

Présentation des propositions d'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec le droit civil québécois

GROUPE DU BIJURIDISME ET DES SERVICES D'APPUI À LA
RÉDACTION

DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA¹

*Ce texte présente les principales propositions d'harmonisation de la Loi
sur la faillite et l'insolvabilité avec le droit civil québécois.*

Plan

Introduction	23
Propositions en matière de procédure	24
1. La procédure de mise en faillite forcée	24
2. La procédure d' <i>interpleader</i>	29
Propositions en matière de sûretés	32
3. Charges / <i>Charges</i>	32
4. Hypothèque / <i>Mortgage</i>	36
5. Faculté de réméré / <i>Equity of redemption</i>	37
Proposition en matière de biens	39
6. La définition de « bien / <i>property</i> »	39
Propositions en matière d'obligations	43
7. La nullité et l'opposabilité des contrats	43
8. La dénomination des parties à un bail	45
9. La terminologie en matière de représentation	46
Autres propositions	50
10. La notion de « commerce / <i>business</i> »	50
11. L'article 15.1 L.F.I.	55
Conclusion	56

Introduction

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² est une loi qui fait appel au droit privé à titre complémentaire. Bien qu'on ait souvent eu tendance à qualifier la L.F.I. de « code complet », force est de reconnaître qu'elle ne constitue pas un ensemble de règles autonomes. En effet, la L.F.I. qui a pour raison d'être les limites du droit privé de gérer les relations entre les créanciers et les débiteurs dans un contexte d'insolvabilité, est parmi les lois fédérales la plus empreinte de notions et concepts de droit privé. Elle occupe le champ de l'insolvabilité en conservant en arrière-plan le droit privé comme support. D'ailleurs, l'article 72(1) est de ce point de vue très éloquent³.

Malgré cet état de complémentarité, la L.F.I. est truffée de concepts et de termes étrangers au droit civil québécois. Son application sur une base quotidienne peut parfois causer des maux de tête dans des contextes qui en causent déjà passablement. La relation qu'entretient la communauté juridique civiliste avec la L.F.I. a déjà été qualifiée de *modus vivendi*, un peu comme si les praticiens, rompus à la tâche parfois fort complexe de déterminer l'intention du législateur, avaient développé, à coups de consensus et de pratiques admises, une façon de gérer les dossiers d'insolvabilité et de faillite.

Au terme de nos analyses, nous avons constaté que bon nombre de problèmes relevés dans la L.F.I. sont d'ordre terminologique, tels que la dénomination des parties à un bail et la terminologie en matière de représentation. D'autres problèmes soulèvent des questions d'ordre conceptuel plus ou moins complexes, tels que la terminologie en matière de sûretés et la notion de « commerce / business ».

² L.R.C. (1985), c. B-3 (ci-après citée : « L.F.I. »).

³ L'article 72(1) L.F.I. se lit comme suit :

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

Par contre, certains problèmes d'ordre conceptuel demeurent irrésolus. Paradoxalement, ils posent les questions les plus intéressantes du droit de la faillite : quel est le statut du syndic? La fiducie québécoise est-elle assujettie à la L.F.I.? Comment transposer le concept de « disposition de biens » en droit civil? Doit-on rendre applicables, dans un contexte civiliste, les règles de la compensation en *equity*? Ces questions font l'objet d'autres études dans le présent numéro spécial.

Les propositions présentées dans le présent texte ne sont pas exhaustives et ne constituent en aucune façon le dernier mot sur la présente phase d'harmonisation.

Propositions en matière de procédure

1. La procédure de mise en faillite forcée

L'article 43(1) L.F.I. prévoit que la procédure de mise en faillite forcée peut être introduite par une « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre » :

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

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

La pétition en vue d'une ordonnance de séquestre nécessite une harmonisation avec la procédure reconnue devant les tribunaux québécois de droit commun puisque le terme « pétition » n'est pas utilisé dans le *Code de procédure civile* pour désigner une procédure introductive d'instance au Québec pas plus d'ailleurs que toute autre procédure. De même, il y aurait peut-être lieu d'harmoniser cette procédure avec des procédures semblables en common law.

Cette harmonisation est d'autant plus nécessaire que la L.F.I. et les *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*⁴ ne prétendent

⁴ *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, C.R.C., c. 368, (ci-après citées : « R.G.F.I. »).

pas codifier toutes les règles relatives à cette procédure et, par conséquent, il faut à l'occasion faire appel aux règles du droit privé.

L'origine de la pétition en vue d'une ordonnance de séquestre en common law

La pétition en vue d'une ordonnance de séquestre (*petition for a receiving order*) est une ancienne procédure appartenant à la tradition du droit anglais. Elle évoque le mécanisme du *receivership*, soit le moyen par lequel une personne désignée par contrat ou par le tribunal prend possession des biens d'un tiers pour les conserver, voire pour les réaliser. Cette procédure permettait, en matière de faillite, de nommer un syndic à titre de *receiver* ce qui avait pour effet de dessaisir le débiteur de ses biens et de suspendre les droits des créanciers⁵.

De nos jours, il n'est plus nécessaire de qualifier le jugement de mise en faillite forcée d'« ordonnance de séquestre ». En effet, la L.F.I. prévoit bien davantage que le simple dessaisissement du débiteur de ses biens au profit d'un « syndic / *receiver* », elle permet au syndic de devenir propriétaire fiduciaire des biens⁶. Aussi, lorsque la L.F.I. permet aux juges siégeant en matière de faillite de prononcer des « ordonnances de séquestre », elle fait référence à un mécanisme qui décrit mal les effets de la faillite.

De plus, il semble que la formule *petition for a receiving order* n'est plus l'expression consacrée en common law. En effet, la jurisprudence émanant des provinces de common law utilise de plus en plus souvent les expressions *bankruptcy application* et *bankruptcy order*.

