses devoirs d'officier de justice

¹¹² *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, précité, note 23, par. 30. Voir *supra*, p. 69 et suiv.

en agissant avec trop de laxisme ou en négligeant sciemment d'informer adéquatement le tribunal¹¹³. De même, les tribunaux n'hésitent pas à réduire les honoraires du syndic qui, comme auxiliaire et officier de justice, doit toujours agir avec honnêteté :

*Ce qui est en cause ici est l'image même de l'administration de la faillite et de la confiance que le public doit mettre dans l'administration de la loi et dans les officiers de justice comme le syndic.*¹¹⁴

Un syndic, en qualité d'officier de la Cour, doit exercer ses fonctions de façon équitable et prudente¹¹⁵. Comme officier de justice, le syndic devient possesseur de tous les biens du failli. Il a une obligation personnelle de bon administrateur et le devoir de disposer des biens à leur meilleure valeur, au plus grand avantage des créanciers¹¹⁶.

Comme les tribunaux anglais et ceux des autres provinces, les tribunaux québécois en sont arrivés à cette conclusion en s'attachant essentiellement à la nature des fonctions du syndic et de sa relation avec le tribunal :

*Ce tribunal doit avoir le contrôle de l'administration par le truchement du syndic, officier de justice qui agit sous la tutelle et les directives du tribunal.*¹¹⁷

Sans procéder à une analyse exhaustive de la jurisprudence, il est clair que les tribunaux québécois se servent, au besoin, de la notion d'officier de la cour comme paramètre pour apprécier le comportement professionnel d'un syndic. Ce dernier ne doit pas porter ombrage à la dignité de l'administration de la justice : il doit collaborer avec le tribunal; il doit agir en toute honnêteté; ses agissements doivent être empreints d'impartialité et d'objectivité¹¹⁸.

Il nous paraît important de souligner que cette qualification par le tribunal québécois du statut du syndic comme « *officer of the*

¹¹³ 3087-6347 *Québec inc. (Syndic de)*, J.E. 2000-1198, AZ-50076702 (C.A.).

¹¹⁴ *In re André L'Heureux*, [1999] R.J.Q. 945, 949 (C.A.), M. le juge Baudouin.

¹¹⁵ *Greenberg Stores (Syndic de)*, AZ-98021632, J.E. 98-1389 (C.S.).

¹¹⁶ *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, AZ-92011678, [1992] R.D.I. 417 (C.A.).

¹¹⁷ *In re Eagle River International Ltd.*, AZ-50069772, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.).

¹¹⁸ Voir notamment : *In re Marché Central Métropolitain inc.*, C.S. Montréal, n° 500-11-005-236-969, 29 janvier 1999, p. 8 du jugement, B.E. 99BE-937 (C.S.); 3087-6347 *Québec inc. (Syndic de)*, précité, note 113; *Greenbaum (Syndic de)*, J.E. 95-768 (C.S.) (en appel); *In re Roy*, (1963) 4 C.B.R.n.s. 275 (C.S.).

court » ne pose pas de problèmes, à notre avis, au point de vue de l'harmonisation. Il s'agit plutôt essentiellement d'une difficulté de législation et de terminologie.

Certes, la tâche de l'interprète serait facilitée par une disposition conférant expressément ce statut au syndic. Déjà, comme nous l'avons vu (*supra*, p. 80), la loi fédérale le faisait, mais les textes en question ont été supprimés. Sans avoir analysé à fond les raisons de ces changements, on peut tout de même comprendre que le législateur fédéral ait adopté cette politique législative. En effet, la loi fédérale ne disait pas que le syndic était un officier de la cour mais qu'il le serait (« *shall* », loi de 1875, voir *supra*, p. 80) ou encore qu'il serait assujéti à la juridiction de la cour comme s'il était un officier ordinaire de la cour. Dans la mesure où la juridiction en matière de faillite est conférée à un tribunal (art. 183 L.F.I.) dont l'organisation relève de l'autorité provinciale, il est peut-être sage pour le législateur fédéral de s'en remettre sur cette question à la législation provinciale.

Quoi qu'il en soit, la notion d'« *officer of the court* » n'est pas étrangère au système de droit civil. L'article 50 du *Code de procédure civile* (C.p.c.) traite de l'« officier de justice »¹¹⁹. L'article 232 du même code réfère à un « officier judiciaire » (« *court officer* »). Les articles 1783 et 2990 C.c.Q. traitent des officiers de justice.

Lorsque les tribunaux québécois traitent du syndic en tant qu'« *officer of the court* », ils emploient généralement l'expression « officier de justice »¹²⁰, parfois celle d'« officier de la cour »¹²¹ ou même à l'occasion « auxiliaire de justice »¹²².

¹¹⁹ Le juge Guthrie a assimilé le syndic à un officier de justice au sens de cette disposition dans l'affaire *Constantineau (Syndic de)*, J.E. 99-17 (C.S.). Dans la version anglaise de l'article 50(2) C.p.c., l'expression est traduite par « *officer of justice* ».

¹²⁰ *In re Marché Central Métropolitain inc.*, précité, note 118; *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, précité, note 116; 3087-6347 *Québec inc. (Syndic de)*, précité, note 113; *In re André L'Heureux*, précité, note 114; *Wightman c. Richter & Associés inc.*, AZ-94011866, J.E. 94-1490, [1994] R.D.J. 477 (C.A.); *In re Eagle River International Ltd.*, précité, note 117.

¹²¹ *Plastiques Valsen Inc. (In re)*, J.E. 81-494, AZ-81021249 (C.S.); *Greenbaum (Syndic de)*, précité, note 118; 3087-6347 *Québec inc. (Syndic de)*, précité, note 113; *Greenberg Stores (Syndic de)*, précité, note 115.

¹²² *In re André L'Heureux*, précité, note 114. Voir quant à un avocat (*Greenbaum (Syndic de)*, précité, note 118) ou un interprète (*Ventes Denis Gauvreau Inc. c. Groupe S.C.V. Inc.*, AZ-97026334, B.E. 97BE772 (C.S.)).

Dans le vocabulaire juridique français, on utilise très rarement l'expression « officier de la cour ». On réfère plutôt aux expressions « officier de justice » – celui qui exerce une fonction directement rattachée à l'administration de la justice – et « auxiliaire de justice » – celui qui concourt à celle-ci sans avoir aucun lien de dépendance¹²³.

Deuxième partie : Le statut futur du syndic

L'examen de la jurisprudence d'origine québécoise relative au statut du syndic permet de faire ressortir certains traits caractéristiques de ce personnage.

S'il faut décider si la faillite entraîne le transfert de la propriété des biens du failli au syndic, la réponse est affirmative. S'il s'agit de décider si le syndic est lié par les obligations du failli, la réponse est négative. Lorsque c'est une question d'opposabilité de droits qu'il faut trancher, le syndic est considéré généralement comme un représentant des créanciers et comme un tiers. Si c'est sa gestion qui est en cause, on l'assimile à un officier de la cour.

Est-ce là un portrait compatible avec la tradition de droit civil? C'est la première question à laquelle il importe de répondre. Si l'on donne une réponse affirmative à cette question, il n'y a pas lieu de pousser plus loin l'étude. Si la réponse est négative, il faut alors se demander s'il est possible, dans un contexte d'harmonisation, de corriger cette situation.

Considérés séparément, les différents statuts reconnus au syndic par la jurisprudence ne posent pas de problème en droit civil. Ils font tous intervenir des concepts familiers. Les notions de « propriétaire », « tiers », « représentant » et « officier de la cour » sont utilisées par le législateur québécois et connues des civilistes. C'est l'amalgame de ces statuts qui soulève des difficultés. Est-il

¹²³ Hubert Reid donne comme exemples les avocats, les huissiers, les syndics. Voir : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994; Pierre-Gabriel GUIMONT, « Les devoirs envers l'administration de la justice », dans *Formation professionnelle 1999-2000*, Barreau du Québec, vol. 1, *Barreau et pratique professionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 97 et suiv.; Roger PERROT, *Institutions judiciaires*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 335; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 92; Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1936, p. 74.

possible, dans le respect de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, c'est-à-dire sans trahir ses dispositions, ni l'intention du législateur, de trouver dans le droit civil un personnage qui possède de tels caractères?

A. Le syndic est-il un cessionnaire?

Le terme « cessionnaire » est souvent utilisé pour qualifier le syndic. L'arrêt qui en témoigne le mieux est l'affaire *Civano Construction Inc., Gingras c. Crédit MG Inc.* dans laquelle le tribunal déclare ceci :

*Le syndic n'est pas le successeur du failli, il en est le cessionnaire. En effet, la faillite est une cession volontaire ou forcée d'une universalité de biens, [...] faite par un débiteur insolvable en faveur de ses créanciers entre les mains d'un fiduciaire, d'un cessionnaire, le syndic.*¹²⁴

Quel sens ce mot a-t-il en droit civil? Il est surtout utilisé dans le *Code civil du Québec* pour identifier celui à qui une créance est cédée¹²⁵. Ce n'est toutefois pas son domaine exclusif et on le retrouve aussi en matière de vente à tempérament¹²⁶ et d'assurance¹²⁷. Les juristes l'utilisent abondamment dans la rédaction des conventions pour parler d'une personne en faveur de qui une cession est faite, peu importe la nature et l'objet de la cession.

Le mot « cessionnaire » peut donc s'appliquer à beaucoup de personnes détentrices de droits différents et qui n'ont en commun que le fait d'être bénéficiaires d'une cession. Cette expression n'est pas rattachée à une seule institution et elle sert à qualifier des personnes soumises à des régimes juridiques différents.

Le fait de qualifier le syndic de « cessionnaire » n'a donc pas pour effet de lui reconnaître un statut particulier. Il est appelé « cessionnaire » parce qu'il est bénéficiaire d'une cession, celle qui résulte des dispositions de l'article 71(2) L.F.I. Ce n'est qu'en précisant la nature des droits que cette cession confère au syndic que l'on parvient à lui attribuer un statut plus précis. C'est ce que les tribunaux font lorsqu'ils déclarent que le syndic est propriétaire des biens du failli. Or, dire du syndic qu'il est un « cessionnaire-propriétaire », c'est à la fois dire trop et trop peu.

¹²⁴ [1962] 3 C.B.R.n.s. 141, 145.

¹²⁵ Art. 1639 et 1643 C.c.Q.

¹²⁶ Art. 1749 C.c.Q.

¹²⁷ Art. 2418 C.c.Q.

Trop, parce que si le syndic exerçait pleinement les prérogatives d'un propriétaire à l'égard des biens qui lui sont cédés, il excéderait les pouvoirs que la L.F.I. lui reconnaît. Il n'est ni nécessaire, ni usuel, dans une perspective de droit civil, d'être cessionnaire-propriétaire de biens pour veiller à leur liquidation au profit des créanciers. Comme l'a écrit à juste titre une auteure, c'est une solution fantaisiste et excessive que d'attribuer la qualité de cessionnaire au syndic¹²⁸.

C'est aussi dire trop peu. En qualifiant le syndic de cessionnaire-propriétaire, on omet une facette importante de sa fonction. Ce qualificatif fait abstraction de son rôle principal, celui de procéder à la liquidation au profit des créanciers. En l'employant, on donne plus d'importance au procédé utilisé par la L.F.I. pour conférer des droits au syndic, soit la dévolution des biens, qu'à la fonction du syndic, soit la liquidation des biens. Le concept de « cessionnaire » ou de « cessionnaire-propriétaire » n'est donc pas tout à fait adéquat pour traduire la complexité de la fonction de syndic.

Ceci étant dit, on ne peut pas reprocher aux tribunaux du Québec de l'utiliser. Ceux-ci ont pour rôle d'interpréter la loi et, comme on l'a déjà dit, les termes de l'article 71(2) L.F.I. mènent directement l'interprète au droit de propriété. Cet article utilise le concept de « dévolution » pour expliquer les conséquences de la faillite sur les biens du débiteur. En édictant que les biens du failli « doivent [...] immédiatement passer et être dévolus au syndic », le législateur utilise un langage qui, dans le droit civil, est principalement associé à la transmission du droit de propriété. C'est le concept de « dévolution » qui traduit, dans le *Code civil du Québec*, la transmission par succession des biens d'un défunt¹²⁹ et cette transmission est un des principaux modes d'acquisition du droit de propriété¹³⁰. Il ne faut donc pas se surprendre que les tribunaux reconnaissent au syndic la qualité de propriétaire. Ce n'est toutefois pas avec l'idée de définir globalement le statut du syndic qu'ils le font, mais simplement en vue de trouver des réponses à des litiges concernant les biens du failli.

¹²⁸ Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 111.

¹²⁹ Voir notamment l'article 613 C.c.Q. qui débute le Livre III consacré aux successions.

¹³⁰ Art. 916 C.c.Q.

Pour les tribunaux des provinces de common law, l'interprétation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* se fait en fonction d'un système juridique où, contrairement au droit civil, la divisibilité du droit de propriété est admise et s'opère à partir des notions de « *legal title* » et de « *beneficial ownership* ». Il est plus facile dans un tel système, en application du concept de *trust*, de comprendre que le syndic puisse être qualifié de propriétaire.

B. Le syndic est-il un successeur?

Le terme « successeur » est moins souvent utilisé que le terme « cessionnaire » pour parler du syndic, mais on le retrouve à l'occasion. L'extrait suivant d'un arrêt de la Cour suprême en témoigne :

*Subject to this, the trustee has no higher rights than the bankrupt and he takes the property of the bankrupt merely as a successor in interest and not as an innocent purchaser for value without notice.*¹³¹

Même s'il s'agit d'un appel d'une décision qui origine du Manitoba, les propos du juge reposent sur une prémisse largement répandue en matière de faillite, y compris dans la jurisprudence québécoise, suivant laquelle le syndic ne peut avoir plus de droits que n'en possédait le failli. Dans cette perspective, il semble logique de le qualifier de « successeur ». Est-ce un statut qui lui convient?

On peut d'abord souligner que « successeur » et « cessionnaire » sont des mots qui ont une certaine affinité. L'un et l'autre reposent sur l'idée de continuité et l'on devine que le cessionnaire et le successeur sont des continuateurs. Le terme « successeur » est synonyme du terme « ayant cause »¹³² qui englobe les ayants cause universels ou à titre universel et les ayants cause particuliers. L'ayant cause universel est celui à qui les droits et les obligations d'une personne sont transmis. Il continue la personnalité juridique de son auteur. L'ayant cause à titre particulier ne reçoit qu'un ou des biens déterminés d'une personne. Il ne continue pas sa

¹³¹ *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631, 634.

¹³² Dans le *Code civil du Bas Canada* le législateur utilisait le terme « successeur », alors que dans le *Code civil du Québec* il lui a préféré le terme « ayant cause ». Voir à titre d'exemple l'article 2200 C.c.B.C. et l'article 2912 C.c.Q.

personnalité juridique et il n'est pas lié par les obligations de son auteur¹³³.

Lorsque l'on dit du syndic qu'il est un successeur du failli, c'est à un ayant cause universel que l'on songe. Ce qui rapproche le plus le syndic d'un ayant cause universel, c'est la dévolution en sa faveur de tous les biens du failli. Comme l'ayant cause universel, le syndic reçoit l'universalité des biens, ce qui n'est jamais le cas d'un ayant cause à titre particulier. Sur ce plan, il rejoint donc l'ayant cause universel. À la différence toutefois de ce dernier, il n'est pas tenu des obligations du failli. Il a certes le devoir de liquider les biens qui lui sont dévolus pour payer les dettes du failli, mais il n'est pas lié par les obligations de ce dernier. L'ayant cause universel est lié par les obligations de son auteur et on peut l'obliger à les exécuter, même s'il s'agit d'une obligation de faire, telle une promesse de vente¹³⁴.

Plus encore, le syndic, contrairement à l'ayant cause universel, ne continue pas la personnalité juridique du failli. La jurisprudence, dans de nombreuses circonstances, le considère comme un tiers par rapport au failli parce qu'il représente les créanciers. Il doit donc pouvoir soulever tous les moyens que ces créanciers auraient pu faire valoir. Cela est fondamentalement incompatible avec le statut d'ayant cause universel qui, en tant que continuateur de son auteur, ne peut jamais être considéré comme un tiers par rapport à lui. Il arrive à l'occasion que l'on dise du syndic qu'il est le continuateur du débiteur, mais cela a surtout pour but de souligner la succession dans le temps et non la succession dans la personnalité juridique¹³⁵. Même si le syndic a certains traits communs avec l'ayant cause universel, il n'en est pas vraiment un et le terme « successeur » ne lui convient pas. Ce n'est pas un statut qui peut lui être attribué.

¹³³ Cette règle peut, selon l'article 1442 C.c.Q., recevoir exception dans certaines circonstances.

¹³⁴ Cette règle reçoit exception seulement lorsque l'obligation a un caractère *intuitu personae*. Voir l'article 1441 C.c.Q.

¹³⁵ Dans *Mercure c. A. Marcotte & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547, le juge de Grandpré, à la page 555, qualifie le syndic de continuateur du débiteur, mais il est clair qu'il n'utilise pas cette expression dans le sens d'ayant cause universel. Dans cet arrêt, le tribunal devait décider si le syndic avait le devoir de maintenir en vigueur une assurance sur un immeuble du failli afin de ne pas nuire aux intérêts d'un créancier hypothécaire. C'est dans ce contexte qu'il utilise le mot « continuateur ».

C. Le syndic est-il un administrateur du bien d'autrui?

La question de savoir si le syndic est un administrateur du bien d'autrui est incontournable, surtout depuis l'introduction dans le Code civil, en 1994, des règles relatives à l'administration du bien d'autrui¹³⁶. Dans un ouvrage consacré à ce dernier sujet, l'auteure aborde cette question.