L'article 3 se lit ainsi :

Dans les cas non prévus par la Loi ou les présentes règles, les tribunaux appliquent, dans les limites de leur compétence respective, leur procédure ordinaire dans la mesure où elle est compatible avec la Loi et les présentes règles.

⁵ *An Act to consolidate the Law relating to Bankruptcy*, 1914, c. 59, art. 14 et 48(2) (R.-U.). Voir : Alma ROPER (dir.), *Ringwood's Principles of Bankruptcy*, 16^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1930, p. 62.

⁶ Art. 71(2) L.F.I. Voir également le texte sur le statut du syndic dans le présent numéro.

Il est à noter que du point de vue de la common law, le terme généralement retenu pour désigner une procédure introductive d'instance qui est de la nature d'une requête est d'ailleurs l'*application*. Le terme *motion* quant à lui désigne plutôt les procédures interlocutoires⁷.

Droit civil québécois

En droit québécois, le mot « pétition » a déjà eu le sens de demande en justice. Il s'agissait alors de la pétition de droit⁸ et de l'action pétitoire⁹. Ce terme n'est plus utilisé qu'en relation avec une demande de reconnaissance d'hérédité, la pétition d'hérédité¹⁰.

Il n'existe que deux types de procédure introduisant une instance principale. Tout d'abord, comme le *Code de procédure civile* le prévoit :

À moins qu'il n'en soit autrement prescrit, une demande en justice est introduite par une déclaration (declaration).¹¹

⁷ Daphne A. DUKELOW et Betsy NUSE, *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1995, p. 62; Earl JOWITT, Clifford WALSH et John BURKE (dir.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell Limited, 1977, p. 119 et 1206.

⁸ La « pétition de droit » désignait la demande d'autorisation qu'une personne ayant un recours contre le gouvernement adressait au Souverain. Les articles 94 et suiv. C.p.c. prévoient maintenant le cadre des recours contre l'État, lesquels doivent être introduits par déclaration ou requête. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 417.

⁹ En vertu de l'ancien code, l'« action pétitoire » visait la protection en justice des biens immobiliers. Les articles du *Code de procédure civile* relatifs au « pétitoire » ont été abrogés par le législateur québécois avec l'introduction de l'article 912 C.c.Q. prévoyant que le propriétaire peut agir en justice pour faire reconnaître son titre. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 535.

¹⁰ Art. 626 C.c.Q. Bien que la pétition d'hérédité soit de l'essence d'une réclamation, elle ne désigne pas la procédure employée pour la faire valoir devant le tribunal.

¹¹ Art. 110 C.p.c.

Il s'agit, en fait, de la procédure générale. Par exemple, les injonctions sont introduites par déclaration¹². Le *Code de procédure civile* prévoit plus loin que certaines procédures relatives aux personnes et aux biens sont introduites par requête (*motion*)¹³. Les requêtes servent également à introduire des demandes en jugement déclaratoire¹⁴ et les recours extraordinaires¹⁵. En ce qui concerne la pétition d'hérédité, c'est au moyen d'une requête que l'on introduira la demande devant le tribunal¹⁶. Il est à noter qu'à compter du 1^{er} janvier 2003, seule la requête permettra d'introduire une instance devant un tribunal de droit commun au Québec¹⁷.

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

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

Toutefois, il semble que l'usage du terme requête est une désignation constamment utilisée. La doctrine emploie également le terme requête et les expressions « requête de mise en faillite »,

¹² Art. 752 C.p.c.

¹³ Art. 762 C.p.c.

¹⁴ Art. 453 C.p.c.

¹⁵ Art. 834 et suiv. C.p.c.

¹⁶ Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 93 et suiv., p. 81 et suiv.

¹⁷ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7.

« requête en faillite » et « requête de faillite »¹⁸. On peut également établir quelques rapprochements entre la pétition en faillite et la requête de droit civil en ce qui concerne la forme de la procédure¹⁹, l'attestation par un affidavit²⁰, la signification de la procédure et de l'affidavit²¹, et le fait qu'elle soit expressément prévue par la loi²².

D'ailleurs, il est intéressant de noter que la L.F.I. a été modifiée à l'occasion des statuts révisés du Canada de 1970 avec l'introduction, dans la version française uniquement, du titre « Requête de mise en faillite » coiffant la section de la loi prévoyant la procédure de mise en faillite forcée d'un débiteur.

Propositions d'harmonisation

L'expression « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre / *petition for a receiving order* », telle que formulée dans la L.F.I., avait des fondements historiques qui n'ont plus de signification aujourd'hui. Cette expression ne semble plus être utilisée de façon exclusive et consacrée par la jurisprudence canadienne et, n'a de plus, aucune signification en droit civil. La « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre / *petition for a receiving order* » présente des similitudes avec les procédures plus modernes de « requête » et d'*application*. Nous proposons le remplacement de l'expression « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre / *petition for a*

¹⁸ Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 111 et suiv.; Jean-Yves FORTIN et Bernard BOUCHER, *Insolvabilité commerciale et personnelle*, coll. « Aide-mémoire », 1^{re} éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 52 et suiv.

¹⁹ Selon le professeur Albert Bohémier, la « pétition en faillite » prend la forme d'une requête puisque c'est ce que prévoit l'article 11 R.G.F.I. : A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 18, p. 173. M^c Bernard Boucher s'appuie à son tour sur l'article 11 R.G.F.I. pour affirmer que les demandes introductives d'instance en matière de faillite devraient être faites au moyen d'une requête. Bernard BOUCHER, « La juridiction de la Cour de faillite : une perspective québécoise », (1994) 24 C.B.R. (3d) 61, 66. L'article 11 R.G.F.I. prévoit que :

Sous réserve des autres dispositions des présentes règles, toute demande au tribunal se fait par requête ou par motion, à moins que celui-ci n'en ordonne autrement.