*Or, dans la perspective du droit civil, le syndic n'acquiert pas les droits du failli du seul fait qu'il se voit reconnaître la compétence pour les liquider. La qualité de cessionnaire est une solution fantaisiste et excessive. L'attribution de pouvoirs sur les biens du failli confère au syndic une qualité suffisante pour leur liquidation et la distribution du produit aux créanciers. Lorsque 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. En effet, au legal title reconnu par la Common Law correspond, en droit civil, non pas la qualité de propriétaire ni de fiduciaire, mais celle d'attributaire de pouvoir sur les biens ou d'administrateur du bien d'autrui. Le failli, quoique privé de la capacité d'exercice, conserve le titre jusqu'au moment où les biens sont vendus par le syndic. Il s'agit en l'occurrence de pouvoirs propres que le syndic exerce en son nom.*¹³⁷

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces propos. L'auteure ne décrit pas le statut actuel du syndic, mais celui que l'on devrait lui reconnaître si l'on voulait harmoniser la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec le droit civil québécois. Cela ressort clairement d'un commentaire fait en marge des propos ci-dessus rapportés.

*Pour rendre la législation sur la faillite cohérente avec le droit privé du Québec, il faudrait remettre en cause les notions fondamentales à partir desquelles elle est présentement élaborée.*¹³⁸

Il faut donc comprendre qu'à ses yeux le syndic ne peut pas actuellement se voir attribuer le statut d'administrateur du bien d'autrui, sans que des modifications substantielles ne soient apportées à la législation fédérale. Avant d'examiner cette solution, il importe de bien vérifier la justesse du diagnostic en s'assurant que le syndic ne peut pas être qualifié, actuellement, d'administrateur du bien d'autrui.

¹³⁶ Art. 1299-1370 C.c.Q.

¹³⁷ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 128, p. 111 et 112.

¹³⁸ *Id.*, p. 112, note 338.

Sous le titre *De l'administration du bien d'autrui*, le législateur a voulu regrouper des règles, auparavant disséminées dans le *Code civil du Bas Canada* ou dans d'autres lois, qui s'appliquent à tous ceux qui administrent des biens qui ne leur appartiennent pas. Ce sont là les propos mêmes du ministre de la Justice dans ses commentaires généraux concernant ces nouvelles dispositions¹³⁹. Il ajoutait que ces règles s'adressent aux seules personnes qui deviennent administrateurs en vertu de la loi ou d'un acte juridique et que la loi ou l'acte n'indique aucun autre régime d'administration.

Ces commentaires traduisent assez fidèlement les dispositions de l'article 1299 C.c.Q. qui édicte que :

Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui. Les règles du présent titre s'appliquent à une administration, à moins qu'il ne résulte de la loi, de l'acte constitutif ou des circonstances qu'un autre régime d'administration ne soit applicable.

Le législateur ne s'est pas contenté de poser cette règle générale. Il a lui-même identifié, de façon non exhaustive, des personnes à qui s'applique ce régime. En dressant la liste¹⁴⁰ de ces personnes, on peut ainsi plus facilement parvenir à établir les traits caractéristiques de l'administrateur du bien d'autrui.

La première chose que l'on constate en recherchant dans le *Code civil du Québec* les administrateurs du bien d'autrui, c'est la diversité des modes de désignation.

Il y a d'abord les personnes qui sont expressément qualifiées ou reconnues comme « administrateur du bien d'autrui » Ce sont le tuteur au mineur (208 C.c.Q.), l'administrateur provisoire des biens d'un mineur (253 C.c.Q.), le liquidateur d'une personne morale (360 C.c.Q.), le successible avant la désignation du liquidateur (644 C.c.Q.), la personne désignée pour administrer une succession (753 et 760 C.c.Q.), le liquidateur d'une succession (802 C.c.Q.), le gérant d'un bien indivis (1029 C.c.Q.), le gérant d'une copropriété divisée (1085 C.c.Q.), le fiduciaire (1278 C.c.Q.), le liquidateur d'une société (2266 C.c.Q.) et le créancier hypothécaire qui exerce le droit de prendre possession des biens (2773 C.c.Q.).

¹³⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 774 et 775.

¹⁴⁰ Cette liste ne tient compte que des dispositions du *Code civil du Québec*.

Il y a ensuite les personnes qui, sans être expressément qualifiées d'administrateur du bien d'autrui, sont indirectement considérées comme tel parce que le législateur, par l'effet d'un renvoi, les assujettit à un régime juridique qui s'applique à des personnes qui sont nommément qualifiées d'administrateurs du bien d'autrui. Ce sont le tuteur à l'absent (87 C.c.Q.) et la personne qui administre des biens donnés ou légués à un mineur (210 C.c.Q.).

Il y a aussi les personnes qui, sans être qualifiées directement ou indirectement d'administrateurs du bien d'autrui, se voient attribuer l'un ou l'autre des régimes d'administration propre à un tel administrateur, soit celui de la simple ou de la pleine administration. Ce sont le curateur public (262 C.c.Q.), l'administrateur provisoire des biens d'un majeur (274 C.c.Q.), le curateur au majeur (282 C.c.Q.), le tuteur au majeur (286 C.c.Q.) et le créancier hypothécaire qui a obtenu le délaissement (2768 C.c.Q.).

Il y a enfin des personnes qui se voient reconnaître, par référence aux règles de l'administration du bien d'autrui, certains pouvoirs ou certaines obligations de l'administrateur du bien d'autrui. Ce sont l'usufruitier (1142 C.c.Q.), le séquestre (1145, 2308 C.c.Q.), le grevé de substitution (1224 C.c.Q.), le gérant d'affaires (1484 C.c.Q.), les commandités (2238 C.c.Q.) et les commanditaires (2245 C.c.Q.).

Il est possible, à partir de cette liste et sans pousser outre mesure l'analyse, de tirer certaines conclusions. Il faut d'abord souligner que le législateur s'en remet aux dispositions sur l'administration du bien d'autrui pour des fins distinctes. Il le fait principalement pour assujettir des personnes à ce régime juridique et en faire ainsi des « administrateurs du bien d'autrui ». C'est le cas de toutes les personnes faisant partie des trois premières catégories ci-dessus. Il s'en sert aussi pour accorder des pouvoirs ou reconnaître des obligations à des personnes qu'il ne considère pas comme des « administrateurs du bien d'autrui ». Les personnes composant la quatrième catégorie en sont un exemple. Ces dispositions peuvent donc jouer le rôle soit de régime supplétif, soit celui de régime de référence.

Il apparaît de plus clairement que l'administrateur du bien d'autrui est, par définition même, une personne qui administre un patrimoine qui n'est pas le sien. Cela ressort non seulement des termes de l'article 1299 C.c.Q., mais aussi de l'examen sommaire

des personnes énumérées dans les trois premières catégories ci-dessus. Parmi ces personnes, il peut arriver, à l'occasion, qu'une d'elles soit à la fois « administrateur » et « propriétaire », par exemple l'héritier désigné liquidateur de la succession. Mais cela ne tient qu'aux circonstances. Il n'y a pas de lien de cause à effet entre ces deux qualités. Dans la perspective du droit civil, il n'est pas nécessaire que l'administrateur acquière les droits de l'administré sur ses biens pour se voir reconnaître les pouvoirs découlant de la simple ou de la pleine administration à l'égard de ceux-ci.

On peut enfin constater que le concept d'administrateur du bien d'autrui regroupe des personnes qui détiennent des pouvoirs différents, sans que cela ne soit dû uniquement à la distinction entre la simple et la pleine administration. Le liquidateur d'une succession et le tuteur, par exemple, n'ont pas les mêmes pouvoirs sur les biens administrés. Aux pouvoirs qui leur sont propres en vertu des règles des successions ou de la tutelle s'ajoutent, à titre supplétif, ceux qui proviennent des règles de l'administration du bien d'autrui. Il y a donc coexistence de pouvoirs propres et de pouvoirs communs à la condition que l'administrateur appartienne à la famille des « administrateurs du bien d'autrui ». Si un autre régime d'administration est applicable, cette coexistence ne pourra se produire, à moins que le législateur n'en décide autrement. C'est ce qu'il a fait à l'égard des personnes faisant partie de la quatrième catégorie ci-dessus. Ce ne sont pas des administrateurs du bien d'autrui et, en principe, les règles du titre *De l'administration du bien d'autrui* ne leur sont pas applicables. Ce n'est que par dérogation à ce principe que certaines de ces règles s'appliquent.

Ce qui précède laisse bien voir que le syndic ne peut pas être reconnu actuellement, dans la tradition civiliste, comme un « administrateur du bien d'autrui ».

Par définition, l'administrateur du bien d'autrui administre un patrimoine qui n'est pas le sien¹⁴¹. Le droit civil organise ce type d'administration en fonction de la notion de pouvoir juridique et non pas en fonction de la notion de droit subjectif¹⁴². L'administrateur exerce donc des pouvoirs sur les biens et non pas un droit. Il n'est

¹⁴¹ Art. 1299 C.c.Q.

¹⁴² M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 128, p. 2-4.

pas nécessaire de lui reconnaître la propriété des biens pour lui permettre d'agir.

Dans ce contexte, il ne paraît pas possible d'affirmer que le syndic est un administrateur du bien d'autrui. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* organise, à la manière de la tradition de common law, l'administration des biens du failli en fonction de la notion de droit. La propriété des biens du failli est dévolue au syndic¹⁴³ qui fonde la légitimité de son administration sur ce droit. Le plus loin que l'on puisse aller dans la voie de la qualification, c'est de dire que la qualité de *syndic* apparaît comme l'équivalent fonctionnel de celle d'*administrateur du bien d'autrui*¹⁴⁴ en droit civil. Cela n'en fait cependant pas un véritable « administrateur du bien d'autrui ».

Il en résulte que l'on ne peut pas attribuer au syndic, autrement qu'à des fins d'équivalence fonctionnelle, un titre qui, en droit civil, appartient à la famille des administrateurs du bien d'autrui. On ne peut donc pas, à titre d'exemple, dire du syndic qu'il est un fiduciaire. Le fiduciaire, depuis la réforme du Code civil de 1994, est un administrateur du bien d'autrui¹⁴⁵ qui, contrairement au syndic, ne détient aucun droit réel sur les biens du patrimoine fiduciaire¹⁴⁶. Si l'on a pu dans le passé, à cause du concept flou et controversé de « fiduciaire » en droit civil, qualifier à l'occasion le syndic de propriétaire-fiduciaire¹⁴⁷ ou de cessionnaire-fiduciaire¹⁴⁸, ce temps est révolu.

Même si l'on admettait, pour les fins de la discussion, que le syndic est un administrateur du bien d'autrui, il y aurait un autre obstacle qui empêcherait qu'on lui applique les règles du titre *De l'administration du bien d'autrui*. Selon les termes de l'article 1299 C.c.Q., ces règles s'appliquent sauf si un autre régime d'administration est applicable en vertu de la loi, de l'acte constitutif ou des

¹⁴³ Art. 71 (2) L.F.I.

¹⁴⁴ M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 128, p. 3.

¹⁴⁵ Art. 1278 C.c.Q.

¹⁴⁶ Art. 1261 C.c.Q.

¹⁴⁷ *Lefaivre c. Côté*, précité, note 20, 692.

¹⁴⁸ *Civano Construction Inc., Gingras c. Crédit MG Inc.*, précité, note 124, 145.

circonstances. Or, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* organise un *autre régime d'administration*. Il est difficile, sinon impossible, de nier ce fait. Cette loi contient de nombreuses dispositions qui précisent en quoi consiste l'administration du syndic. Ce régime juridique est bien articulé et il laisse peu de questions sans réponse. Sans affirmer qu'il est parfait, on peut certainement dire qu'il est suffisamment développé pour que l'on puisse y reconnaître un *autre régime d'administration*. En pareilles circonstances, les règles concernant l'administration du bien d'autrui ne font pas office de droit supplétif.

Conclusion : *Statu quo* ou réforme plus fondamentale

L'analyse du statut du syndic a mis en lumière deux questions fondamentales qui sont de nature à poser des problèmes d'harmonisation entre la législation fédérale et le *Code civil du Québec*.

La première question concerne le comportement professionnel du syndic. En droit anglais et en droit canadien, les tribunaux ont analysé les devoirs et obligations du syndic en s'appuyant sur deux notions principales. Ils ont référé soit aux obligations et aux devoirs fiduciaires du syndic, soit plus généralement au fait que le syndic doit être considéré comme un officier de la cour. Les tribunaux québécois, de leur côté, s'en sont à peu près exclusivement tenus à cette dernière notion d'officier de justice.

À notre avis, cette question ne pose pas de problèmes d'harmonisation. Les concepts « *officer of the court* », « officier de justice » et « auxiliaires de justice » sont reconnus aussi bien dans le système de droit civil que dans celui du droit anglais et ils ont un sens à peu près équivalent. Certes, pour une plus grande clarté, il pourrait être souhaitable qu'un texte de loi dise expressément que le syndic doit être considéré comme un officier de justice. Mais, il n'est pas évident qu'un texte semblable doive nécessairement se retrouver dans la loi fédérale. La juridiction en matière de faillite et d'insolvabilité est confiée à un tribunal dont l'organisation et le fonctionnement sont rattachés à l'autorité provinciale. Le *Code de procédure civile* du Québec contient déjà quelques règles sur l'« officier de justice ». En lui-même, ce concept n'est défini nulle part et pourtant, sans difficulté, la jurisprudence du Québec a considéré qu'il pouvait comprendre un avocat, un huissier ou même un syndic. Voilà

pourquoi il nous semble que cette question est déjà résolue en jurisprudence et qu'elle ne pose pas de problèmes d'harmonisation.

Un autre aspect relevant du comportement professionnel du syndic qui mérite d'être souligné est la question de conflits d'intérêts et de déontologie. La législation fédérale contient maintenant des règles à ce sujet (art. 13.3, 13.4, 13.5 L.F.I. et art. 34 à 53 des Règles). Ces textes ne soulèvent pas non plus de problèmes d'harmonisation. Les articles 13.3 à 13.5 L.F.I. ne contiennent aucune norme générale et ne visent que des situations particulières. Les Règles 34 à 53 sont formulées dans un langage neutre qui s'intègre aussi bien dans un système de common law que de droit civil.

La seule difficulté susceptible d'apparaître concerne les conflits d'intérêts. Les articles 13.3 à 13.5 L.F.I. ne couvrent qu'une partie de cette question. On peut imaginer des cas non prévus par ces articles et qui pourraient justifier la révocation d'un syndic par un tribunal, au motif que celui-ci est en situation de conflit d'intérêts. C'est là, mais là seulement, que se poserait la question de savoir en fonction de quelle institution juridique doit se faire l'analyse du conflit.

Dans les provinces de common law, comme en droit anglais d'ailleurs, les notions de devoirs et d'obligations fiduciaires du syndic se sont avérées utiles à certaines occasions. L'attitude que pourraient avoir les tribunaux du Québec n'est pas évidente. Certes, ces derniers pourraient se référer à la Règle 44 voulant que, dans toute activité professionnelle, « le syndic évite les influences, les intérêts et les relations qui compromettent son jugement professionnel ou qui, aux yeux d'une personne avisée, donnent à croire qu'ils ont un tel effet ». À la réflexion, cette règle est sans doute suffisante pour permettre aux tribunaux québécois de régler les problèmes de conflits d'intérêts sans être obligés de s'en remettre à des concepts ou des institutions de common law. Les tribunaux québécois pourraient trouver les solutions appropriées en s'inspirant au besoin de la jurisprudence des autres provinces et du droit anglais; mais ils pourraient tout aussi bien prendre en considération les règles applicables à des institutions similaires comme, par exemple, les règles applicables à un mandataire ou à l'administrateur du bien d'autrui.

La deuxième question majeure concernant l'harmonisation touche à ce droit de propriété fiduciaire que détient le syndic sur les

biens de la faillite. Ce concept vient directement du droit anglais. Le syndic devient propriétaire des biens, mais à une fin très particulière : la liquidation dans l'intérêt essentiellement de la masse des créanciers. Il n'existe pas, à notre avis, de concepts ou d'institutions semblables dans le système de droit civil. Ce dernier, en effet, organise ce type de situation en fonction de la notion de pouvoir juridique et non pas en fonction de celle de droit subjectif. Par exemple, dans le *Code civil du Québec*, au chapitre de la fiducie (art. 1260 et suiv. C.c.Q.), le législateur a conféré au fiduciaire tous les pouvoirs nécessaires à l'administration du patrimoine fiduciaire, mais il a pris bien soin de s'assurer qu'aucune personne, y compris le fiduciaire, n'ait de droit réel sur ce patrimoine.

En d'autres mots, c'est dire que l'harmonisation ne peut être réalisée ici qu'en remettant en cause la propriété fiduciaire du syndic. On ne peut pas conserver cette notion pour les provinces de common law et utiliser une notion différente pour la province de Québec. Le besoin d'uniformité et d'efficacité du système de faillite s'y oppose. On voit mal comment le syndic pourrait être considéré comme un propriétaire des biens de la faillite dans une province et détenir ces mêmes biens à un autre titre au Québec. Une réforme du statut du syndic, dans une perspective d'harmonisation, impliquerait donc la suppression de son droit de propriété fiduciaire. Nous ne sommes pas convaincus qu'il serait opportun maintenant de procéder à une telle réforme, et ce, pour plusieurs raisons.

Le concept de propriété fiduciaire existe depuis fort longtemps dans la tradition anglaise. Il a été utilisé dans les premières lois anglaises sur la faillite avec cependant certains aménagements. Remettre en cause ce concept n'est pas une mince affaire.

En outre, ce concept constituant la pierre angulaire du système de faillite, avant de procéder à son élimination, des recherches plus approfondies devraient être effectuées sur les conséquences probables ou même prévisibles d'un tel changement. En définitive, tout revient à se demander jusqu'où doit aller le souci d'harmonisation. Les auteurs de cette étude sont enclins, à ce moment-ci à tout le moins, à adopter une attitude de prudence en la matière.

Si une politique plus agressive devait être envisagée, il semble que la meilleure façon de procéder serait d'enlever au syndic sa qualité de propriétaire fiduciaire et de lui conférer les mêmes

pouvoirs que ceux d'un liquidateur d'une personne morale. Cette solution aurait deux avantages. D'une part, elle ne devrait pas provoquer de réactions excessives dans le milieu des juristes de common law. La notion de liquidateur non propriétaire des biens assujettis à la liquidation est connue depuis fort longtemps en droit anglais et en droit canadien. En réalité, en cas d'insolvabilité, il y a peu de différence entre l'objectif poursuivi par la faillite d'une personne morale et la liquidation de celle-ci. D'autre part, le liquidateur d'une personne morale est facilement assimilable à l'administrateur du bien d'autrui.

Toutefois, si cette proposition de réforme était retenue, il faudrait bien s'assurer qu'elle n'importerait pas de changements non souhaités dans le droit positif (*v.g.* opposabilité de certaines stipulations contractuelles). On devrait aussi revoir tous les articles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui considèrent le syndic comme un propriétaire des biens.

The Status of the Trustee in Bankruptcy*

Jacques AUGER**
Albert BOHÉMIER***

The status of the trustee in bankruptcy is the cornerstone of the general framework for bankruptcy and insolvency.

In English law, the trustee acquires a right of fiduciary ownership over the debtor's property. On the other hand, the liquidator of a corporation only has powers of management and liquidation.

Quebec doctrine and jurisprudence have tried to incorporate the status of the trustee in bankruptcy within the broad civil law system.

With the new Civil Code of Québec, the trust concept has taken a new meaning, and the concept of administrator of the property of others has developed.

Streamlining preoccupations have lead to some thinking concerning such fundamental questions. How can we respect English tradition while allowing for a better integration of the status of the trustee in bankruptcy in a civil law scheme.

* This study was prepared at the request of the Department of Justice Canada. The comments made herein do not constitute proposals for legislative amendments. The study was submitted in February 2002.

** Notary and Professor at the Faculty of Law of the Université de Sherbrooke.

*** Senior Counsel with Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre and professor emeritus of the Faculty of Law of the Université de Montréal.

Outline

Introduction	61
I. English Law and Canadian Law	62
A. The Estate	63
1. The Trustee's Rights	63
2. The Rights of the Liquidator of a Legal Person	67
B. The Trustee's Administration	73
1. The Trustee's Fiduciary Duties and Obligations	75
2. The Trustee as an Officer of the Court (<i>officier de la Cour</i>)	77
II. Quebec Law	81
Introduction	81
Part I: The Trustee's Current Status	82
A. The Patrimony	83
1. The Bankrupt's Assets	83
a. The Hypothec	83
b. Right of Ownership	85
i. <i>The Opposability of the Right of Ownership</i>	85
ii. <i>The Titularity of the Right of Ownership</i>	89
2. The Bankrupt's Obligations	94
B. Administration of the Patrimony: The Trustee as an Officer of the Court	96
Part II: The Trustee's Future Status	99
A. Is the Trustee an Assignee?	100

B. Is the Trustee a Successor?	102
C. Is the Trustee an Administrator of the Property of Others?	104

Conclusion: <i>Status quo</i> or More Fundamental Reform	109
---	------------

Introduction

This study addresses the status of the trustee in bankruptcy from the standpoint of harmonization between the federal legislation and the *Civil Code of Québec*.

It should be recalled at the outset that the existing federal legislation must normally be respected in the effort of harmonization. In as far as possible, the solutions that are identified should not require changes to the federal law.

When there are similar or equivalent concepts or institutions in the common law and civil law systems, the objective is relatively easy to attain. However, where no such similarities or equivalencies exist, the difficulties that arise are of an entirely different nature. In some cases, harmonization cannot take place without calling into question the scheme established by the federal legislation.

As we will see, our study tends to demonstrate that the status of the trustee in bankruptcy is one of those cases. The objective of harmonization thus entails a choice with respect to legislative policy on which the authors of this study do not feel entitled to express their views.

Before contemplating any potential reforms, we considered it necessary to provide a brief but comprehensive overview of English law and Canadian federal legislation (I. English Law and Canadian Law) and then of Quebec law (II. Quebec Law). We will then examine possible reforms or solutions that could be adopted to achieve greater harmonization between the federal law and the *Civil Code of Québec* (Conclusion: *Status Quo* or More Fundamental Reform).

The first half of this study deals with English law and Canadian law. In the first section (A. The Estate), we will begin by examining the rights of the trustee with respect to the property that constitutes a bankrupt's estate. What are the trustee's rights and powers in relation to such property and what is their nature? To better understand the scope of the rules and to give a more complete picture, we

will then compare the rights of the trustee in bankruptcy and those of the liquidator of a legal person.

In the second section (B. The Trustee's Administration), we will focus on the professional conduct of trustees. In his capacity as administrator of the bankrupt's property, a trustee is charged with winding it up on the creditors' behalf. The manner in which a trustee operates is accordingly subject to certain rules of professional conduct. It is that question that will be examined in this section.

The second half of this study analyzes those same questions but within the context of Quebec law. How are the rules relating to the role of the trustee and his administration accepted and interpreted by the Quebec courts? Part I addresses the trustee's current status. We will review the issues relating to the patrimony (A) and then those pertaining to its administration (B). As we will see, the Quebec courts have responded to those difficulties either by turning directly to the solutions of English law and Canadian law or by attempting to adapt them, with varying degrees of success, to a civil law context. In Part II, which deals with the trustee's future status, we will look at whether the trustee is an assignee (A), a successor (B) or an administrator of the property of others (C).

The conclusion examines the question of whether reform is advisable in order to facilitate harmonization between the federal legislation and the *Civil Code of Québec*. Some of the proposed changes are more or less radical given the difficulties to be avoided or overcome. Given the concern with achieving realistic and attainable solutions, the authors of this study favour those that appear to offer the highest degree of respect for those institutions historically recognized by the federal legislation.

I. English Law and Canadian Law

Our aim in this part of the study is first to analyze, in accordance with English law and the law in the common law provinces, the nature of the rights of the trustee in relation to property vested in him as a result of a bankruptcy.

A. The Estate

We use this expression simply to indicate that this section deals with the rights of a trustee with respect to a bankrupt's property as opposed to those that a liquidator exercises over the property of a legal person being wound up.

1. The Trustee's Rights

In English law as in Canadian law, a declaration of bankruptcy, whether voluntary or forced, leads to the debtor being divested of all of his property, which is then vested in the trustee.¹

Subsection 53(2) of the English *Bankruptcy Act* (1914) provided as follows:

*On the appointment of a trustee, the property shall forthwith **pass to and vest** in the trustee ...*²

With the enactment of the first federal statute on bankruptcy, a similar provision appeared in Canadian law. Section 29 of *An Act respecting Insolvency* (1869) provided as follows:

*... and by the effect of his appointment [assignee], the whole of the estate and effects of the insolvent ... shall **vest** in the said assignee ...*³

That has been the formula adopted by the federal legislation thus far. Under subsection 71(2) of the current Act:

¹ It will be noted that a debtor who wishes to voluntarily declare bankruptcy (ss. 49 and 71(2) *B.I.A.* see *infra* note 4) completes Form 22. On that form, entitled "Assignment for the General Benefit of Creditors (Natural Person)", the debtor states "I ... hereby assign and abandon all my property to the trustee, for the general benefit of my creditors ...". However, such assignment does not become effective until it has been filed with the official receiver (s. 49(3) *B.I.A.*). Assignment of the property then takes effect immediately under the statute itself (s. 71(2) *B.I.A.*).

² 1914 (U.K.), 4 & 5 Geo. V, c. 59. The English statute of 1883 already provided for such transfer: "... [T]he property of the bankrupt shall vest in the trustee." See *Bankruptcy Act*, 1883 (U.K.), 46 & 47 Vict., c. 52, s. 54(1) [emphasis added].

³ 1869 (U.K.), 32 & 33 Vict., c. 16, s. 29 [emphasis added].

[A] bankrupt ... with his property, which shall, ... forthwith **pass to and vest** in the trustee ...⁴

The English word *vest*, like the term *pass*,⁵ implies that the property of the debtor's estate is transferred to that of the trustee.

Under the legislation itself, "vest" has the effect of immediately transferring to the trustee all rights that the debtor has on his property that are subject to seizure.⁶

Vest. To give an immediate, fixed right of present or future enjoyment.⁷

Vested. ... Having the character or given the rights of absolute ownership.⁸

In his dictionary, Garner indicates that this type of transfer takes place immediately and in full ownership for the trustee's benefit:

⁴ *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, S.C. 1992, c. 27 [hereinafter B.I.A.] [emphasis added].

⁵ See J.B. Saunders, ed., *Words and Phrases Legally Defined*, vol. 4, 2nd ed. (London: Butterworths, 1970), s.v. "pass": "Passing is not defined (in the Finance Acts) but may be taken to mean changing hands". See also J. Burke, ed., *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1977) s.v. "pass": "Pass: In conveyancing, to pass is to transfer or to be transferred." *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, s.v. "conveyance", indicates among other things: "... a mode by which property is conveyed or voluntarily transferred from one person to another ..." *Black's Law Dictionary*, 5th ed., s.v. "pass": "In the language of conveyancing, the term means to move from one person to another; i.e. to be transferred or conveyed from one owner to another." It is interesting to note that section 29 of the Canadian statute of 1869 (*supra* note 3) expressly provided that the property was to be transferred to the assignee in the same manner, to the same extent and with the same exceptions as if he had been duly appointed assignee to such insolvent under a voluntary assignment of his estate.

⁶ According to *Jowitt's Dictionary of English Law* (*supra* note 5), s.v. "vest": "'vest' is used specially to denote a transfer by or under an Act of Parliament." Thus, according to that dictionary, when a debtor is declared to be in bankruptcy, "his property vests in the trustee for the time being; that is, the property is transferred to the trustee in the same way as if the bankrupt had executed a conveyance of it."

⁷ *Black's Law Dictionary*, *supra* note 5.

⁸ *Ibid.*

*Vest. ... The primary senses are these: (1) "to confer ownership of (property) upon a person"; (2) "to invest (a person) with the full title to property"; or (3) "to give (a person) an immediate, fixed right of present or future enjoyment."*⁹

Bankruptcy thus has the effect of transferring to the trustee all rights that the bankrupt had over his property. That is the rationale behind the idea that the bankrupt is divested of his property, which is then vested in the trustee.

That transfer of ownership arising from bankruptcy proceedings obviously does not take place for the trustee's personal benefit but rather to enable the latter to wind up the bankrupt's property for the benefit of the creditors, in accordance with the legislation and under the court's control. Bankruptcy thus entails the creation of a type of trust estate:

*The title of a trustee is a trust title for the benefit of the creditors and thereafter for the use of the bankrupt or others holding under him.*¹⁰

*As I read the Bankruptcy Act, the trustee takes all the bankrupt's property for an absolute estate in law, but for limited purposes, namely, for the payment of the creditors ...*¹¹

However, it should be observed that this type of "trust" is somewhat different from an ordinary "trust" within the meaning of English law:

*He as a trustee is in a better position than an ordinary trustee to the extent pointed out in Ex parte Sheffield, In re Austin (1) and In re Leadbitter (2), that is to say, the bankrupt has not the ordinary right of a cestui que trust to intervene until the surplus has been ascertained to exist ... [the debtor] cannot trouble the trustee by taxing the bill of costs or interfere with the administration of the estate in any way ...*¹²

The same restrictions have been recognized in American law with respect to a trust estate vested in a trustee:

Our trustee in bankruptcy is a trustee only in the broad sense of the term. He is a fiduciary holding legal title to property which he is bound to

⁹ B.A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 1995). See also *Words and Phrases Legally Defined*, *supra* note 5, vol. 5, s.v. "vest".

¹⁰ L. Duncan & J.D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. (Toronto: Canadian Legal Authors, 1961) at 253.

¹¹ *Bird v. Philpott*, [1900] 1 Ch. 822, 828.

¹² *Ibid.*; see also *Re A Debtor*, [1949] 1 All E.R. 510 at 512-13 (Ch. D.).

*administer pursuant to the terms of the bankruptcy statute. There are, however, no beneficiaries which hold vested equitable interests as is the case with ordinary trusts created by voluntary settlement. It is well settled that a creditor's interest in the distribution of an insolvent estate is not a vested interest like that of a cestui que trust under a voluntary transfer.*¹³

During bankruptcy proceedings, administration by the trustee takes place for the creditors' benefit and, in principle, they alone may intervene to control it. With respect to the bankrupt, with the exception of fraud on the trustee's part, it has long been considered that he could intervene only if it were established that the bankruptcy would yield a surplus after the creditors had been paid.¹⁴ The bankrupt's loss of control over the administration of his estate was considered the price he had to pay to ultimately be released from his debts.

A court hearing bankruptcy proceedings nowadays would likely be more receptive to an application from a debtor concerning a trustee's administration as a result of changes made to the legislation that enable an interested party ("any other person aggrieved") to intervene.¹⁵

Moreover, in the event that there is a surplus from the bankruptcy after costs and creditors have been paid, section 144 B.I.A. provides as follows:

The bankrupt or the legal personal representative of a deceased bankrupt is entitled to any surplus remaining after payment in full of his creditors ...

In other words, starting at that point there is a form of *resulting trust* for the debtor's benefit.¹⁶ However, as long as the surplus has not been established, the bankrupt has no rights: "[h]e has nothing more than a mere hope or expectation."¹⁷

¹³ J.A. MacLachlan, *Handbook on the Law of Bankruptcy* (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1956) at 167; see also *Re A Debtor*, *supra* note 12 at 512.

¹⁴ *Re A Debtor*, *supra* note 12 at 511.

¹⁵ B.I.A., *supra* note 4, s. 37; Duncan & Honsberger, *supra* note 10 at 683; see *Contra Re Chaban* (1998), 4 C.B.R. (4th) 210, 220 (Sask. Q.B.).

¹⁶ *Troup v. Ricardo* (1865), 34 L.J. 91 at 94 (Ch.); *Bird v. Philpott*, *supra* note 11 at 829.

¹⁷ *Ex parte Sheffield* (1879) 10 Ch. D. 434 at 435.

It was the particular nature of the trust formed by the bankrupt's assets that caused an American author to conclude that, in determining a trustee's rights and obligations, the answers should be sought in the bankruptcy law and in the traditions that have developed in the practice of such law.¹⁸

From this brief analysis a number of conclusions emerge. When a bankruptcy takes place by operation of the law, there is a transfer (*passing and vesting*) of a debtor's property to the trustee. The trustee is called upon to wind up the property for the creditors' benefit and thereby acquires a right of fiduciary ownership. However, although that type of trust has a number of essential characteristics of an ordinary trust, it is nonetheless slightly different.

It is not easy to translate this reality in a civil law context. It is probably for that reason that the Quebec courts, as we will see,¹⁹ have referred to a *sui generis* or fiduciary right of ownership held by the trustee over the property that comprises the estate.²⁰

2. The Rights of the Liquidator of a Legal Person

We have seen (at 63, above) that, under the English and Canadian legislations governing bankruptcy, a declaration of bankruptcy means that the debtor is divested of all of his property, which passes to and vests in the trustee. The trustee acquires a right of ownership over the bankrupt's property which he must exercise in the creditor's interests.

When a legal person is wound up, there is no such transfer of ownership. Under section 33 of the *Winding-up and Restructuring Act*:²¹

A liquidator, on his appointment, shall take into his custody or under his control (prend en sa garde ou sous son contrôle) *all the property, effects and choses in action to which the company is or appears to be entitled ...*²²

¹⁸ J.A. MacLachlan, *supra* note 13 at 168.

¹⁹ Below at 89.

²⁰ *Re Ireland; Gingras v. Banque provinciale du Canada*, [1962] C.S. 686; *Lefavre v. Côté*, [1976] C.A. 691.

²¹ R.S.C. 1985, c. W-11, as amended. This is the new title of the former *Winding-up Act*. See S.C. 1996, c. 6, s. 133.

²² [emphasis added].

The effect of a winding-up order is thus different from that which results from a declaration of bankruptcy.

*Contrary to what occurs in the case of bankruptcy, the company continues to own its property, which is not transferred to the liquidator.*²³

Such disparity of treatment has existed in English law for a very long time:

*No doubt winding-up differs from bankruptcy in this respect, that in bankruptcy the whole estate, both legal and beneficial, is taken out of the bankrupt, and is vested in his trustee or assignees, whereas in a winding-up the legal estate still remains in the company. But, in my opinion, the beneficial interest is clearly taken out of the company.*²⁴

The same point of view has long been held by the Canadian courts:

*There is in reality but little analogy between a winding-up of a company and a bankruptcy. The property of a bankrupt vests by operation of law in his assignee; the title as well as the control is completely divested from the one and vested in the other. Nothing of this kind takes place in the case of a winding-up. The title to the company's property remains in the company; the control and management and disposal of it is taken from the directors and placed in the liquidators ...*²⁵

It was not long before the English Parliament exempted the winding-up of legal persons from the parameters of bankruptcy, which was thereby limited to natural persons.²⁶ However, while retaining the major distinctions that have historically existed between the two systems,²⁷ the English Parliament eventually combined them under a single legislative scheme, as set out in the 1986 *Insolvency Act*.

In Canadian law, the legislative evolution has been slightly different. Early on, the Canadian legislation on bankruptcy was made

²³ *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900 at para. 30, J.E. 96-901, AZ-96111053.