²⁰ Art. 763 C.p.c. et 43(3) L.F.I.

²¹ Art. 764 C.p.c. et 70(1) R.G.F.I.

²² Art. 110 et 762 C.p.c. et 43(1) L.F.I.

receiving order » par l'expression « requête en faillite / *bankruptcy application* ».

Il serait aussi souhaitable de préciser par une définition que *bankruptcy application* est une *motion* dans la province de Québec. Ceci éviterait de répéter chaque fois les termes *application* et *motion*, tout en précisant qu'il s'agit bien d'une requête pour l'auditoire de droit civil d'expression anglaise.

Cette proposition a pour effet d'établir un lien plus clair avec le droit supplétif en matière de procédure civile dans les cas où la L.F.I. ou les *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* sont silencieuses.

En ce qui concerne le résultat escompté par le dépôt de cette « requête », nous proposons le remplacement de l'expression « ordonnance de séquestre / *receiving order* » par l'expression « ordonnance de faillite / *bankruptcy order* », le terme « faillite / *bankruptcy* » étant par ailleurs déjà défini dans la L.F.I.²³.

2. La procédure d'*interpleader*

La L.F.I. évoque un certain nombre de procédures dont la désignation et le fonctionnement sont parfaitement inconnus du droit civil. C'est le cas de la procédure d'*interpleader*. Le législateur en fait mention dans la version anglaise de l'article 42(1)e) L.F.I. en prévoyant que :

A debtor commits an act of bankruptcy in each of the following cases:

...

(e) if the debtor permits any execution or other process issued against the debtor under which any of the debtor's property is seized, levied on or taken in execution to remain unsatisfied until within five days from the time fixed by the sheriff for the sale thereof or for fifteen days after the seizure, levy or taking in execution, or if any of the debtor's property has been sold by the sheriff, or if the execution or other process has been held by the sheriff for a period of fifteen days after written demand for payment without seizure, levy or taking in execution or satisfaction by payment, or if it is returned endorsed to the effect that the

²³ La définition de « faillite » se lit ainsi : « L'état de faillite ou le fait de devenir en faillite. » Art. 2(1) L.F.I.

*sheriff can find no property whereon to levy or to seize or take, but where **interpleader** proceedings have been instituted with respect to the property seized, the time elapsing between the date at which the proceedings were instituted and the date at which the proceedings are finally disposed of, settled or abandoned shall not be taken into account in calculating the period of fifteen days.*²⁴ (L'emphase est de nous.)

L'article 42(1)e) L.F.I. prévoit ainsi qu'un débiteur commet un acte de faillite s'il n'a pas remboursé le créancier qui a procédé à une exécution forcée sur ses biens cinq jours avant leur mise en vente par l'huissier-exécutant ou quinze jours après la saisie. Pour les fins du calcul de ces délais, on ne compte pas les jours durant lesquels se déroule une instance d'*interpleader*. La version française renvoie à la procédure d'opposition.

L'origine de la procédure d'interpleader

L'*interpleader*, qui se traduit en français par le terme « entreplaiderie »²⁵, est une procédure propre à la common law. Elle permet à une personne (appelée *stakeholder*), poursuivie par deux parties à l'égard d'un même bien dont elle ne revendique pas la

²⁴ La version française de cet article prévoit que :

Un débiteur commet un acte de faillite en chacun des cas suivants :

[...]

*e) s'il permet qu'une exécution ou autre procédure contre lui, et en vertu de laquelle une partie de ses biens est saisie, imposée ou prise en exécution, reste non réglée cinq jours avant la date fixée par l'huissier-exécutant pour la vente de ces biens, ou durant les quinze jours suivant la saisie, imposition ou prise en exécution, ou si les biens ont été vendus par l'huissier-exécutant, ou si l'exécution ou autre procédure a été différée par ce dernier pendant quinze jours après demande par écrit du paiement sans saisie, imposition ou prise en exécution, ou règlement par paiement, ou si le bref est retourné portant la mention que l'huissier-exécutant ne peut trouver de biens à saisir, imposer ou prendre; cependant, lorsque ont été intentées des **oppositions** au sujet des biens saisis, le temps qui s'écoule entre la date à laquelle ces procédures ont été intentées et la date à laquelle il est définitivement statué sur ces procédures, ou à laquelle celles-ci sont définitivement réglées ou abandonnées, ne peut être compté dans le calcul de cette période de quinze jours; (L'emphase est de nous.)*

²⁵ Voir les banques de données terminologiques informatisées JURITERM du Centre de traduction et de terminologie juridique de la faculté de droit de l'Université de Moncton et TERMIUM®.

propriété, de s'adresser au tribunal afin de forcer les parties poursuivantes à débattre devant lui de leur réclamation respective²⁶. Il s'agit d'une forme de jonction de recours²⁷.

En somme, l'article 42(1)e) L.F.I. vise à permettre à la personne ne possédant aucun intérêt dans le bien faisant l'objet du litige d'éviter la présomption d'acte de faillite en s'adressant au tribunal²⁸.

Il importe de rappeler que l'article 42(1)e) L.F.I. traite de la saisie ou exécution de bien dont le débiteur est propriétaire, ce qui peut faire douter de l'utilité de référer à la procédure d'*interpleader* dans ce contexte. Ce doute se dissipe cependant dans la mesure où il s'agit de repousser un acte de faillite.

Droit civil québécois

Au Québec, en contexte d'exécution forcée des jugements, si deux créanciers tentaient de faire valoir leur jugement en pratiquant une saisie sur des biens, la personne se trouvant en possession de ces biens sans en être propriétaire n'aurait tout simplement pas l'intérêt juridique suffisant pour s'opposer à la saisie²⁹. D'autres procédures seraient sans doute pertinentes dans un tel contexte, telle une requête en irrecevabilité.

Dans la mesure où il est utile de renvoyer à la notion d'*interpleader* en common law, il nous semble que l'article 42(1)e) L.F.I.

²⁶ Étymologiquement, *inter* signifie « entre » et *pleader* désigne les parties poursuivantes. *Règles de procédure civile*, R.R.O., 1990, c. 194, art. 43.05; Garry D. WATSON, « Rule 43 Interpleader », dans Garry D. WATSON et Craig PERKINS (dir.), *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 4, Scarborough, Carswell, 1993, p. 43-1, aux pages 43-3 et suiv.

²⁷ Bryan A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, Minn., West Group, 1999, p. 823; D.A. DUKELOW et B. NUSE, *op. cit.*, note 7, p. 626.

²⁸ La procédure d'*interpleader* est justement conçue comme un moyen de se protéger à l'encontre de poursuites : G.D. WATSON, *loc. cit.*, note 26, p. 43-7.

²⁹ *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Campbell*, [1990] R.D.F.Q. 47 (C.Q.) (rés.); *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Société de gestion Beaupharc*, [1990] R.D.F.Q. 51 (C.Q.) (rés.); Charles BELLEAU, « Exécution des jugements », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 2^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 158.

doit aussi permettre d'éviter la présomption d'acte de faillite lorsqu'une personne a une cause légitime pour s'opposer aux procédures de saisie.

L'article 42(1)e) L.F.I. renvoie donc à bon droit à la procédure d'opposition à la saisie. Il devrait aussi le faire dans sa version anglaise.

Propositions d'harmonisation

Nous proposons d'ajouter le terme *opposition* dans la version anglaise de l'article 42(1)e) L.F.I. pour le bénéfice de l'auditoire de droit civil d'expression anglaise.

D'autre part, le terme « entreplaiderie » devrait être ajouté à la version française pour le bénéfice de l'auditoire de common law d'expression française.

Serait-il par ailleurs nécessaire de prévoir toute autre forme « d'opposition » ou de contestation dans le cadre de l'article 42(1)e) L.F.I. avant de conclure à un acte de faillite?

Propositions en matière de sûretés

3. Charges / Charges

Contrairement au législateur québécois, le législateur fédéral emploie régulièrement le terme « charge » pour désigner des mécanismes de sûreté³⁰. L'utilisation de ce terme peut porter à confusion en droit civil puisque le mot « charge » a une signification large et, par conséquent, son sens peut varier en fonction du contexte dans lequel il est utilisé.

Droit civil québécois

En droit civil, le terme « charge » n'est pas le terme le plus adéquat pour désigner un mécanisme de sûreté. Le Code civil utilise ce terme dans différents contextes : donation avec charge (art.

³⁰ Par exemple, aux articles 42(1)c), 14.06(7) et 47.2(1) L.F.I.

173), charges communes (art. 1019), la servitude est une charge (art. 1177), droits et charges (art. 1209), hypothèque ou charges (art. 3019), etc. Bien que le mot « charge » soit suffisamment large pour englober un mécanisme de sûreté³¹, on constate par ailleurs que dans le Code civil, le législateur n'utilise pas le mot « charge » quand il veut parler spécifiquement d'un mécanisme de sûreté. Le terme utilisé est alors le mot « sûreté » (*security*) que l'on retrouve souvent dans l'expression « fournir une sûreté » (art. 209).

En droit civil, le mot « sûreté » est donc préférable au mot « charge » pour désigner un mécanisme de sûreté. Il faut cependant retenir que le terme « sûreté » englobe les hypothèques et les priorités, mais aussi le cautionnement, et peut aussi inclure les autres mécanismes à caractère réel ou personnel qui visent principalement à garantir l'exécution d'une obligation (réserve de propriété, lettre de crédit, etc.).

Notons que le terme « charge » est généralement défini comme une « limitation du droit de propriété d'un immeuble, corrélatrice à un droit réel, telle l'hypothèque et la servitude »³². Ainsi, il semble bien que l'usage du terme « charge » se limite au droit immobilier³³. Le terme « charge » ne viserait donc pas les priorités non constitutives de droit réel.

³¹ Comme l'illustre l'article 1209 C.c.Q. :

*À la fin de l'emphytéose, le propriétaire reprend l'immeuble libre de tous droits et **charges** consentis par l'emphytéote, sauf si la fin de l'emphytéose résulte d'une résiliation amiable ou de la réunion des qualités de propriétaire et d'emphytéote dans une même personne.* (L'emphase est de nous.)

³² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1994, p. 130; Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 84; Michel FILION, *Dictionnaire du Code civil du Québec*, Saint-Nicolas, Éditions associations et entreprises, 1998, p. 79; H. Reid, *op. cit.*, note 8, p. 83; Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, p. 347.

³³ M^{es} Roger P. Simard et Antoine Leduc affirmaient récemment que le terme « charge » ne réfère pas qu'à une limitation du droit de propriété d'un immeuble, corrélatrice à un droit réel, tel l'hypothèque ou la servitude, mais également à toute obligation ou limitation, corrélatrice à un droit personnel, notamment imposée par la loi. Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, « Affaire *Château d'Amos* : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral? », dans *Développements récents en droit administratif (2000)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 85, à la page 109. Or, la définition à laquelle ces auteurs font référence précise que les droits personnels dont il est question (droits du locataire, faculté de réméré, droit

Cela ne signifie pas qu'il faille remplacer systématiquement le mot « charge » par le mot « sûreté » dans la L.F.I. Il faut tout d'abord s'assurer que le mot « charge » ait été à l'origine utilisé uniquement pour désigner un mécanisme de sûreté. Si le mot « charge », en plus de viser certains mécanismes de sûreté, vise également les démembrements du droit de propriété, il y a alors lieu de continuer à utiliser le mot « charge » dans un contexte immobilier. Ce dernier englobera le concept de sûreté réelle alors que le mot sûreté exclut bon nombre de concepts que recouvre le mot « charge ».