²⁴ *Re Oriental Inland Steam Co.* (1874), 9 L.R. Ch. App. 557 at 560; see also R. R. Pennington, *Company Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1985) at 913.

²⁵ *Partington v. Cushing*, [1906] 1 E.L.R. 493 at 494-95 (N.B.S.C.).

²⁶ L.C.B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1992) at 41.

²⁷ In a winding-up, ownership is not transferred to the liquidator by operation of law. Ownership may be transferred on an exceptional basis only further to a court order rendered under subsection 145(1) of the *Insolvency Act* of 1986: see R.R. Pennington, *supra* note 24, at 913-14.

applicable not only to traders²⁸ but also to partnerships and legal persons.²⁹

However, along with the legislation on bankruptcy – which was completely abrogated from 1880 to 1919³⁰ –, a statute was enacted with regard to legal persons that had become insolvent or that had entered into liquidation.³¹

While debtors were divested of their estates as a result of a declaration of bankruptcy,³² the *Winding-up Act* simply provided that the liquidator was to “take into his custody or under his control, all the property, effects and choses in action to which the company is or appears to be entitled ...”³³

Thus, at a very early stage in Canadian law, insolvent legal persons could be subject to two different schemes: that of bankruptcy (which involved divestment) and that of winding-up (which involved a transfer to the liquidator, not of ownership of the property, but of the authority to administer and wind up the debtor company’s property).

Many questions arise as to why the English and Canadian Parliaments considered it necessary to adopt two distinct means of transfer, depending upon whether bankruptcy or winding-up proceedings were involved. This difference in treatment has long been noted in the legal literature and in the case law, but no one seems to have felt the need to provide a precise explanation for it.³⁴ A

²⁸ *An Act respecting Insolvency* 1864, 27 & 28 Vict., c. 17, s. 1; see also *An Act respecting Insolvency* (1869), *supra* note 3, s. 1.

²⁹ *An Act respecting Insolvency* 1875, 38 Vict., c. 16, s. 1.

³⁰ *An Act to amend The Insolvent Act of 1875 and amending Acts*, S.C. 1881, c. 27.

³¹ *An Act respecting Insolvent Banks, Insurance Companies, Loan Companies, Building Societies, and Trading Corporations*, 1882, 45 Vict., c. 23, s. 1.

³² See *An Act respecting Insolvency* (1869), *supra* note 3, s. 29.

³³ Section 33 of the *Winding-up and Restructuring Act* of 1985, as amended, provides as follows: “A liquidator, on his appointment, shall take into his custody **or** under his control all the property ... to which the company is or appears to be entitled ...”[emphasis added].

³⁴ *Re Oriental Inland Steam Co.*, *supra* note 24 at 560; L. Collins, ed., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1993) at 1130-31, 1163; L.C.B. Gower, *supra* note 26 at 763; H. Anderson, “The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law”, in E. Mckendrick, ed., *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations* (Oxford: Clarendon Press, 1992) at 167.

number of reasons can be suggested. Winding-up is a way of arriving at the dissolution of a legal person. It is a terminal procedure and can be applied to both solvent and insolvent enterprises. It is not a matter of removing ownership of its property from a legal person but of transferring the powers of administration and winding-up to a liquidator. As long as dissolution has not taken place, the company retains its corporate status but it must in principle cease its operations³⁵ and the directors' powers can no longer be exercised.³⁶

The same holds true for winding-up in English and Canadian law. It should be noted, however, that the federal *Winding-up and Restructuring Act* no longer applies to corporations, created under the *Canada Business Corporations Act*,³⁷ which governs the dissolution of such federal corporations. Section 219 of the Act provides as follows:

If a court makes an order for liquidation of a corporation,

- (a) the corporation continues in existence but shall cease to carry on business, ...*
- (b) the powers of the directors and shareholders cease and vest in the liquidator, ...*

It should nonetheless be noted that, under subsection 208(1) of the Act, Part XVIII "does not apply to a corporation that is an insolvent person or a bankrupt as those terms are defined in subsection 2(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*".³⁸

³⁵ Unless the liquidator deems it appropriate that the company continue to operate.

³⁶ Fraser & Stewart, *Company Law of Canada*, 6th ed. by H. Sutherland (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993) at 820ff.

³⁷ R.S.C. 1985, c. C-44, s. 3(3)(b).

³⁸ Initially, under the legislation pertaining to federal corporations, the latter were subject to the *Winding-up Act* (*The Canada Joint Stock Companies Clauses Act*, S.C. 1869, c. 12, s. 44; *Canada Joint Stock Companies Letters Patent Act*, S.C. 1869, c. 13, s. 57; *Companies Act*, R.S.C. 1906, c. 79, s. 173; *Companies Act*, 1934, S.C. 1934, c. 33, s. 195; *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, s. 211). The rules were amended in 1975. From that point on, the federal legislation set out a new framework (*Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33). Subsection 3(3) of that statute provides that the *Winding-up Act* does not apply to corporations and section 201 of that same statute creates a new part relating to the dissolution of a corporation but provides that the latter does not apply to insolvent or bankrupt corporations within the

The object of bankruptcy legislation is somewhat different from that governing winding-up. Historically, bankruptcy has been a collective enforcement procedure applied to a debtor's property which is subject to seizure. The purpose of bankruptcy is to prevent debtors from acting on their estates. Instead of allowing creditors to individually and indiscriminately seize a debtor's property, the technique of divestiture is a more effective way of proceeding. Unlike in the case of winding-up, where all powers are vested in the liquidator, in bankruptcy a debtor may retain certain property that is exempt from seizure and that is not part of the "property of a bankrupt divisible among his creditors".³⁹

In any event, in a scheme such as that provided for in English law, under which a legal person is subject to a system of winding-up while a natural person is subject instead to a system of bankruptcy, the coexistence of two parallel systems is understood and raises relatively few difficulties.⁴⁰ However, where an insolvent legal person may be subject to winding-up proceedings as well as bankruptcy proceedings, some specific problems may arise by virtue of the rights conferred on the liquidator as opposed to those assigned to a trustee in bankruptcy. For example, in *Les Coopérants*,⁴¹ the Supreme Court ruled that an indivision agreement that entailed a right of pre-emption had effect against the liquidator of one of the undivided co-owners. However, without making a determination on the matter, the court seemed to suggest that the dispute could have been settled in an entirely different manner if the insolvent undivided co-owner had taken advantage of the *Bankruptcy and Insolvency Act* by reason of the nature of the rights assigned to the trustee in bankruptcy.⁴² It is obviously undesirable that the settlement of legal disputes should vary depending on whether the insolvent legal person is subject to winding-up or to bankruptcy proceedings. Fortunately, this type of conflict no longer arises since the *Canada Business Corporations Act* has exempted insolvent federal

meaning of the *Bankruptcy Act*. The same rules were restated in subsequent legislation (*Canada Business Corporations Act*, *supra* note 37, ss. 3(3)(b), 208).

³⁹ *Bankruptcy and Insolvency Act*, *supra* note 4, s. 67(1).

⁴⁰ In our view, if some difficulties have already emerged in that regard, they have been in terms of recognition by foreign courts of winding-up orders or declarations of bankruptcy. On that question, see A. Bohémier, "La faillite internationale" (1990) 50 *R. du B.* 3 at 30-31.

⁴¹ *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, *supra* note 23.

⁴² See *e.g. McCarter v. York County Loan Co.* (1907), 14 O.L.R. 420.

corporations from the application of the *Winding-up and Restructuring Act*. The problem still remains, however, in the case of provincial legal persons. Depending on the choice of proceeding, the latter may be subject to the system of winding-up or of bankruptcy.

Moreover, the liquidator of a legal person is generally considered to be an “officer of the court”⁴³ in the same sense as a trustee in bankruptcy, as we shall see (see at 96, below). The liquidator’s role, however, is somewhat ambiguous:

*The liquidator is partly a trustee, partly an agent and partly an officer of the company ...*⁴⁴

One thing is certain: winding-up proceedings have the effect of ensuring that an estate placed under a liquidator’s control becomes trust property:

*That makes the property of the company clearly trust property.*⁴⁵

In summary, this brief comparison of the bankruptcy system and the winding-up system enables us to draw the following conclusions.

Through the application of separate statutes, English law, like Canadian law, encompasses two separate systems for administering the property of an insolvent person: the system of bankruptcy, which operates through the debtor’s divestment, and a system of winding-up, which operates through a transfer of powers. If one of those systems can be said to lend itself more readily to integration with the civil law, it is clearly the latter.

Under section 10 of the *Quebec Winding-up Act*,⁴⁶ “[t]he liquidator or liquidators shall take into his or their custody, and under his or their control, all the assets of the company ...” As well, under the new article 360 C.C.Q., in the event of liquidation of a legal person or a partnership (arts. 2235 and 2266 C.C.Q.), “The liquidator is seised of the property of the legal person and acts as an administrator of the property of others entrusted with full administration.”

⁴³ Fraser & Stewart, *supra* note 36 at 845; see *contra* the more complex position of R.P. Pennington, *supra* note 24 at 910.

⁴⁴ *Loose on Liquidators – The Role of a Liquidator in a Winding-up*, 4th ed., by P. Loose & M. Griffiths (Jordans: Bristol, 1997) at 1-5.

⁴⁵ *Re Oriental Inland Steam Co.*, *supra* note 24 at 559.

⁴⁶ R.S.Q. c. L-4.

It can thus be seen that, if a fundamental reform were to be adopted for harmonization purposes (at 111, below), it would be advisable for such reform to draw upon the winding-up process rather than the bankruptcy process. However, even in that instance, some adjustments would no doubt be necessary to ensure harmonization.

B. The Trustee's Administration

Bankruptcy leads to a bankrupt being divested of his property, which is then vested in the trustee. Such property constitutes the estate in bankruptcy. The trustee is asked to realize on and wind up the property that comprises the estate and to settle the liabilities.

In the performance of such duties set out by the legislation, a trustee must act with the utmost neutrality in the interests of all parties concerned. Through fraud, negligence or otherwise, the trustee may commit professional misconduct or engage in acts that are contrary to the interests of the creditors, the bankrupt or third parties.

The English and Canadian courts have thus been led to develop rules relating to the professional conduct of trustees.

Such situations have generally arisen in three ways:

- a) The most common situation is that in which a creditor – or the Board of Trade in English law⁴⁷ and in earlier times in Canadian law⁴⁸ – was opposed to the appointment of a trustee or demanded that a trustee be removed.
- b) Creditors in the bankruptcy took action against the trustee to hold him responsible for his professional misconduct or to force him to restore to the estate of the bankruptcy any property he had diverted illegally.
- c) A third party took action against the trustee to force him to give back an amount of money he should not have received.

⁴⁷ *Bankruptcy Act*, 1883, *supra* note 2, s. 21.

⁴⁸ *An Act respecting Insolvency*, 1869, *supra* note 3, s. 31.

No clear trend has emerged from the case law dealing with such matters. In some cases the courts have ordered that a trustee be removed or replaced for the simple reason that they considered there was sufficient “cause” to do so.

Canadian law, like English law, has long recognized the court’s authority to remove a trustee.

Subsection 15(2) of the Canadian Statute of 1919⁴⁹ provided that a trustee could be removed by the court “for cause”. Section 14.04 of the current Canadian statute provides likewise:

The court, on the application of any interested person, may for cause remove a trustee ...

In ruling on that question, the courts have always been careful to ensure not only that the trustee acted impartially in fact, but that it would not be difficult for him to do so:⁵⁰

“Cause” means misconduct, fraud, dishonesty, becoming bankrupt or otherwise incapable of acting as a trustee. Re Herman (1930), 11 C.B.R. 239 at 246. Cause is not, however, restricted to dishonest conduct: misconduct short of dishonesty is sufficient: Re Bryant Isard, (1923) 4 C.B.R. 41. ... “Cause” in s. 14.04 embraces also a trustee who is incapable of acting for any reason ... Where it would be difficult for a trustee to act impartially and impossible for it to sue itself, a substitute trustee will be appointed ...

*The trustee must not undertake a duty and put himself in a position that is in conflict with his duty as a trustee, or act in a manner that is inconsistent with that duty.*⁵¹

To determine whether there were sufficient grounds to remove the trustee, the courts have referred to the duties and obligations imposed on the trustee by law. They have held that the trustee is required to act impartially and in the interest of others. They have also ruled that the trustee shall avoid not only any situation of conflict of interest but also any situation in which such an impression could be given.

⁴⁹ *The Bankruptcy Act*, 1919, 9 & 10 Geo. V, c. 36.

⁵⁰ *Re Mardon*, [1896] 1 Q.B. 140; *Re Shaw Co.* (1923), 3 C.B.R. 198 (Sask. K.B.); *Re Beale*, [1939] 1 Ch. 761; *Tannis Trading Inc. v. Camco Food Services Ltd. (Trustee of)* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 1 (Ont. S.C.).

⁵¹ Honourable L.W. Houlden & Morawetz, *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 2001) at 40-41.

As justification for such an approach, the courts have referred to the nature of the trustee's duties, the trustee's fiduciary responsibilities,⁵² or his status as an officer of the court.⁵³

Depending on the circumstances and the needs of the case, the courts, in ruling on a trustee's professional conduct, have occasionally referred to his fiduciary duties and obligations or to his status as an officer of the court.

1. The Trustee's Fiduciary Duties and Obligations

Reference to the trustee's fiduciary responsibilities could prove useful when the interested parties were creditors who would ultimately benefit once the property was liquidated or even, in some cases, the debtor himself (see at 66, above). Relying on this notion of "trust" was less relevant when the claimants were third parties and not party to the trust.

It should be noted that this reference to the trustee's fiduciary duties no longer holds the same relevance today as a result of recent legislative interventions.

Through the reforms made to legislation in 1992 and 1997, the federal Parliament has regulated, in a fairly precise and detailed manner, the issue of conflicts of interest (ss. 13.3 and 13.4 *B.I.A.*) and has also obliged the trustee to comply with a code of ethics (s. 13.5) found in sections 34 to 53 of the *Bankruptcy and Insolvency*

⁵² *Letterstedt v. Broers* (1884), 9 A.C. 371 at 386: "It must always be borne in mind that trustees exist for the benefit of those to whom the creator of the trust has given the trust estate." *Re Commonwealth Investors Syndicate Ltd.* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 147 at 152 (B.C.S.C.): "It cannot be a proper discharge of the fiduciary obligation"; *Re Chaban*, *supra* note 15 at 219: "The trustee in bankruptcy is in a fiduciary position and this court will treat seriously any departure from the standards of impartiality and freedom from conflict between interest and duty that flow from that"; *Ex parte Ogle* (1873), 8 L.R. Ch. App. 711 at 717; *Duncan & Honsberger*, *supra* note 10 at 102, n. 17.

⁵³ *Re Condon: Ex parte James* (1874), 9 L.R. Ch. App. 609 at 614: "... and the Court regards him as its officer, and he is to hold money in his hands upon trust for its equitable distribution among the creditors"; *Re Bryant, Isard and Co.* (1923), 4 C.B.R. 41 (Ont. S.C.); *P.E.I. v. Bank of Nova Scotia* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 209 (P.E.I.S.C.); *Re Confederation Treasury Services Ltd.* (1995), 37 C.B.R. (3d) 237.

*General Rules.*⁵⁴ Those new provisions do not appear to have raised any genuine difficulties from the standpoint of harmonization. Sections 13.3 and 13.4 govern specific situations,⁵⁵ while Rules 34 to 53 have been drafted in entirely neutral language, with no reference to any specific concept of the common law or civil law.

The fact remains nonetheless that the standards set out in section 13.4 *B.I.A.* and Rules 34ff. are not exhaustive. For example, a trustee who appears to be a major shareholder of a legal person that is a creditor in the bankruptcy could be viewed to be in a situation of conflict of interest. Such a conclusion could be reached by considering that the trustee's fiduciary responsibilities prevent him from simultaneously acting on behalf of a single creditor and all creditors:

*... he who yesterday was the man of a single creditor must today act, and be seen to act, as the man of all creditors.*⁵⁶

The courts could also determine that this type of situation would have to be avoided by virtue of his status as an officer of the court.⁵⁷ Finally, it would still be possible to fall back on Rule 39, which requires that trustees be honest and impartial, and Rule 44, which provides that a trustee shall avoid "any influence, interest or relationship that impairs, or appears in the opinion of an informed person to impair, their professional judgment."

In light of the new federal legislative provisions and the fact that Quebec courts have also characterized trustees as officers of the court (see at 96, below), we do not believe that any intervention is warranted for the purposes of harmonization.

⁵⁴ C.R.C., c. 368. An analysis of the precise scope of those Rules does not fall under the ambit of this study. However, failure to comply with them is clearly sufficient grounds for removing a trustee.

⁵⁵ It is surprising that section 13.3 applies to "any person in relation to the estate of a debtor", whereas elsewhere in the statute that expression has been replaced by "a person who has entered into a transaction with another person otherwise than at arm's length." Lastly, the notion of "*fiduciaire*" (trustee) does not automatically entail the holder of "power of attorney" provided for under the *Special Corporate Powers Act*, R.S.Q. c. P-16 (now *An Act respecting the Special Powers of Legal Persons*). This does not in fact raise any problems since the person holding the "power of attorney" provided for under that statute applies only to legal persons that are not carrying on an enterprise.

⁵⁶ *P.E.I. v. Bank of Nova Scotia*, *supra* note 53 at 220.

⁵⁷ *Ibid.*

2. The Trustee as an Officer of the Court (*officier de la Cour*)

The case law and doctrine, both English⁵⁸ and Canadian,⁵⁹ have consistently held that a trustee in bankruptcy is an officer of the court. As we will see, the same holds true in Quebec (at 96, below).