Ainsi, à titre d'exemple, selon le contexte de l'article 42(1)c), il apparaît que le mot « charge » a un sens large et inclut des actes qui tout en étant ni des transports, ni des transferts, ni des sûretés n'en constituent pas moins des actes susceptibles de procurer des préférences frauduleuses, tels des démembrements du droit de propriété³⁴. Dans ce cas, il y a lieu de conserver le terme « charge » puisque selon ce contexte précis, où un immeuble peut être en cause, le terme « sûreté » a un sens trop restreint.

Common law

En common law, le mot « charge » semble avoir un sens similaire. Selon la définition à laquelle on se rapporte généralement :

*“Charge” as applied to property signifies that it is security for the payment of a debt or performance of an obligation. It is a general term, and therefore includes mortgages, liens, writs of execution, etc., but is also applied in a restricted sense to cases where the security has no special name, and where there is not necessarily a personal debt.*³⁵

imposé par règlement de zonage, limitation provenant de l'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale) constituaient tous sous le régime de l'ancien Code, soit à l'époque où cette définition a été rédigée, des limitations au droit de propriété d'un immeuble. P.-A. CRÉPEAU (dir.), *op. cit.*, note 32, p. 84 et 85.

³⁴ L'article 42(1)c) se lit ainsi :

Un débiteur commet un acte de faillite en chacun des cas suivants :

[...]

c) si, au Canada ou à l'étranger, il fait un transport ou transfert de ses biens, ou d'une partie de ces derniers, ou les grève d'une charge, et qu'une telle transaction serait nulle, d'après la présente loi, comme entachée de préférence frauduleuse;

³⁵ E. JOWITT, C. WALSH et J. BURKE (dir.), *op. cit.*, note 7, p. 321; voir *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 80. On retrouve des définitions similaires dans :

Toutefois, l'usage du terme « charge » est plus répandu qu'en droit civil afin de désigner les mécanismes de sûreté et est utilisé autant dans le domaine immobilier que mobilier. Ceci signifie que les termes *charge* et *security*, du point de vue de la common law, seraient équivalents.

Il est intéressant de mentionner qu'en théorie, la « charge » se distinguait de l'hypothèque immobilière (*mortgage*) puisqu'il s'agissait d'une sûreté grevant non pas le bien mais le titre légal sur le bien lequel passait entre les mains du créancier hypothécaire, opérant ainsi un transfert du droit de propriété³⁶. Toutefois, en pratique, lorsqu'elle est inscrite au registre cadastral Torrens, l'hypothèque immobilière n'opère pas de transfert du droit de propriété et peut ainsi être désignée par le mot « charge »³⁷, tout comme l'hypothèque de droit civil.

Propositions d'harmonisation

Nous proposons l'emploi du terme générique « sûreté / *security* » lorsque le terme « charge / *charge* » est employé pour désigner des mécanismes de sûreté. Cette solution a l'avantage d'être simple et compréhensible dans les deux systèmes de droit privé. Toutefois, d'autres modifications terminologiques peuvent être appropriées, tout dépendant du contexte.

Il y a lieu d'utiliser le mot « charge » lorsque la L.F.I. vise les démembrements du droit de propriété (servitude, emphytéose,

D.A. DUKELOW et B. NUSE, *op. cit.*, note 7, p. 175 et B.A. GARNER (dir.), *op. cit.*, note 27, p. 227.

³⁶ Wesley B. RAYNER et Richard H. MCLAREN (dir.), *Falconbridge on Mortgages*, 4^e éd., Agincourt, Canada Law Book, 1977, p. 11; Joseph E. ROACH, *Les hypothèques immobilières en common law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 9; Bruce ZIFF, *Principles of Property Law*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 407.

³⁷ En Alberta : *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5; en Colombie-Britannique : *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250; au Manitoba : *Loi sur les biens réels*, L.R.M. 1988, c. R30; au Nouveau-Brunswick : *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.B. 1981, c. L-1.1, mod. par la *Loi modifiant la Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.B. 1984, c. 48, et par la *Loi modifiant la Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.B. 1986, c. 49; en Ontario : *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L.5; en Saskatchewan : *Land Titles Act*, R.S.S. 1978, c. L-5; dans les Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur les titres de biens-fonds*, L.R.T.N.-O. 1988, c. 8 (suppl.); au Yukon : *Loi sur les titres de biens-fonds*, L.Y. 1991, c. 11.

etc.) en plus de viser des mécanismes de sûreté. Par exemple, dans le cas des articles 42(1)c) et 72(2) L.F.I., l'emploi du terme « charge » est adéquat et aucune modification n'est proposée. Dans des contextes où les biens meubles et immeubles sont visés, il pourrait être souhaitable d'utiliser les deux notions.

Rappelons que les termes *charge* et *security* sont équivalents en common law et que le terme « sûreté » seul convient dans un contexte mobilier en droit civil.

4. Hypothèque / Mortgage

Il arrive fréquemment de trouver dans les lois fédérales un renvoi aux hypothèques de droit civil dans la version française, et aux *mortgages* de common law dans la version anglaise³⁸. Or, d'un point de vue conceptuel, ces deux formes de sûretés se distinguent fondamentalement.

Droit civil québécois

En droit civil, l'hypothèque est un droit réel accessoire³⁹. Il découle de ceci que l'hypothèque est nécessairement subordonnée au droit de propriété⁴⁰. En d'autres mots, la constitution d'une hypothèque en droit civil n'est génératrice d'aucun effet immédiat sur le titre de propriété du débiteur lequel demeure entre les mains de ce dernier⁴¹.