The specific basis for that characterization is not obvious. Normally, an officer of the court is a person “in relation to a court, any registrar, clerk, bailiff in the service of [the] court.”⁶⁰ It is true that trustees act in accordance with the instructions of the court, which can always remove them. Trustees exercise quasi judicial duties on certain matters and in some respects.

*Under the Act of Parliament he performed quasi judicial duties.*⁶¹

Some seem to wish to associate this capacity with the fact that trustees act as receivers,⁶² a position that has always been considered to be an officer of the court, at least if the latter has been appointed by the court.⁶³

In fact, under subsection 16(4) B.I.A.:

The trustee shall, in relation to and for the purpose of acquiring or retaining possession of the property of the bankrupt, be in the same position as if he were a receiver of the property appointed by the court ...

That rationale is not entirely satisfactory. The similarity in that provision between trustee and receiver relates to one clearly defined purpose: taking possession of a bankrupt's property. A trustee is nonetheless deemed to be an officer of the court for all aspects of his administration. In addition, a trustee may be appointed, not by

⁵⁸ See *e.g.* *Troup v. Ricardo*, *supra* note 16; *Re Condon: Ex parte James*, *supra* note 53 at 614. *Halsbury's Laws of England*, vol. 3(2), 4th ed. (London : Butterworths, 2002) at 267, para. 459; *Williams' Law and Practice in Bankruptcy*, 18th ed. by M. Hunter & D. Graham (London: Stevens & Sons, 1968) at 275.

⁵⁹ See *e.g.* *Re Bryant, Isard and Co.*, *supra* note 53 at 43; *Touche Ross Ltd. v. Weldwood of Canada Sales Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 83 (Ont. S.C.); *Re Confederation Treasury Services Ltd.*, *supra* note 53 at 243; *P.E.I. v. Bank of Nova Scotia*, *supra* note 53 at 220; *Duncan & Honsberger*, *supra* note 10 at 70, C-44; Honourable L.W. Houlden & Morawetz, *supra* note 51 at 78.

⁶⁰ *Words and Phrases Legally Defined*, *supra* note 5, p. at 26.

⁶¹ *Ex parte Ogle*, *supra* note 52 at 716.

⁶² *Duncan & Honsberger*, *supra* note 10 at 70; see also: Honourable L.W. Houlden & Morawetz, *supra* note 51, C-10.

⁶³ *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 at 167.

the court, but by the creditors, who adopt a resolution to that effect (see s. 14 *B.I.A.*).

It should be noted that the early federal statutes on bankruptcy contained a specific provision on that subject. According to section 50 of *An Act Respecting Insolvency* (1869):

Every interim Assignee, Guardian and Assignee [the title of the person performing the duties of a trustee at that time] *shall be subject to the summary jurisdiction of the Court or Judge* in the same manner and to the same extent as the ordinary officers of the Court.⁶⁴

As well, paragraph 28(b) of the 1875 statute provided that “[t]he Official Assignee shall be an officer of the court ...”⁶⁵ Surprisingly, the 1919 *Bankruptcy Act* no longer explicitly refers to trustees as officers of the court.⁶⁶ Moreover, 1923 saw the creation of the position of custodian, who is able to take possession of the bankrupt’s property until a trustee is appointed. The statute provided as follows:

[S]uch custodian be deemed to be an officer of the court ...⁶⁷

Despite those changes in wording, the courts had no hesitation in continuing to view trustees as officers of the court. This attitude can be explained by referring to the trustee’s status and duties. The notion of “officer of the court” is fairly broad. It is sometimes used, rightly or wrongly, to characterize the role of certain officers and auxiliaries of justice who are not directly associated with the court, such as lawyers and bailiffs.⁶⁸

It is true that trustees are normally appointed by the court or the official receiver.⁶⁹ Furthermore, trustees act under the control

⁶⁴ *An Act respecting Insolvency*, 1869, *supra* note 3, s. 50.

⁶⁵ *An Act respecting Insolvency*, 1875, *supra* note 29, s. 28(b). In the French version, the expression “*officier de la cour*” is used.

⁶⁶ *The Bankruptcy Act*, 1919, *supra* note 49. However, subsection 87(2) of the Act provided: “All persons who may practise as barristers, solicitors or advocates in the courts exercising bankruptcy jurisdiction under this Act shall be officers of such courts.”

⁶⁷ *Bankruptcy Act*, 1923, 13 & 14 Geo. V, c. 31, s. 8A(2); see also *Bankruptcy Act* 1919, R.S.C. 1927, c. 11, s. 34(4).

⁶⁸ See, for example, in Quebec: *Després v. Lebel*, (9 July 2001), Quebec 200-17-002229-011 J.E. 2001-1635 (Sup. Ct.) and article 50 C.C.P. See *infra*, note 122 and 123.

⁶⁹ Receiving order (s. 43(9) *B.I.A.*); assignment of property (s. 49(4) *B.I.A.*); in the event that a proposal made prior to the bankruptcy falls through, the trustee

of the court, which may, at the request of any interested party, either remove a trustee (s. 14.04 *B.I.A.*) or reverse a trustee's decisions (s. 37 *B.I.A.*). A trustee's duties are established by law: a trustee is an administrative official charged by the court with winding up a bankrupt's property under the control of the court.

*I am of opinion that a trustee in bankruptcy is an officer of the Court. He has inquisitorial powers given him by the court, and the Court regards him as its officer ...*⁷⁰

*... he is not an agent of the creditors, but an administrative official required by law to gather in and realize on the assets of the bankrupt.*⁷¹

Regardless of the rationale used, as we have seen, the courts have had no reluctance in considering the trustee to be an officer of the court. This characterization has no specific consequences. It nonetheless gives the court a general framework for assessing a trustee's conduct. Obviously, trustees must not, through their actions, attack the dignity of the judicial organization. A trustee's conduct must be impartial and neutral.⁷²

Trustees must not act in the interests of one creditor or a group of creditors to the detriment of the creditors as a whole.⁷³ Nor must they act in the interests of the debtor alone, thereby interfering with the rights of the creditors,⁷⁴ or adopt a hostile and inquisitorial attitude towards a creditor or the debtor. The trustee's role is to inform the court in a spirit of neutrality and objectivity.⁷⁵

Somewhat paradoxically, this status as officer of the court may prevent the trustee from availing himself of certain legal rules that

chosen by the debtor seems to become the trustee under the law. In the case of deemed assignment, the insolvent person is simply deemed to have made the assignment.

⁷⁰ *Re Condon: Ex parte James*, *supra* note 53.

⁷¹ *P.E.I. v. Bank of Nova Scotia*, *supra* note 53 at 220.

⁷² *Ibid.* at 220, 230; *Re Confederation Treasury Services Ltd.*, *supra* note 53 at 247 : "The trustee is an impartial officer of the Court"; *Re Martin* (1888), 21 Q.B.D. 29 (with no determination of his specific status); *Re Lamb*, [1894] 2 Q.B. 805 (with no determination of his specific status).

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Re Mansel: Ex parte Newitt* (1884), 14 Q.B.D. 177 (C.A.). The court made no determination as to the status of officer of the court.

⁷⁵ *Touche Ross Ltd. v. Weldwood of Canada Sales Ltd.*, *supra* note 59 at 86.

apply to ordinary legal relations. Normally, under common law, payment made as a result of a mistake of law, as opposed to a mistake of fact, cannot be recovered:

*That money paid under a mistake of law cannot be recovered in an action between litigant parties.*⁷⁶

However, if such payment was made to a trustee and thereby unfairly enriched the bankrupt's estate to the detriment of the person who was entitled to payment, the courts would not hesitate to compel the trustee to repay the amount. That rule was expressed in the well known *Re Condon: Ex parte James*.⁷⁷

*I am of opinion that a trustee in bankruptcy is an officer of the Court ... The Court, then, finding that he has in his hands money which in equity*⁷⁸ *belongs to someone else, **ought to set an example to the world by paying it to the person really entitled to it.***⁷⁹

That particular rule concerning a trustee's rights and obligations has always been followed thereafter.⁸⁰

It has been determined that it would be unfair to allow a trustee who is an officer of the court "to take full advantage of his legal rights as such."⁸¹

Ian F. Fletcher highlights the relevance of this rule.

*Although the rule in ex parte James may appear somewhat capricious in its operation, and may fairly be said to employ principles of natural justice rather than of "equity" in its formal, technical sense, there can be no doubt that it retains its force in the present day and is capable at times of providing a providential remedy to nullify an unjustified enrichment of the bankrupt's estate.*⁸²

⁷⁶ *Re Carnac* (1885), 16 Q.B.D. 308. On the merits of that rule and the criticism that can be made of it, see in particular the Supreme Court of Canada case *Nepean Hydro Electric Commission v. Ontario Hydro*, [1982] 1 S.C.R. 347.

⁷⁷ *Supra*, note 53.

⁷⁸ "Equity" is to be understood here in the ordinary sense of moral justice and fair treatment: *Re Tyler*, [1907] 1 K.B. 865 at 868-69 (C.A.).

⁷⁹ *Supra* note 53 at 614 [emphasis added].

⁸⁰ *Re Brown: Dixon v. Brown* (1886), 32 Ch. D. 597; *Re Tyler*, *supra* note 78; *Re Gozett: Ex parte Messenger & Co. v. Trustee*, [1936] 1 All E.R. 79; *Re Clark (A Bankrupt)* (1974), [1975] 1 All E.R. 453 (Ch. Div.).

⁸¹ *Re Clark (A Bankrupt)*, *supra* note 80.

⁸² I.F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996) at 208.

In conclusion, it will be noted that the English courts have relied on the notion of officer of the court when there was a need to do so, as have the Canadian courts in the common law provinces. As we will see, the Quebec courts have adopted the same attitude (at 96, below).

It is nonetheless somewhat surprising that the courts have not felt the need to discuss the basis for this rule, despite the changes made to the legislation. As we have seen (at 78, above), starting in 1919, unlike with the previous statutes, the bankruptcy statute no longer contains any provisions conferring on the trustee the status of officer of the court.

Since the courts continued to adopt that characterization, it might facilitate the interpreter's task to insert wording to that effect in the legislation itself. We will be returning to that subject.

We nonetheless note that this question does not present any problems from the perspective of harmonization. The Quebec courts have also characterized the trustee as an officer of the court or an officer of justice, concepts that are not foreign to the system of civil law.

II. Quebec Law

Introduction

The description of the trustee's legal status has always been a difficult question, particularly from a civil law perspective. This is due to the use in the *Bankruptcy and Insolvency Act*⁸³ of the notion of trustee to refer to the person charged with liquidating a bankrupt's property. There is no doubt that such a characterization, at the time it was adopted by the federal Parliament, came from a concept of common law and not of civil law.

The difficulty surrounding that question, however, is not due solely to the notion of trustee but also to the complexity of the role assigned to him. That role is not one-dimensional and the status conferred on the trustee by the ***jurisprudence*** [the word is used

⁸³ *Supra* note 4.

in this text as it is understood in a civil law system] may vary from one case to the next depending on the issues in question.

To give only a few examples, it can thus be said that the trustee is a *representative of the creditors*, an *assignee of the bankrupt's property* or an *officer of the court* depending on whether the problem concerns ordinary creditors, the bankrupt's property or the trustee's administration.

From the point of view of bijuralism, an examination of the trustee's status must therefore take place in two stages. First (Part I), it is necessary to present as clear a picture as possible of what a trustee is in Quebec; in other words, the profile that emerges from the decisions rendered by the courts that have jurisdiction in Quebec. During this stage, those features that are most representative, that establish the trustee's identity, need to be identified. Once such a portrait has been presented, we then need to inquire (Part II) whether there is a need to modify those features and, if applicable, to what extent and in what way.

Part I: The Trustee's Current Status

An overview of the jurisprudence that pertains to the trustee's status reveals that this question is generally based on two sets of circumstances.

The first are cases relating to the bankrupt's patrimony (A). With regard to the property forming part of such a patrimony, the courts have been called upon to rule on the opposability of certain real rights to the trustee and on the nature of the rights vested in the latter over the bankrupt's property. In terms of obligations, the courts have had to clarify whether trustees are bound by obligations that predate the debtor's bankruptcy.

Other cases have pertained to the trustee's administration (B). The courts have had to set standards for assessing the quality of such activity.

The manner in which those cases have been decided has often been related to an attempt to clarify the trustee's status.

A. The Patrimony

A bankrupt's patrimony, that is, the set of rights and obligations relating to his property, is the cornerstone of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. This is the necessary consequence of the fundamental principle of private law whereby a debtor's property is subject to his obligations and constitutes the common pledge of his creditors. It is therefore not surprising that a number of cases have arisen over such patrimony with regard to both the bankrupt's property (1) and the bankrupt's obligations (2). It has been in connection with some of those cases that the courts have had the opportunity to clarify the trustee's status.

1. The Bankrupt's Assets

Pursuant to subsection 71(2) *B.I.A.*, when a receiving order is made or an assignment is filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property. From that moment, his property passes to and is vested in the trustee.

This rule raises difficulties when rights obtained or granted by a bankrupt are subject under provincial law to publication requirements that have not been met before the bankruptcy. It must then be determined whether such rights are effective against the trustee, a determination which may have direct consequences regarding the composition of the patrimony passed on to the trustee. The most typical examples of such situations pertain to hypothecs and right of ownership.

a. The Hypothec

Is a hypothec granted by a debtor on one of his assets effective against a trustee if it was not published before the constituent's bankruptcy? If the answer is affirmative, the creditor who is the beneficiary of the hypothec is a secured creditor under section 2 *B.I.A.* and may, subject to certain limitations, exercise his rights over the hypothecated property as if the bankruptcy had not taken place. The bankrupt's patrimony is affected accordingly. Otherwise, the creditor would simply be an ordinary creditor; the property in

question would be free of the hypothec and would thus benefit the creditors as a whole.

In two recent cases of the Quebec Court of Appeal, a hypothec that was not published before the bankruptcy was held to be ineffective against the trustee.

In *Bouchard v. Wilfrid Noël et Fils ltée*⁸⁴, Baudouin, J.A. stated:

12. A hypothec not duly published (as was the case here) may nonetheless produce legal consequences between the parties. However, it cannot have effect against third parties (s. 2082, 2083 and 2130 C.C.L.C.) – (s. 2663, 2941 C.C.Q.). In the current case, the trustee is in fact a third party since he is defending the interests of the creditors as a whole (Civano Construction inc: Gingras c. Crédit M.G. Inc., [1962] C.S. 45; Poliquin v. Banque de Montréal, C.A.Q. no 200-09-000198-959, March 6, 1998). He can therefore legally raise the non-opposability to the body of creditors of a security granted by the bankrupt when the essential requirements for giving them effect against third parties have not been respected (Re Giffen, [1998] 1 S.C.R. 91).⁸⁵

Rousseau-Houle J.A. essentially reiterated that point of view in *Poliquin v. Banque de Montréal*.⁸⁶ She wrote as follows:

The Civil Code sets out a distinction between the opposability of a hypothec against third persons and its effectiveness against debtors of hypothecary claims. Opposability against third persons is an effect of publication (2941 C.C.Q.), whereas, between the parties, saving all specific exceptions provided for by the legislator, registration such as declaration of co-ownership (1062 C.C.Q.) is not necessary for the act to be valid.

A trustee that is the assignee of a bankrupt's rights and property may raise the non-opposability of a hypothecary act published after the bankruptcy on the ground that it adversely affects the creditors he represents.⁸⁷

The reasoning in these two cases is the same. Recalling the distinction between the effect of agreements relating to the parties and

⁸⁴ (18 February 2000), Quebec 200-09-001569-976 J.E. 2000-477, AZ-50069764, [2000] R.R.A. 84 (C.A.).

⁸⁵ AZ-50069764 at para. 12 [translated].

⁸⁶ (6 March 1998), Quebec 200-09-000198-959 J.E. 98-611 (C.A.), AZ-98011279, [1998] R.L. 560 (C.A.).

⁸⁷ AZ-98011279 at 6, [1998] R.L. 560, 565 (C.A.) [translated].

their opposability to third parties, the Court of Appeal has placed trustees in the category of third parties since their role consists in representing ordinary creditors, who are undeniably third parties in relation to a hypothec granted by the bankrupt. To truly represent those creditors, the trustee must thus be able to invoke the provisions of the provincial legislation concerning the non-opposability of a hypothec that has not been published in the same manner that the creditors would have been able to do so if the bankruptcy had not taken place.

b. Right of Ownership

Cases involving the right of ownership fall under two categories. In some instances it is a matter of determining whether the right of ownership that a third party holds over property in the bankrupt's possession is opposable to the trustee when opposability requirements for that right have not been carried out before the bankruptcy (*i.*). In some cases it is necessary to establish whether it is the trustee or the bankrupt who owns the property comprising the patrimony of the bankruptcy (*ii.*). To answer these questions, as in hypothecs, the courts have had to consider the trustee's status.

i. The Opposability of the Right of Ownership

The first category of cases raises a problem which initially seems similar to that examined earlier involving hypothecs. In this instance as well it is a matter of determining the effects on the trustee of a failure to publish a right, such as a right in moveables. Unlike with hypothecs, however, these cases involve a principal real right, the right of property, and not an accessory real right. If a trustee can take advantage of the fact that a third party's right of ownership has not been published, this means that the latter loses his right of ownership over the property. Said property is then considered the bankrupt's property and can be realized on for the benefit of the creditors as a whole.

A number of cases have been submitted for the courts' attention in recent years and the scenario has always been the same. These cases have involved instalment sales or automobile leases for which the publication requirements prescribed by provincial law have not been carried out prior to the purchasers or the lessees declaring bankruptcy.