Common law

En common law, en principe, la situation est tout autre. En effet, la constitution d'un *mortgage* opère un transfert du titre de propriété en faveur du créancier, un peu à la manière d'une vente

³⁸ C'est le cas de l'article 72(2) L.F.I. Cette association peut ne pas surprendre au Québec, on emploie couramment le mot « hypothèque » en français et *mortgage* en anglais. Voir, par exemple, les publicités des banques en matière de prêts.

³⁹ Art. 2660 et 2661 C.c.Q.

⁴⁰ Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 192; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 111 et suiv., p. 54 et suiv.

⁴¹ Art. 2733 C.c.Q.

conditionnelle⁴². L'*equity law* reconnaît toutefois au débiteur hypothécaire une faculté de réméré, soit le droit de racheter le bien en remboursant complètement le créancier⁴³. Cette faculté est particulière au système de common law.

Propositions d'harmonisation

Au-delà de ces particularités systémiques, l'hypothèque et le *mortgage* servent aux mêmes fins, notamment en matière immobilière. Ainsi, le législateur fédéral a souvent intérêt à référer à ces deux mécanismes de garantie dans le même article. Le respect des deux traditions juridiques implique l'utilisation de la terminologie propre à chacun des systèmes de droit privé et ce, dans les deux langues officielles. C'est pourquoi nous proposons l'usage du terme anglais *hypothec* pour l'auditoire civiliste d'expression anglaise, à côté du terme *mortgage*. Le terme « hypothèque » est, quant à lui, employé dans les deux systèmes et ne pose aucun problème d'harmonisation.

5. Faculté de réméré / *Equity of redemption*

La L.F.I. prévoit que le syndic peut enjoindre au créancier de produire une preuve de garantie lorsque le titre portant sur des biens faisant partie de la faillite est grevé d'une garantie⁴⁴. Si le créancier fait défaut, le syndic peut demander l'autorisation au tribunal de se départir des biens libres de cette garantie⁴⁵. Si le créancier évalue sa garantie dans le cadre de la preuve de garantie, le syndic peut décider d'examiner les biens faisant l'objet de la garantie⁴⁶ et de racheter celle-ci, ce qui va suspendre le processus de réalisation des biens garantis⁴⁷.

Selon l'article 130, le créancier garanti peut, après avoir évalué sa garantie, exiger du syndic qu'il fasse savoir s'il va exercer sa

⁴² W.B. RAYNER et R.H. MCLAREN (dir.), *op. cit.*, note 36, p. 16 et 17; J.E. ROACH, *op. cit.*, note 36, p. 3 et suiv.

⁴³ W.B. RAYNER et R.H. MCLAREN (dir.), *op. cit.*, note 36, p. 40; B. ZIFF, *op. cit.*, note 36, p. 387 et 388.

⁴⁴ Art. 128(1) L.F.I.

⁴⁵ Art. 128(1.1) L.F.I.

⁴⁶ Art. 79 L.F.I.

⁴⁷ Art. 128(3) L.F.I.

prérogative de racheter la garantie ou de réaliser la garantie. Si le syndic néglige de répondre dans un délai d'un mois, le créancier peut alors considérer que le syndic a renoncé à sa « faculté de réméré » et les droits du syndic sur le bien lui sont alors transférés⁴⁸. Cette notion de « faculté de réméré / *equity of redemption* » est inconnue en droit civil.

Droit civil québécois

En droit civil, le débiteur ne possède pas une telle « faculté de réméré » puisqu'il demeure propriétaire du bien. Aussi, strictement parlant, le syndic, du point de vue du droit civil, ne pourrait pas « exercer sa faculté de réméré » puisque le titre de propriété qui était entre les mains du débiteur failli lui a été dévolu et qu'il en est lui-même devenu propriétaire⁴⁹. Comment racheter un bien dont on est déjà propriétaire? Du point de vue du droit civil, le syndic pourrait simplement « rembourser » entièrement le créancier, soit accomplir l'obligation à laquelle était tenu le débiteur failli⁵⁰.

Common law

Du point de vue de la common law, le syndic prolonge la personne du failli à qui l'on reconnaît une « faculté de réméré / *equity of redemption* ». Par exemple, dans le cas d'un *mortgage*, le *legal title* du bien passe entre les mains du créancier comme il l'aurait fait au terme d'une vente et le débiteur peut toujours se réapproprier le titre en le rachetant des mains du créancier⁵¹.

Propositions d'harmonisation

L'expression « faculté de réméré / *equity of redemption* », dans ce contexte précis, ne veut rien dire pour le civiliste. En fait, il ressort de l'article 130 L.F.I. que le syndic renonce au bien et que

⁴⁸ *In re Struthers*, (1925) 5 C.B.R. 175 (Ont. S.C.); *In re Blais*, (1936) 17 C.B.R. 411 (Sask. Dist. Ct).

⁴⁹ Art. 71(2) L.F.I.

⁵⁰ C'est l'essence de la décision du juge Denis Lévesque de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Banque nationale du Canada c. Restaurant Ocean Drive Inc.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 724 (C.S.), conf. par [1998] R.J.Q. 1766 (C.A.).

⁵¹ J.E. ROACH, *op. cit.*, note 36, p. 7 et 8.

celui-ci est transféré au créancier⁵². Ceci en common law équivaut au *foreclosure*⁵³.

Par contre, en droit civil, il est loin d'être évident que l'on réfère au « délaissement forcé »⁵⁴. En effet, en général, même du fait du délaissement, le créancier n'est pas pour autant propriétaire du bien.

Devant cette difficulté, nous proposons une façon plus neutre d'exprimer la règle en référant implicitement aux deux systèmes de droit privé.

Proposition en matière de biens

6. La définition de « biens / property »

La version française de l'article 2(1) L.F.I. définit le mot « bien » comme étant :

Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

On peut comparer le libellé de cette disposition avec celui de la version anglaise qui prévoit que :

"property" includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere, and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property.

Cette définition comprend une énumération d'éléments et, dans la version française, une affirmation. Ces deux versions linguistiques ne sont pas équivalentes et ne reflètent pas les deux systèmes juridiques ni les quatre auditoires présents au Canada.

⁵² D'ailleurs, le montant de la réclamation du créancier est diminué du montant auquel était évaluée la garantie. Art. 130 L.F.I.

⁵³ Lloyd W. HOULDEN et Geoffrey B. MORAWETZ, *The 2002 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Carswell, 2001, p. 528.

⁵⁴ Art. 2765 C.c.Q.

Droit civil québécois

En droit civil, un bien est une chose susceptible d'appropriation⁵⁵. En fait, les « biens » sont les choses qui, étant dans le commerce, sont susceptibles de faire partie d'un patrimoine tandis que les droits de la personnalité (le corps humain, le droit à la réputation, le droit de paternité, les droits civiques et les droits et libertés fondamentaux, entre autres), étant hors commerce, sont extra patrimoniaux mais complètent les attributs juridiques d'une personne physique⁵⁶.

Doivent également compter comme étant hors commerce les *res communes*⁵⁷. On ne peut pas, sauf exception, s'approprier l'air, l'eau, la lumière.

En droit civil, il n'est donc pas nécessaire de définir ce que l'on entend par le mot « bien ».

Common law

En principe, en common law, la détermination des biens se fait en fonction de l'application des règles de procédure civile⁵⁸. Ainsi, traditionnellement, sont des biens les choses pouvant faire l'objet d'une action réelle (biens réels) ou d'une action personnelle (biens personnels)⁵⁹. À celles-ci, il faut ajouter les choses non corporelles pouvant aussi faire l'objet d'une action⁶⁰, sans oublier la distinction fondée sur l'acquisition des biens en droit ou en *equity*⁶¹ ni l'articulation de la théorie des domaines déterminant les fiefs, les domaines viagers et les tenures⁶².

⁵⁵ Art. 911, 915 et 916 C.c.Q.; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, coll. « Thémis », 4^e éd., Paris, P.U.F., 1964, p. 45 et suiv.; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 40, p. 4 et 160; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 40, n^o 5, p. 4.

⁵⁶ P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 46, p. 160; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 46, n^o 178, p. 114 et 115.

⁵⁷ Art. 913 C.c.Q.; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 55, p. 45 et suiv.; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, par C. THÉORÉT, Montréal, Wilson & Lafleur, 1896, n^o 1168, p. 388 et 389.

⁵⁸ Michel BASTARACHE et Andréa BOUDREAU OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 13 et 14; B. ZIFF, *op. cit.*, note 36, p. 73 et suiv.

⁵⁹ *Id.*, p. 13-15.

⁶⁰ *Id.*, p. 17.

⁶¹ B. ZIFF, *op. cit.*, note 36, p. 77.

⁶² *Id.*, p. 153 et suiv.

De façon plus moderne, on pourrait déterminer les biens en fonction de l'« intérêt » d'un individu soit *any external thing over which the rights of possession, use and enjoyment are exercised*⁶³, ce qui permettrait d'élargir la définition à « toute chose susceptible d'appropriation » et rapprocherait la détermination des biens en common law à celle qui prévaut en droit civil.

Toutefois, comme le terme *property* a des significations variables, on considère chaque cas selon le contexte⁶⁴. Par conséquent, contrairement au droit civil, il est nécessaire de préciser ce que signifie *property*, surtout dans un contexte de faillite. De plus, l'énumération que l'on retrouve à la définition de « biens / *property* » reflète probablement les interprétations qu'a données la jurisprudence de ce mot.

Propositions d'harmonisation

Afin que la définition de « biens / *property* » reflète adéquatement les notions de droit civil, deux options se présentent. Tout d'abord, la définition pourrait rester telle quelle, sujette aux modifications proposées ci-dessous, et le civiliste, par le jeu des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*⁶⁵, pourrait arrêter de lire la définition après les mots « tout bien situé au Canada ou ailleurs »

⁶³ B.A. GARNER (dir.), *op. cit.*, note 27, p. 1232.

⁶⁴ *London Guarantee & Accident Co. v. George*, (1906) 3 W.L.R. 236, 238 (Man. K.B.).

⁶⁵ La *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* (L.C. 2001, c. 4) a modifié la *Loi d'interprétation* (L.R.C. (1985), c. I-21) en introduisant une nouvelle règle d'interprétation des lois fédérales. Les nouveaux articles 8.1 et 8.2 de cette loi se lisent comme suit :

8.1 *Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte*

8.2 *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.*

puisque les autres termes inclus dans la définition n'appartiennent pas à son système juridique, et sont, de toute façon, des biens.

La deuxième façon d'aborder cette définition est de scinder la définition en deux parties, l'une s'adressant à l'auditoire de droit civil et l'autre, à l'auditoire de common law. La définition visant le droit civil pourrait se lire « tout bien situé au Canada ou ailleurs » tandis que la définition visant la common law comprendrait une énumération d'éléments propres à ce système de droit.

Nous proposons de retenir la première option. D'autre part, nous proposons des modifications additionnelles, à savoir que la définition actuelle soit modifiée afin de tenir compte de l'auditoire de common law d'expression française. La version française ne comprend aucune correspondance des notions de *things in action*, de *real or personal property* et de *estate*.