In the case of instalment sales, the trend has been to declare that a reservation of ownership that has not been published would be ineffective against the trustee. The main reason is the same as that adopted by the Court of Appeal with respect to hypothecs. As representative of the creditors as a whole, a trustee is considered to be a third party against whom reservation of ownership, when not published before the bankruptcy, is ineffective under articles 1745 and 1749 C.C.Q. This has emerged from three recent decisions of the Quebec Superior Court.⁸⁸

However, that solution has not been adopted unanimously.⁸⁹ In another recent decision of the Superior Court of Quebec,⁹⁰ the court ruled that a reservation of ownership that had not been published could be set up against the trustee. The judge relied on a restrictive interpretation of article 1749 C.C.Q. in rendering his decision. In his view the legislator had clearly indicated in that article which third persons it was intended to protect and the trustee was not among them. Accordingly, the trustee could have no more rights over the vehicle than the bankrupt had. It is important to specify that the court did not deny that the trustee was a third person, but simply considered that the latter was not a third person described in article 1749 C.C.Q.

With regard to leases that have not been published, the tendency has also been, as with the reservation of the right of ownership, to declare the lessor's ownership rights ineffective against the

⁸⁸ *Paré (Syndic de): Ginsberg, Gingras & associés Inc. v. Caisse populaire Desjardins de Repentigny*, AZ-50080745, B.E. 2000BE-1382; *2928701 Canada Inc. (Syndic de): Leblond, Buzetti Inc. et Services financiers Daimlerchrysler (Debis) Canada Inc.*, AZ-01026327, B.E. 2001BE-710 (under appeal); *Rouleau (Syndic de): Ginsberg, Gingras & Associés et Banque de Nouvelle-Écosse*, AZ-01026325, B.E. 2001BE-709. Since this study was submitted, the Quebec Court of Appeal has adopted this solution: *In re Mervis: Druker & Associés inc. v. Banque Royale du Canada*, (22 August 2002), Montreal 500-09-011207-016 J.E. 2002-1650, AZ-50141974.

⁸⁹ It should be noted that under the *Civil Code of Lower Canada* the Court of Appeal had ruled that a sale of a building made by a bankrupt before the bankruptcy and registered after it had effect against the trustee on the ground that the trustee was not a *third party who has purchased the property for a valuable consideration* within the meaning of articles 2090 and 2098 C.C.L.C. See: *Kowalski v. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 1993.

⁹⁰ *Banque Royale du Canada v. Mervis*, (10 July 2001), Laval 540-11-002160-002 J.E. 2001-1555 (Sup. Ct.) Appeal as of right to the C.A., AZ-50098482, [2001] R.J.Q. 1885, reversed since: *In re Mervis: Druker & Associés inc.*, *supra*, note 88.

trustee. The reason is also the same. As representative of the creditors as a whole, the trustee is a third party against whom the lessor's right of ownership cannot have effect when the lease has not been published prior to the bankruptcy in accordance with article 1852 C.C.Q. That finding is what has emerged from three recent decisions by the Quebec Superior Court.⁹¹

That solution has not been adopted unanimously either. In another Superior Court decision,⁹² the court ruled that it is not the lessor's title of ownership that was subject to publication under article 1852 C.C.Q. but only his capacity as "lessor" and the rights stemming from that quality. This literal interpretation led the court to decide that failure to publish the lease would not confer on the trustee more rights than those the bankrupt enjoyed with regard to the vehicle and that therefore the lessor can claim it. Here again, the court did not question the status of the trustee as a third party, but ruled that it was not the lessor's right of ownership that was subject to publication under provincial law in order to be opposable to third parties.

The case law on this point cannot be referred to without mentioning *Giffen*.⁹³ Although that judgment of the Supreme Court of Canada pertains to a case that arose in British Columbia, the issue is similar to those that have just been examined.

⁹¹ *Ferland (Syndic de)*, (1 October 2001), St-François 450-11-000074-017 J.E. 2001-1900, [2001] R.J.Q. 2632 (Sup. Ct.) Appeal as of right to the C.A., AZ-50101171; *Tremblay (Syndic de): Raymond Chabot Inc. v. G.M.A.C. Location ltée*, (18 April 2001), Quebec 200-11-008842-018 J.E. 2001-1292 (Sup. Ct.), AZ-01021730; *Labrosse (Syndic de): Ginsberg, Gingras & Associés Inc. v. 9047-1863 Québec Inc.*, (30 May 2001), Terrebonne 700-11-004472-009 J.E. 2001-1293 (Sup. Ct.); AZ-01021688; *Ginn (Syndic de)*, (16 October 2001), Hull 550-11-005366-019 J.E. 2001-1996, [2001] R.J.Q. 2855 (Sup. Ct.); *Lefebvre (Syndic de)*, (18 October 2001), Hull 550-11-005209-003 J.E. 2001-2038, [2001] R.J.Q. 2679 (Sup. Ct.) Appeal as of right to the C.A.

⁹² *Delevo (Syndic de): Aberback, Lapointe et associés Inc. v. G.M.A.C. Location ltée*, (19 July 2001), Montreal 500-11-015630-001 J.E. 2001-1554, [2001] R.J.Q. 1908 Appeal as of right to the C.A., AZ-01021850; see also *9080-9708 Québec Inc. (Syndic de)*, (22 October 2001), Iberville 755-11-000964-003 J.E. 2001-2084, [2001] R.J.Q. 2900 (Sup. Ct.). Since this study was submitted, the Quebec Court of Appeal has ruled on the matter, determining that, in the case of leases that have not been published, the lessor's right of ownership did not have effect against the trustee: *Massouris (Syndic de)*, (11 April 2002), Montreal 500-09-022466-018 J.E. 2002-726 (C.A.), AZ-50121308, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.).

⁹³ [1998] 1 S.C.R. 91, J.E. 98-372, AZ-98111026.

In that case, a long-term lease for a car was granted to a person who subsequently declared bankruptcy. Under section 3 of the *Personal Property Security Act*,⁹⁴ that type of lease fell under the definition of “security interest” and section 20(b)(i) expressly provides that such security is ineffective against the trustee if it has not been perfected, that is, published, prior to the bankruptcy. In this case, the lessor failed to meet that requirement.

For Iacobucci J., the question that arises is the following:

*There is one principal issue in the present appeal: can s. 20(b)(i) of the PPSA extinguish the lessor’s right to the car in favour of the trustee’s interest, or is the operation of s. 20(b)(i) limited by certain provisions of the BIA?*⁹⁵

The court initially recognized that the bankrupt’s right to use the car and to have possession constituted “property” which passed to the trustee by virtue of s. 71(2) *B.I.A.* And it was on the basis of that “proprietary interest in the car” that the trustee could claim the car. He then recalled the complementarity between the federal legislation and the provincial legislation, citing Gonthier J.’s comments in *Husky Oil*:⁹⁶

It is trite to observe that the Bankruptcy Act is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the Bankruptcy Act itself.

The court ultimately reached the following conclusion:

*In accordance with s. 20(b)(i), the lessor’s unperfected security interest is ineffective against the possessory interest acquired by the trustee in bankruptcy. The trustee’s interest in the car takes priority over that of the lessor; the trustee is therefore entitled to the proceeds of the car.*⁹⁷

That Supreme Court decision indicates the importance of provincial law in cases in which the trustee’s interest in the bankrupt’s property and the interest of a third party are in conflict. While subsection 71(2) *B.I.A.* provides that all of the bankrupt’s various

⁹⁴ S.B.C. 1989, c. 36.

⁹⁵ *Supra* note 93 at para. 23.

⁹⁶ *Husky Oil Operations Ltd. v. M.N.R.*, [1995] 3 S.C.R. 453 at para. 65.

⁹⁷ *Supra* note 93 at para. 73.

interests in property are vested in the trustee, it is rather under provincial law that conflicts between said interests and the interests of third parties can be settled. As noted, it was subparagraph 20(b)(i) of the *Personal Property Security Act* which established the priority between the trustee's interests and those of the lessor in the car.

Similar cases before the Quebec courts have been decided in the same manner. As pointed out earlier, problems of opposability against the trustee have been resolved on the basis of provisions in the Civil Code. While there has occasionally been controversy over the scope of some of those provisions, there has been none concerning the role they play with regard to bankruptcy.

The manner in which a dispute of that nature is settled depends not only on the federal legislation but also on provincial law and can thus vary according to the provisions of the latter. In *Giffen*, the solution would in all likelihood have been different in the absence of subparagraph 20(b)(i) of the *Personal Property Security Act*. It is likely that the rule that the trustee cannot hold more rights than the bankrupt ("*The trustee steps in the shoes of the bankrupt*") would then have prevailed, allowing the lessor to claim the car.

Provincial law cannot change the *Bankruptcy Act* but, to reiterate the comments of Gonthier J., it can affect the "bottom line". In examining the trustee's status, it is important to keep in mind that reality and that duality.

ii. The Titulary of the Right of Ownership

The right of ownership has given rise to a second category of cases. The issue here is no longer one of opposability but is related to a more fundamental problem. It is a matter of specifying, in the event of a bankruptcy, what becomes of the bankrupt's right of ownership over the property vested in the trustee. That issue has not always received the same answer, which attests to the difficulty the courts have had in determining, from a civil law perspective, the legal nature of the proceedings referred to in the *Bankruptcy and Insolvency Act* for winding up a bankrupt's property. A number of judgments will illustrate that situation.

In a case that dates back to 1976, the Quebec Court of Appeal was called to rule upon whether a discharged bankrupt who wished

to buy back from the trustee shares he had held prior to the bankruptcy had to be considered a new shareholder. That question needed to be resolved because, according to the company's letters patent, the admission of a new shareholder required the approval of the board. Bernier J.A. held that such approval was not necessary because the bankrupt had never been completely divested of his rights in the ownership of the company's shares. He added as follows:

*It is not in his personal capacity but rather in his capacity as fiduciary representative that a trustee becomes the owner of the assigned property, and the objects of the Bankruptcy Act are the conditions associated with his right of ownership, namely, winding-up on behalf of the creditors.*⁹⁸

A bankrupt who is not completely divested of ownership of his property and a trustee who is owner in his capacity as fiduciary representative are notions that are not surprising to a practitioner of common law. But they sound strange to his civil law counterpart.

In a much more recent case, *Droit de la famille – 3712*,⁹⁹ the Quebec Court of Appeal was less equivocal. In that case involving divorce proceedings, a wife asked to be awarded ownership of the family residence belonging to her husband as a lump sum payment for alimony. Before a decision could be made, the plaintiff's husband declared bankruptcy and the plaintiff filed a proof of claim with the trustee claiming the residence. The trustee rejected the claim. The wife then obtained leave to continue the divorce proceedings and a judgment ultimately awarded her ownership of the home. The trustee appealed the judgment.

The Court of Appeal held that the judgment was ineffective against the trustee. Denis J.A. commented as follows:

32. D..., as we have seen, made an assignment of his property on November 28, 1995. The family residence he owned is part of the bankrupt's property within the meaning of the Bankruptcy and Insolvency Act (s. 2) and seisin thereof passes to and is vested in the trustee (s. 71(2)).

⁹⁸ *Lefaivre v. Côté*, *supra* note 20 at 692 [translated].

⁹⁹ (12 September 2000), Montreal 500-09-003089-968 J.E. 2000-1786 (C.A.), AZ-50078434, [2000] R.D.F. 589 [translated].

33. A certificate of bankruptcy was registered against the building on January 10, 1996 by the trustee, who is henceforth deemed to be the owner (ss. 74(1) and (2) Bankruptcy and Insolvency Act).

34. The order rendered on July 26, 1996 by Côté J. with regard to the building in connection with the divorce judgment is accordingly ineffective against the trustee. At the time of the Côté judgment, D... was no longer the owner of the family residence. He cannot therefore be ordered to hand over the title for the property to his ex-wife as part of the division of family assets.

...

47. I suggest that the appellant (the trustee) be declared to be the owner of the family residence as of November 28, 1995 and that the last two conclusions of the Côté judgment be declared ineffective against the latter.

As in the previous case, the outcome of the decision depended on the interpretation of the provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* alone and, more specifically, subsection 71(2) B.I.A. That time the Court of Appeal deemed the trustee to be the owner of the property. No other concept was invoked. The trustee was not referred to as a fiduciary representative and the court made no reference to any kind of division of ownership between the bankrupt and the trustee.

It should be noted that subsection 71(2) B.I.A. does not specifically refer to the concepts of “owner” or “right of ownership”. It nonetheless uses language which, from a civil law perspective, alludes to the right of ownership. Saying that the bankrupt’s property must *immediately pass to and vest in the trustee* suggests to a civil law practitioner that the trustee has become its owner. This is all the more plausible given that subsections 74(1) and (2) B.I.A., also cited by the Court of Appeal, explicitly recognize that the trustee has the right *to be registered as the owner* of an immovable that belongs to the bankrupt.¹⁰⁰

¹⁰⁰ In a case from Ontario, the Supreme Court recognized that bankruptcy divests the debtor of his property in favour of the trustee. In *Halpenny Estate v. Paddon*, [1982] 1 S.C.R. 559, the court stated at page 567: “The debtor from that date forward (November 23, 1978) was without assets, the assets being with effect that date vested in the trustee under the *Bankruptcy Act*.”

In a Supreme Court of Canada judgment,¹⁰¹ Gonthier J., comparing certain provisions of the *Winding-up Act*¹⁰² and the *Bankruptcy and Insolvency Act*, stated as follows:

*Contrary to what occurs in the case of bankruptcy, the company continues to own its property, which is not transferred to the liquidator. Under s. 33 of the Winding-up Act, the liquidator takes all the company's property, effects and choses in action "into his custody or under his control", whereas under s. 71(2) of the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, the property of a bankrupt "shall ... forthwith pass to and vest in the trustee" and under s. 74(1) of that statute a receiving order or assignment may be registered by or on behalf of the trustee in respect of any real property that the bankrupt owns.*¹⁰³

This opinion is entirely consistent with the decision of the Court of Appeal in *Droit de la famille – 3712* and is based on the same foundations.

While the courts generally consider the trustee to be an owner, there is a lack of unanimity on that point. Having to rule on whether retrocession of a right in an action for damages by a trustee to a discharged bankrupt constitutes a sale of litigious rights, Guibault J. of the Superior Court of Quebec stated as follows:

As a result of the bankruptcy, all of the bankrupt's property passes to and is vested in the trustee, who disposes of it for the benefit of the creditors, as provided by the B.I.A.

To that end, the trustee takes possession of the bankrupt's assets regardless of where they are and acts in relation to them as a receiver appointed by the court (subsection 16(4) B.I.A.).

Accordingly, having possession and seisin of the property belonging to the debtor, he may, as provided by section 30, sell it, lease it or carry on the business, bring, institute or defend legal action or compromise and settle otherwise, for the benefit of the creditors.

For his part, the bankrupt debtor nonetheless does not lose ownership of the property. The fact that a trustee takes possession and has seisin of the assets does not mean that a transfer of ownership has taken place.

¹⁰¹ *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, supra note 23.

¹⁰² *Winding-up and Restructuring Act*, supra note 21.

¹⁰³ *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, supra note 23 at para. 30.

...

Ownership never having been transferred to the trustee, in the circumstances a sale cannot be considered to take place between the trustee and the debtor.

...

*With regard to the debtor's property, the trustee therefore acts simply as an intermediary to ensure an orderly winding-up in the creditors' interest.*¹⁰⁴

Although this type of analysis is interesting from a civil law perspective, there is cause to question its basis. In any discussion regarding the nature of the vesting of property in the trustee, subsection 71(2) *B.I.A.* must be invoked. In the present case the court did not refer to that subsection and did not indicate on which provision of the law it relied in stating that the bankrupt remained the owner of the property. No decisions were cited in support of that conclusion and the jurisprudence recognizing that the trustee is the owner of the bankrupt's property was not mentioned. Accordingly, that decision is not representative of the jurisprudence on the matter.¹⁰⁵

There is ample reason to be dissatisfied with the jurisprudence that has interpreted the *Bankruptcy and Insolvency Act* as entailing the transfer of ownership of a bankrupt's property to the trustee. However, before criticizing it, one must determine whether other solutions that are compatible with the provisions of the *B.I.A.* are available to judges, whose role is to interpret the law and not to alter it. Before embarking on this task there remains one more important question to be examined, that of the trustee's status in relation to the bankrupt's obligations.

¹⁰⁴ *Auger v. Harvey*, (15 June 2000), Laval 540-05-001872-963 J.E. 2000-1369 (Sup. Ct.) at paras. 26-31, AZ-50076898, [2000] R.J.Q. 2075 [translated].

¹⁰⁵ In a previous decision on the same question, the Superior Court, relying on subsection 71(2) *B.I.A.*, ruled that the rights the bankrupt held on a claim were vested in the trustee and no longer belonged to the bankrupt. See *Pontefract Inc. (Syndic de)*, AZ-97026100, B.E. 97BE-238.

2. The Bankrupt's Obligations

While cases involving the property of bankrupts have served as opportunities for the courts to define the status of the trustee, the same holds true for cases involving the bankrupt's obligations. Those two questions are in fact strongly interrelated by virtue of the connection between a bankrupt's rights and obligations within his patrimony. Since the trustee is considered to be the assignee of the bankrupt's property, it is logical to question his responsibility for the latter's obligations.

To determine whether the trustee is bound by the bankrupt's obligations, turning to the *B.I.A.* is an obvious first step. Under that statute, the trustee is required to recognize the existence of all of the bankrupt's debts that have been established. Since the trustee's role is to realize the bankrupt's assets in order to pay such debts, this is reasonable. However, the legislation does not indicate that he is the "assignee" or "debtor" of those obligations and there are no provisions on that subject similar to those of subsection 71(2) *B.I.A.* with regard to a bankrupt's property.

This does not present any controversy in the case of obligations to pay an amount of money since such claims are paid rateably.¹⁰⁶ It is when the bankrupt is bound by a duty of specific performance that the question becomes more difficult. Can the trustee be required to fulfil that type of obligations?

One author discussed that question some fifteen years ago.¹⁰⁷ He asked whether a trustee is required to perform an obligation to do, such as a promise of sale, entered into by a bankrupt prior to a bankruptcy. Noting that the jurisprudence was unclear, if not contradictory, he gave preference to a decision of the Court of Appeal,¹⁰⁸ which had ruled that there was nothing in the *B.I.A.* that required a trustee to assume an obligation to do or any other obligation by onerous title that the bankrupt had undertaken to fulfil prior to the bankruptcy. The reasons are as follows.

¹⁰⁶ Section 141 *B.I.A.* provides that "[s]ubject to this act, all claims proved in a bankruptcy shall be paid rateably."

¹⁰⁷ J. M. Deschamps, "Le syndic : Un successeur du débiteur? Un cessionnaire? Un représentant des créanciers?" in *Meredith Memorial Lectures* (Don Mills, Ont.: De Boo, 1985) at 245.

¹⁰⁸ *Re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada v. Béliveau*, [1976] C.A. 539.

*The latter approach is preferable in our view; there are no authorities that would justify treating a creditor of an amount of money differently from a creditor of an obligation to do. Forcing the trustee to specifically fulfill such an obligation would give preference to the creditor of that obligation. As has already been written, this would be equivalent to paying this creditor's claim at 100 cents on the dollar, and the claim would be satisfied in full. Allowing an ordinary creditor to obtain specific execution against the trustee would thus be contrary to the principle that claims established in bankruptcy must be settled *pari passu*.¹⁰⁹*

That viewpoint is echoed in the recent jurisprudence. In a case of the Quebec Court of Appeal,¹¹⁰ the court expressed its agreement with the conclusions and the reasons of the first judge and more particularly with the following comments regarding a promise of sale made by the bankrupt:

With great respect for the contrary view, I am of the opinion that nothing in the Bankruptcy Act obliges the trustee to assume such an obligation.

...

I agree with what is described in Bakermaster as the overriding principle in issues of this kind, namely that the trustee and the court must protect the assets of the estate for the benefit of the unsecured creditors. Not only is this so when in closing the transaction, the trustee will incur a substantial deficit but even more so when the rights of the petitioner are purely personal ...

In taking into consideration the trustee's duty to preserve the interests of ordinary creditors, the court concluded that he was not bound by an obligation to do taken on by the bankrupt.¹¹¹

¹⁰⁹ *Deschamps*, *supra* note 107 at 249 [translated].

¹¹⁰ *Malka (Syndic de)*, (31 January 2001), Montreal 500-09-001303-908 J.E. 97-385 (C.A.), AZ-97011220.

¹¹¹ In another recent case, the Superior Court of Quebec adopted an equivocal position by stating that the trustee is free to sell shares belonging to the bankrupt for a price he deems appropriate but that such a sale can take place only in accordance with the terms and conditions set out in the shareholder agreement. In the present case, the agreement provided that the shareholder, the bankrupt, could not sell his shares in the company as long as he was indebted to it. The decision was appealed. See *Montreal Fast Print Ltd. (Syndic de)*, (22 January 2001), Montreal 500-11-014011-007 J.E. 2001-327 (C.S.), AZ-50082467.

In *Coopérants*, referred to earlier (at 92, above), the Supreme court had to rule on whether an indivision agreement entailing a right of pre-emption was opposable to the liquidator of one of the undivided co-owners acting pursuant to the *Winding-up Act*. As Gonthier J. explained, in order to render his decision, it was necessary to clearly establish and identify the liquidator's legal status. This led to a comparison of a liquidator's status with that of a trustee in bankruptcy and to invoking the major differences that exist between those two roles. It is useful to quote him:

*Contrary to what occurs in the case of bankruptcy, the company continues to own its property, which is not transferred to the liquidator. Under s.33 of the Winding-up Act, the liquidator takes all the company's property, effects and choses in action "into his custody or under his control", whereas under s. 71(2) of the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, the property of a bankrupt "shall ... forthwith pass to and vest in the trustee" ...*¹¹²

Gonthier J.'s main point in making that comparison was that the liquidator takes the place of the directors of the company, which retains ownership of its property, whereas the trustee is a third party in relation to the bankrupt, who is deprived of the ownership of his property. In light of that comparison the judge stated at paragraph 34:

From the perspective of the legal winding-up scheme, therefore, the liquidator is an officer of the court whose function it is to close up the company's business and distribute its assets to its creditors. The liquidator is not a third party in relation to the insolvent company, but is the person designated by the court to act in place of the directors of the company being wound up. Accordingly, the appellant's interest in the immovables (an interest created purely by agreement in this case) need not be registered to be set up against the liquidator, because the liquidator is acting for the debtor.

B. Administration of the Patrimony: The Trustee as an Officer of the Court

Our objective here is to review the rules that generally govern a trustee's professional conduct. That question has been analyzed in English law and in Canadian law in a previous section (at 73ff., above).

¹¹² *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, *supra* note 23. at para. 30. See at 67ff., above.

It is apparent from the outset that the jurisprudence in Quebec has adopted solutions identical to those of the courts of the other provinces and of English law. In judging a trustee's professional conduct, Quebec courts have almost never referred to the trustee's fiduciary duties. However, they have not hesitated to suggest that the trustee is an officer of the court. Without going into detail, they have used that notion as a point of reference in ruling on requests to have a trustee removed and other submissions relating to a trustee's conduct.

For example, it has been ruled that there were sufficient grounds for removal when a trustee breached his duties as an officer of the court by being overly lax or by wilfully failing to adequately inform the court.¹¹³ As well, the courts did not hesitate to reduce the fees of a trustee who, as an auxiliary and officer of justice, must always act in an honest fashion:

*The issue here is how the administration of the bankruptcy actually appears and the trust the public must have in the administration of the law and in officers of justice, such as the trustee.*¹¹⁴

In his capacity as an officer of the court, a trustee must perform his duties in an equitable and prudent manner.¹¹⁵ As an officer of justice, the trustee takes possession of all of the bankrupt's property. He has a personal responsibility to administer it properly and a duty to dispose of the property for its greatest value and in the creditors' interest.¹¹⁶

Like the English courts and those of the other provinces, Quebec courts have come to that conclusion largely on the basis of the nature of the trustee's duties and his relationship with the court:

*This court must have control of the administration through the trustee, an officer of justice who is acting under the tutorship and the instructions of the court.*¹¹⁷

¹¹³ *Re 3087-6347 Québec Inc.*, (24 May 2000), Québec 200-09-002082-987 J.E. 2000-1198 (C.A.), A.Z.-50076702 (C.A.).

¹¹⁴ *Re André L'Heureux*, [1999] R.J.Q. 945 at 949 (C.A.), Baudouin J.A. [translated].

¹¹⁵ *Greenberg Stores (Syndic de)*, (26 May 1998), Montreal 500-11-005873-977 J.E. 98-1389 (Sup. Ct.), AZ-98021632.

¹¹⁶ *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, (26 May 1992), AZ-92011678, [1992] R.D.I. 417 (C.A.).

¹¹⁷ *Re Eagle River International Ltd.*, (1 May 2000), AZ-50069772, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.) [translated].

Without an exhaustive analysis of the jurisprudence being conducted, it is clear that the Quebec courts have relied on the notion of officer of the court as a framework for assessing the professional conduct of trustees. Trustees must not offend the dignity of the administration of justice: they must cooperate with the court and conduct themselves with complete honesty and their behaviour must exhibit impartiality and objectivity.¹¹⁸

It seems important to point out that this characterization by the Quebec courts of the trustee's status as an officer of the court does not, in our view, present any problems from the standpoint of harmonization. The difficulties that arise are largely in the areas of legislation and terminology.

The interpreter's task would clearly be made easier by a provision expressly conferring such status on the trustee. As we have seen (at 78, above), the federal legislation has already done so, but the particular wording was later eliminated. Without having to analyse the reasons for those changes, we can nonetheless understand why the federal Parliament has adopted such a legislative policy. The federal legislation did not state that the trustee is an officer of the court but rather that he will be so ("*shall*", 1875 statute, see at 78, above) or that he was subject to the court's jurisdiction as if he were an ordinary officer of the court. Given that jurisdiction over bankruptcy has been granted to a court (s. 183 *B.I.A.*) the organization of which falls under provincial authority, it might be wise for the federal Parliament to refer the matter to the provincial legislation.

In any event, the notion of "officer of the court" is not foreign to the civil law system. Article 50 of the *Code of Civil Procedure* (C.C.P.) refers to an "*officier de justice*",¹¹⁹ while article 232 of the Code uses the term "*officier judiciaire*" ("court officer"). Articles 1783 and 2990 C.C.Q. refer to officers of justice.

¹¹⁸ See *e.g. Re Marché Central Métropolitain Inc.*, (29 January 1999), Montreal 500-11-005-236-969 C.S. at 8 of the judgment, B.E. 99BE-937 (C.S.); 3087-6347 *Québec Inc. (Syndic de)*, *supra* note 113; *Greenbaum (Syndic de)*, (22 February 1995), Montreal 500-11-004165-920 J.E. 95-768 (Sup. Ct.) Appeal as of right to the C.A.; *Re Roy* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 275 (Sup. Ct.).

¹¹⁹ Guthrie J. deemed the trustee to be an officer of justice within the meaning of that provision in *Constantineau (Syndic de)*, (11 November 1998), Montreal 500-11-007743-970 J.E. 99-17 (Sup. Ct.). In the English version of article 50 C.C.P., the expression appears as "officer of justice".

When the Quebec courts have deemed the trustee to be an officer of the court, they have generally used the expression “*officier de justice*”,¹²⁰ and sometimes “*officier de la cour*”¹²¹ or even occasionally “*auxiliaire de justice*”.¹²²

In French legal vocabulary, the expression “*officier de la cour*” is very rarely used. There is, rather, a preference for the terms “*officier de justice*” – referring to someone who performs a duty directly related to the administration of justice – and “*auxiliaire de justice*” – someone who contributes to the latter while remaining at arm’s length.¹²³

Part II: The Trustee’s Future Status

Our review of Quebec jurisprudence with regard to the status of the trustee has revealed a number of characteristics of that role.

Regarding whether bankruptcy entails a transfer of ownership of the bankrupt’s property to the trustee, the answer is yes. As to whether the trustee is bound by the bankrupt’s obligations, the answer is no. When the question of opposability of rights has been

¹²⁰ *Re Marché Central Métropolitain Inc.*, *supra* note 118; *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, *supra* note 116; *Re 3087-6347 Québec Inc.*, *supra* note 113; *Re André L’Heureux*, *supra* note 114; *Wightman v. Richter & Associés Inc.*, (13 September 1994), Montreal 500-09-000214-940 J.E. 94-1490, AZ-94011866, [1994] R.D.J. 477 (C.A.); *Re Eagle River International Ltd.*, *supra* note 117.

¹²¹ *Re Plastiques Valsen Inc.*, J.E. 81-494, AZ-81021249 (Sup. Ct.); *Greenbaum (Syndic de)*, *supra* note 118; *Re 3087-6347 Québec Inc.*, *supra* note 113; *Greenberg Stores (Syndic de)*, *supra* note 115.

¹²² *Re André L’Heureux*, *supra* note 114. See with regard to a lawyer (*Greenbaum (Syndic de)*, *supra* note 118) or an interpreter (*Ventes Denis Gauvreau Inc. v. Groupe S.C.V. Inc.*, AZ-97026334, B.E. 97BE-772 (Sup. Ct.)).

¹²³ Hubert Reid gives lawyers, bailiffs and trustees as examples. See H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1994) s.v. “*officier de la cour*”, “*auxiliaire de justice*”; P.-G. Guimont, “Les devoirs envers l’administration de la justice” in *Collection de droit 1999-2000*, vol. 1 (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1999) at 97ff.; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 8th ed. (Paris : Montchrestien, 1998) c.2 at para. 402; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8th ed. (Paris : Presses Universitaires de France, 2000) s.v. “*auxiliaire de justice*”; H. Capitant, *Vocabulaire juridique* (Paris : Presses Universitaires de France, 1936) s.v. “*auxiliaires de la justice*”.

at issue, the trustee has generally been considered to be a representative of the creditors and as such a third party. When the matter of a trustee's administration arises, he is considered to be an officer of the court.

Is such a portrait compatible with the civil law tradition? That is the first question that must be answered. If the answer is affirmative, there is no need to proceed any farther in our examination. If the answer is negative, we must then ask whether it is possible in a context of harmonization to rectify the situation.

Considered separately, the various types of status conferred on trustees by the jurisprudence do not present a problem in terms of civil law. They all touch on familiar concepts. The concepts of "owner", "third party", "representative" and "officer of the court" are used in Quebec legislation and are known to civil law practitioners. It is the amalgamation of those types of status that raises difficulties. While complying with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, that is, without going against its provisions or the legislator's intent, is it possible to find in civil law a role that possesses such traits?

A. Is the Trustee an Assignee?

The term "assignee" is often used to characterize the trustee. The case that best illustrates this is *Civano Construction Inc. v. Gingras v. Crédit MG Inc.*, in which the court stated as follows:

*The trustee is not the bankrupt's successor but his assignee. Bankruptcy is in fact a voluntary or forced assignment of a universality of property ... made by an insolvent debtor for the benefit of his creditors in the hands of a fiduciary representative, an assignee, the trustee.*¹²⁴

What is the meaning of this word in civil law? It is used mainly in the *Civil Code of Québec* to identify a party to whom a claim is assigned.¹²⁵ This is not the only manner in which it is used, however, and we also find it employed in relation to instalment sales¹²⁶ and to insurance.¹²⁷ Jurists use it extensively in drafting agreements in reference to a person to whom an assignment is made, regardless of the nature or the purpose of the assignment.

¹²⁴ (1962), 3 C.B.R. (N.S.)141 at 145 [translated].

¹²⁵ Arts. 1639 and 1643 C.C.Q.

¹²⁶ Art. 1749 C.C.Q.

¹²⁷ Art. 2418 C.C.Q.

The word “assignee” can therefore apply to many persons who hold various rights and who have only one element in common, that of being the beneficiaries of an assignment. That expression does not apply to any single institution and serves to qualify persons who are subject to different legal regimes.

The fact that the trustee is referred to as an “assignee” accordingly does not confer any special status to him. Such a characterization is made because the trustee is the beneficiary of an assignment arising out of the provisions of subsection 71(2) *B.I.A.* It is only when the nature of the rights that such assignment confers on the trustee are specified that the trustee’s status becomes more clearly defined. That is what the courts do when they state that the trustee is the owner of the bankrupt’s property. However, saying that the trustee is an “assignee-owner” is an overstatement and an understatement.

An overstatement, because if a trustee were to fully exercise the prerogatives of an owner with regard to the property transferred to him, he would be exceeding the powers that the *B.I.A.* grants to him. From a civil law perspective, it is neither necessary nor usual to be the assignee-owner of property to ensure that it is realised on the creditors’ behalf. As one author so aptly wrote, considering the trustee to be an assignee is whimsical and excessive solution.¹²⁸

An understatement, because characterizing the trustee as an assignee-owner overlooks one important facet of the trustee’s role. Such a description fails to take into account the trustee’s function, which is to proceed with the liquidation on the creditors’ behalf. In using this term, we attach greater importance to the process used by the *Bankruptcy and Insolvency Act* to confer rights on the trustee, namely the vesting of the property, than to the role of the trustee, which is to wind up the property. The concept of “assignee” or “assignee-owner” is accordingly not entirely appropriate to express the complexity of the trustee’s functions.

That having been said, we cannot blame the Quebec courts for using it. The latter’s role is to interpret the law and, as we have already indicated, the wording of subsection 71(2) *B.I.A.* leads the interpreter directly to the right of ownership. That subsection uses

¹²⁸ M. Cantin Cumyn, *L’administration du bien d’autrui* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2000) at para. 133.

the concept of “vesting” to explain the consequences of bankruptcy on the debtor’s property. In stipulating that the bankrupt’s property “shall ... forthwith pass to and vest in the trustee” (“*doivent [...] immédiatement passer et être dévolus au syndic*”), Parliament uses language which, in civil law, is primarily associated with a transfer of the right of ownership. It is the concept of “vesting” that expresses, in the *Civil Code of Québec*, the transfer through succession of the property of a deceased¹²⁹ and such transfer is one of the main methods through which right of ownership is acquired.¹³⁰ It is therefore not surprising that the courts have deemed the trustee to be the owner. However, they have not done so with the intention of providing a general definition of the trustee’s status, but simply in response to cases concerning bankrupts’ property.

For the courts in the common law provinces, the *Bankruptcy and Insolvency Act* has been interpreted in accordance with a legal system in which, contrary to civil law, the divisibility of the right of ownership is acknowledged and is effected on the basis of the notions of “legal title” and “beneficial ownership”. As a result of the application of the concept of *trust*, it is easier to understand in such a system how the trustee could be deemed to be the owner.

B. Is the Trustee a Successor?

The term “successor” is less widely used than the term “assignee” in referring to the trustee, but it is found occasionally. The following extract from a Supreme Court judgment is an example of this:

*Subject to this, the trustee has no higher rights than the bankrupt and he takes the property of the bankrupt merely as a successor in interest and not as an innocent purchaser for value without notice.*¹³¹

Although that case involved an appeal from a decision that originated in Manitoba, the judge’s comments stem from a commonly accepted premise in bankruptcy matters, in Quebec jurisprudence as well, that the trustee can have no more rights than does the bankrupt. From that perspective, it seems logical to characterize the trustee as a “successor”. Is such a description appropriate?

¹²⁹ See *e.g.* article 613 C.C.Q., which begins Book III on successions.

¹³⁰ Art. 916 C.C.Q.

¹³¹ *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631, 634.

It could first be pointed out that “successor” and “assignee” are words that have a degree of affinity. They are both based on the idea of continuity and the assignee and the successor can be assumed to be the parties ensuring such continuity. The French term “*successeur*” [“successor”] is synonymous with “*ayant cause*” [also “successor”],¹³² the latter term encompassing universal successors, successors by general title and by particular title. A universal successor is a successor to whom a person’s rights and obligations have been transferred. He continues the legal personality of his predecessor. A successor by particular title receives only a specified object. He does not continue his legal personality and is not bound by his predecessor’s obligations.¹³³

When a trustee is said to be a bankrupt’s successor, he is viewed as a universal successor. The aspect by which the trustee is most like the universal successor is the fact that all of the bankrupt’s property is vested in him. Like the universal successor, the trustee receives the property in its entirety, which is never the case with a successor by particular title. In that respect, therefore, he is like the universal successor. The difference is that, unlike the latter, he is not bound by the bankrupt’s obligations. He clearly has the duty to liquidate the property vested in him in order to pay the bankrupt’s debts, but he is not bound by the latter’s obligations. The universal successor is bound by his predecessor’s obligations and can be compelled to fulfill them, even when there is an obligation to do, as in the case of a promise of sale.¹³⁴

Furthermore, the trustee, in contrast with the universal successor, does not continue the bankrupt’s legal personality. In many circumstances the jurisprudence considers the trustee to be a third party in relation to the bankrupt because he represents the creditors. He must therefore be able to invoke all of the grounds that the creditors could have raised. This is fundamentally incompatible with the status of the successor by universal title, who, as the successor of his predecessor, can never be considered a third party in

¹³² In the *Civil Code of Lower Canada* the legislator used the term “successor”, while in the *Civil Code of Québec* it preferred the term “successor by particular title”. See, for example, article 2200 C.C.L.C. and article 2912 C.C.Q.

¹³³ Pursuant to article 1442 C.C.Q., that rule is subject to exception in certain circumstances.

¹³⁴ That rule is subject to exception only when the obligation is *intuitu personae* in nature. See article 1441 C.C.Q.

relation to him. The trustee is sometimes said to be the debtor's successor, but this is intended mainly to refer to a chronological succession and not a succession in the legal personality.¹³⁵ Although the trustee has a number of characteristics in common with the successor by universal title, he is not really one and the term "successor" is not appropriate here. Such status cannot be conferred on him.

C. Is the Trustee an Administrator of the Property of Others?

It is impossible to avoid the question of whether the trustee is an administrator of the property of others, especially since the introduction of rules relating to this topic¹³⁶ in the Civil Code of 1994. In a work dedicated to that subject, the writer addresses that question:

From a civil law perspective, the trustee does not acquire the bankrupt's rights simply by virtue of the fact that he has been given the authority to liquidate them. Attributing the capacity of assignee is an whimsical and excessive solution. The granting of powers over the bankrupt's property confers on the trustee sufficient authority for liquidating and distributing the proceeds to the creditors. When the legislation on bankruptcy entails the application of private law in Quebec, the trustee can receive only one designation, that of administrator of the property of others. In civil law, the legal title recognised by common law corresponds, not with the capacity of owner or fiduciary representative, but of the recipient of power over the property or of administrator of the property of others. Although deprived of the capacity to exercise it, the bankrupt retains title until the property is sold by the trustee. In that case it is a matter of specific powers that the trustee exercises on his behalf.¹³⁷

The scope of those remarks must not be misunderstood. The writer is not referring to the trustee's current status but to that which should be conferred on trustees if we wish to harmonize the

¹³⁵ In *Mercure v. A. Marcotte & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547, de Grandpré J., at page 555, refers to the trustee as the debtor's successor ("*continuateur du débiteur*"), but it is clear that he is not using that expression in the sense of a successor by universal title. In that case the court had to decide whether the trustee had a duty to keep an insurance policy on the bankrupt's building in force for the benefit of a hypothecary creditor. It is in that context that he uses the term "successor".

¹³⁶ Arts. 1299-1370 C.C.Q.

¹³⁷ M. Cantin Cumyn, *supra* note 128 at para.133 [translated].

Bankruptcy and Insolvency Act with Quebec civil law. This becomes apparent from a comment made in relation to the above remarks.

*To make the legislation on bankruptcy consistent with private law in Quebec, the fundamental notions on which it is based would need to be called into question.*¹³⁸

It must therefore be understood that, in the author's eyes, the trustee cannot be deemed to be the administrator of the property of others in the current context without substantial amendments to the federal legislation. Before examining such a solution it is important to ascertain the accuracy of that assessment by ensuring that at this point the trustee cannot be characterized as the administrator of the property of others.

In the Title on *Administration of the property of others*, the law makers endeavoured to consolidate the rules previously dispersed throughout the *Civil Code of Lower Canada* or in other legislation applicable to all those who administer property that does not belong to them, as indicated by the Minister of Justice in his commentary on those new provisions.¹³⁹ He added that the rules applied only to persons who become administrators under the law or a juridical act and where there is no indication of any other form of administration.

The minister's commentaries are a fairly accurate reflection of the provisions of article 1299 C.C.Q., which provides that:

Any person who is charged with the administration of property or a patrimony that is not his own assumes the office of administrator of the property of others. The rules of this Title apply to every administration unless another form of administration applies under the law or the constituting act, or due to circumstances.

The legislator was not content to simply set out this general rule but went on to identify, in a non-exhaustive manner, persons to whom this system would apply. When a list¹⁴⁰ of such persons is

¹³⁸ *Ibid.* at 112, n. 338 [translated].

¹³⁹ Québec, Ministre de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1 (Québec: Publications du Québec, 1993) at 774-75.

¹⁴⁰ This list takes into account only the provisions of the *Civil Code of Québec*.

drawn up, it is easier to establish the characteristics of the administrator of the property of others.

The first thing that is observed in identifying administrators of the property of others as set out in the *Civil Code of Québec* is the diversity of ways in which they are designated.

First, there are those who are specifically characterized or recognized as administrators of the property of others: the tutor of a minor (208 C.C.Q.), the provisional administrator of the property of a minor (253 C.C.Q.), the liquidator of a legal person (360 C.C.Q.), a successor before the designation of a liquidator (644 C.C.Q.), a person designated to administer a succession (753, 760 C.C.Q.), the liquidator of a succession (802 C.C.Q.), the manager of an undivided property (1029 C.C.Q.), the manager of a property held in co-ownership (1085 C.C.Q.), a trustee (1278 C.C.Q.), the liquidator of a partnership (2266 C.C.Q.) and a hypothecary creditor who holds the right to take possession of the property (2773 C.C.Q.).

Then there are those who, without being expressly referred to as administrators of the property of others, are indirectly considered as such because the legislator, by reference, has made them subject to a legal framework that applies to persons who are specifically designated as administrators of the property of others. Such persons are tutors to absentees (87 C.C.Q.) and persons who administer property given or bequeathed to a minor (210 C.C.Q.).

There are also those who, while not referred to either directly or indirectly as administrators of the property of others, have been assigned one of the forms of administration particular to such an administrator, namely, simple or full administration. They include the Public Curator (262 C.C.Q.), a person administering the property of a person of full age on a provisional basis (274 C.C.Q.), the curator of the property of a person of full age (282 C.C.Q.), a tutor administering the property of a person of full age (286 C.C.Q.) and a hypothecary creditor who has obtained surrender (2768 C.C.Q.) of the property.

Finally, there are those who, by reference to the rules governing the administration of the property of others, have been recognized as having certain powers or obligations of an administrator of the property of others: the usufructuary (1142 C.C.Q.), the sequestrator (1145, 2308 C.C.Q.), the institute in a substitution (1224 C.C.Q.), the manager of the business of another (1484

C.C.Q.), general partners (2238 C.C.Q.) and special partners (2245 C.C.Q.).

On the basis of that list, and without taking the analysis too far, certain conclusions can be drawn. It must first be noted that the legislator has turned to the provisions governing the administration of the property of others for different purposes. He has done so primarily to render persons subject to that legal framework and thus “administrators of the property of others”. Such is the case for all persons who belong to the first three categories indicated above. The legislator has also used them to grant powers to or impose obligations on persons not deemed to be “administrators of the property of others.” The persons included in the fourth category are an example of this. Those provisions can therefore serve as either a supplementary system of rules or a system of reference.

Moreover, it is clear that an administrator of the property of others is, by definition, a person who administers a patrimony that is not his own. This is evident not only from the wording of article 1299 C.C.Q., but also from a cursory examination of the persons listed in the first three categories referred to above. In some instances, an “administrator” may also be an “owner”, as in the case of an heir who is designated as liquidator of the succession. But that is entirely dependent on the circumstances and there is no cause-and-effect relationship between the two roles. From a civil law perspective, it is not necessary for an administrator to acquire the subject’s rights over his property in order to be granted the powers arising from simple or full administration of it.

Finally, it can be seen that the concept of administrator of the property of others applies to persons who hold different powers, without this being due only to the distinction between simple and full administration. The liquidator of a succession and the tutor, for example, do not have the same powers over the property being administered. The powers particular to them under the rules governing succession or tutorship are complemented by those that derive from the rules governing the administration of the property of others. There is therefore coexistence of particular powers and of common powers provided that the administrator in question belongs to the family of “administrators of the property of others”. If another system of administration applies, such coexistence cannot occur unless the legislation declares so. That is what occurred with regard to persons included in the fourth category referred to

earlier. They are not administrators of the property of others and, in principle, the rules set out in the Title on *Administration of the property of others* do not apply to them. Some of these rules can apply only when there are derogations to this principle.

The comments made above clearly show that the trustee cannot currently be recognized in the civil law tradition as an “administrator of the property of others.”

By definition, an administrator of the property of others administers a patrimony that is not his own.¹⁴¹ Civil law organizes that type of administration on the basis of the notion of juridical power and not on the concept of rights.¹⁴² The administrator thus exercises powers over the property and not a right. It is not necessary to confer ownership of the property to enable him to act.

In this context, it does not seem possible to assert that the trustee is an administrator of the property of others. In similar fashion to the common law tradition, the *Bankruptcy and Insolvency Act* organizes the administration of a bankrupt’s property on the basis of the notion of right. Ownership of the bankrupt’s property is vested in the trustee,¹⁴³ who bases the legitimacy of his administration on that right. The farthest we can go towards a characterization of the trustee as an administrator of the property of others is to state that the role of *trustee* appears to be the functional equivalent of that of *administrator of the property of others*¹⁴⁴ in civil law. However, that does not make of him a true “administrator of the property of others”.

Accordingly, we cannot, other than for the purposes of functional equivalence, confer on the trustee a title which in civil law belongs to the family of administrators of the property of others. For example, we cannot refer to the trustee as a “*fiduciaire*” [“trustee” in the English version of the Civil Code]. Since the 1994 Civil Code reform, a “*fiduciaire*” has been an administrator of the property of others¹⁴⁵ who, unlike the “*syndic*” [“trustee” in the *B.I.A.*], holds no real right over the property of the trust patrimony.¹⁴⁶ While it was

¹⁴¹ Art. 1299 C.C.Q.

¹⁴² M. Cantin Cumyn, *supra* note 128 at 2-4.

¹⁴³ S. 71 (2) *B.I.A.*

¹⁴⁴ M. Cantin Cumyn, *supra* note 128 at 3.

¹⁴⁵ Art. 1278 C.C.Q.

¹⁴⁶ Art. 1261 C.C.Q.

possible in the past because of the vague and disputed conception of the “*fiduciaire*” in civil law to occasionally characterize the trustee as an owner-trustee¹⁴⁷ or assignee-trustee¹⁴⁸, those days are over.

Even if one were to admit for the purposes of discussion that the trustee is an administrator of the property of others, there appears to be another obstacle that would rule out applying the rules of the Title on *Administration of the property of others*. Under article 1299 C.C.Q., those rules apply except when another form of administration applies according to the law or to the constituting act, or due to circumstances. The *Bankruptcy and Insolvency Act* does in fact organize *another form of administration*. It is difficult if not impossible to deny that fact. That statute contains numerous provisions that specify the nature of the trustee’s administration. The legal framework is clearly laid out and it leaves few questions unanswered. While it is not perfect, it can certainly be said that it is sufficiently developed to be considered *another form of administration*. In such circumstances, the rules pertaining to the administration of the property of others do not serve as suppletive law.

Conclusion: *Status Quo* or More Fundamental Reform

Our analysis of the status of the trustee has highlighted two fundamental questions that are problematic in terms of the harmonization between the federal legislation and the *Civil Code of Québec*.

The first question pertains to the professional conduct of trustees. In English and Canadian law, the courts have analyzed the trustee’s duties and obligations on the basis of two principal notions. They have referred either to the trustee’s fiduciary duties and obligations, or, more generally, to the fact that the trustee must be considered an officer of the court. Québec courts, for their part, have relied almost exclusively on the notion of officer of justice.

In our view, this question does not present any problems in terms of harmonization. The concepts of “officer of the court”, “officer of justice” and “judicial officer” enjoy equivalent recognition in

¹⁴⁷ *Lefaiivre v. Côté*, *supra* note 20 at 692.

¹⁴⁸ *Civano Construction Inc.; Gingras v. Crédit MG Inc.*, *supra* note 124 at 145.

the system of civil law and in that of English law and their meanings are more or less the same. For greater clarity, it could obviously be desirable for a legislative enactment to explicitly provide that the trustee is to be considered an officer of justice. However, it does not follow that such an enactment must necessarily be included in the federal legislation. Jurisdiction over bankruptcy and insolvency is within the purview of a court whose organisation and operation fall under provincial authority. The *Quebec Code of Civil Procedure* already contains a number of rules regarding the "officer of justice". That concept is not defined anywhere as such and yet Quebec jurisprudence has had no difficulty in considering that it could refer to a lawyer, a bailiff or even a trustee ["syndic"]. It is for that reason that we feel the matter has already been settled in the jurisprudence and does not pose any harmonization problems.

One other aspect relative to the professional conduct of trustees that warrants attention is the matter of conflict of interest and deontology. The federal legislation now contains rules on that subject (ss. 13.3, 13.4, 13.5 *B.I.A.* and ss. 34 to 53 of the Rules). Those enactments do not raise harmonization problems either. Sections 13.3 to 13.5 *B.I.A.* do not set out any general standards and apply only to specific situations. Rules 34 to 53 have been drafted using neutral language that applies equally well to the systems of common law and civil law.

The only difficulties that could arise are related to conflicts of interest. Sections 13.3 to 13.5 *B.I.A.* address only a part of that question. It is possible to think of cases not covered by those sections that could warrant a trustee's removal by a court on the ground that the trustee is in a situation of conflict of interest. It is only in such a context that it would be required to determine under which legal institution the conflict should be analysed.

In the common law provinces, as in English law, the notions of the trustee's fiduciary duties and obligations have proven useful at certain times. The attitude Quebec courts would adopt is not obvious. They could certainly refer to Rule 44, which provides that a trustee shall avoid "any influence, interest or relationship that impairs, or appears in the opinion of an informed person to impair, their professional judgment." Upon reflection, that Rule is no doubt

sufficient to enable the Quebec courts to resolve problems of conflict of interest without being obliged to turn to common law concepts or institutions. Quebec courts could identify appropriate solutions by drawing on the case law of the other provinces and of English law when necessary. However, they could just as easily take into consideration the rules applicable to similar institutions such as, for example, the rules that apply to mandataries or to administrators of the property of others.

The second major question relating to harmonization touches on the right of fiduciary ownership that the trustee holds over a bankrupt's property, a concept that comes directly from English law. The trustee becomes the owner of the property, but for a very specific purpose: to liquidate it, essentially for the benefit of the creditors as a whole. In our view, there are no similar concepts or institutions in the civil law system. The latter in effect organizes that type of situation on the basis of the notion of legal power and not that of a subjective right. For example, in the *Civil Code of Québec*, in the Chapter on Trust (ss. 1260ff. C.C.Q.), the legislation confers on the trustee all of the powers needed to administer the trust patrimony but has made a point of ensuring that no person, including the trustee, has any real right over the patrimony.

In other words, the only way in which harmonization can take place in that regard is by calling into question the trustee's fiduciary ownership. Such a notion cannot be retained for the common law provinces while using a different notion for the province of Quebec. The need for uniformity and efficiency of the bankruptcy system runs counter to this. It is difficult to imagine how the trustee could be considered the owner of the bankrupt's property in one province while holding that same property in a different capacity in Quebec. A reform of the trustee's status for harmonization purposes would imply eliminating the trustee's right of fiduciary ownership. We are not convinced that such a reform would actually be advisable, for a number of reasons.

The concept of fiduciary ownership has been in place for a very long time in the English tradition. It was used in the first English statutes on bankruptcy, with however certain adjustments. Calling that concept into question would be no simple matter.

Moreover, since this concept is the cornerstone of the bankruptcy system, before one proceeds to eliminate it, there should be further research on the probable or even foreseeable consequences of such a change. To sum it up, everything leads to the question of how far we wish to go in our concern with harmonization. The authors of this study are inclined, at this juncture, to adopt a cautious attitude in that regard.

If a more aggressive policy were to be considered, the best approach would probably be to strip the trustee of his role as fiduciary owner and to confer on him the same powers as those of the liquidator of a legal person. Such a solution would have two advantages. First, it would be unlikely to provoke excessive reactions among common law practitioners. The notion of a liquidator who does not own the property being wound up has been known for quite some time in English and Canadian law. In reality, in cases of insolvency, there is little difference between the objective sought through the bankruptcy of a legal person and the winding-up of the latter. Second, the liquidator of a legal person can easily be equated with the administrator of the property of others.

However, if such a proposed reform were to be adopted, it would be necessary to make quite certain that it would not entail unwanted changes in positive law (e.g. opposability of certain contractual stipulations). It would also be necessary to review all provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* under which the trustee is deemed to be an owner of the property.