En ce qui concerne l'expression *things in action*, il serait préférable d'utiliser l'expression « choses non possessoires » afin de refléter cette notion⁶⁶.

Au sujet de l'expression *whether real or personal*, compte tenu du sens du mot « bien » en droit civil, il est inutile de conserver les mots « meubles ou immeubles ». En revanche, il serait indiqué d'introduire les mots « biens réels ou personnels », qui reflètent de façon adéquate l'expression *real or personal property*⁶⁷.

Finalement, en ce qui concerne l'expression *every description of estate*, le terme *estate* a plusieurs sens. L'adjonction des mots *every description of* indique que l'on a voulu le prendre dans son sens le plus large⁶⁸. On le rend par le terme « droits » dans la définition de la L.F.I. alors qu'il est recommandé d'utiliser le terme « domaine »⁶⁹.

⁶⁶ *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, op. cit., note 35, p. 617.

⁶⁷ *Id.*, p. 452, 500 et 501.

⁶⁸ Il s'agit vraisemblablement d'un renvoi à la théorie des domaines de common law. Voir : B. ZIFF, op. cit., note 36, p. 153 et suiv.

⁶⁹ *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, op. cit., note 35, p. 214.

Nous proposons également, pour l'ensemble de la loi, d'utiliser la terminologie appropriée à chacun des systèmes de droit privé, soit « immeuble / *immovable* » – « meuble / *movable* » pour l'auditoire de droit civil et « *real property* / bien réel » – « *personal property* / bien personnel » pour l'auditoire de common law⁷⁰.

Proposition en matière d'obligations

7. La nullité et l'opposabilité des contrats

Le législateur emploie le terme « nul / *void* » à plusieurs reprises dans la L.F.I.⁷¹ Dans la version anglaise, le terme *void* est également utilisé comme équivalent au terme « inopposable ». La signification de ces termes diffère selon que l'on se trouve dans un système de droit civil ou de common law.

Droit civil québécois

Lorsque le législateur veut se prononcer sur la sanction des conditions de formation des contrats, il doit référer à la notion de nullité. C'est d'ailleurs ce qu'il fait dans la version française de la L.F.I. La version anglaise utilise la notion de *void*. Dans un contexte de droit civil, le terme *void* est à éviter puisqu'il s'agit d'un emprunt à la common law⁷². La version anglaise du *Code civil du Québec* utilise le terme *null* comme équivalent au terme « nul »⁷³.

Toutefois, si l'on ne veut pas qu'un syndic soit tenu de reconnaître l'existence d'un acte juridique valide fait par le failli, il faut le déclarer inopposable à son égard, comme c'est le cas de la version française des articles 91(1), (2), 94(1) et 95(1). Il en va autrement de la version anglaise de ces dispositions. En effet, le terme « inopposable » est rendu par le terme *void*. Selon le contexte, il serait inapproprié de faire référence à la nullité puisque le

⁷⁰ Ceci entraîne évidemment l'abrogation de l'article 2(2) L.F.I.

⁷¹ Le terme « nul (le) / *void* » est employé aux articles 42(1)c) et (2), 83(1)a), b), c) et (2)c), 85(2) et 98(1).

⁷² P.-A. CRÉPEAU (dir.), *op. cit.*, note 32, p. 455.

⁷³ Art. 1416 et suiv. C.c.Q.

but recherché par le législateur est d'éviter que des biens échappent à la saisine du syndic et non de se prononcer sur la validité des contrats. Ainsi, les dispositions de biens, les cessions de créances comptables ou les paiements qu'un débiteur pourrait effectuer à l'intérieur d'un certain délai doivent être inopposables au syndic. La formule utilisée en droit civil d'expression anglaise pour rendre la notion d'inopposabilité est *may not be set up against*⁷⁴.

Common law

Le terme « inopposable » est aussi utilisé en common law d'expression française qui, comme en droit civil, ne comporte pas d'acception particulière. Concernant la version anglaise, une recherche plus approfondie de la notion d'opposabilité en common law démontre que ce terme est rendu de différentes façons selon le contexte. En effet, à titre d'exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario emploie, dans sa version anglaise, le terme *unenforceable*⁷⁵ qui est plutôt utilisé dans le contexte de l'inexécution d'un contrat. Le terme « inopposable » est également rendu par la notion de *unperfection* dans le domaine des sûretés lorsqu'un créancier ne peut établir que sa sûreté a priorité sur les autres créanciers. Ce créancier détient alors un *unperfected security interest*⁷⁶.

Il ne semble pas exister d'équivalent précis à la notion d'inopposabilité telle que nous la retrouvons dans la L.F.I. en common law d'expression anglaise. Toutefois, il semble que l'expression *ineffective against* décrit bien le caractère d'une opération qui ne peut être opposée au syndic.

Propositions d'harmonisation

Lorsque le législateur désire se prononcer sur la validité des contrats, nous proposons de remplacer l'expression « nul / void »

⁷⁴ Par exemple, l'article 1516 C.c.Q.

⁷⁵ *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, C.P. 10, art. 9(2).

⁷⁶ B.A. GARNER, (dir.), *op. cit.*, note 27, p. 1361. La définition de *unperfected security interest* se lit comme suit : « A security interest held by a creditor who has not established priority over any other creditor ».

par l'expression « sans effet / *without effect* », expression neutre autant en droit civil qu'en common law. Cette expression décrit correctement la conséquence principale de la nullité d'un acte juridique, c'est-à-dire l'absence d'effet.

Au sujet de l'opposabilité au syndic de certaines transactions, nous proposons de conserver le terme « inopposable » pour les auditoires de droit civil et de common law d'expression française et de remplacer le terme *void* par l'expression neutre *ineffective against* pour les auditoires de droit civil et de common law d'expression anglaise.

8. La dénomination des parties à un bail

Il est fréquent de retrouver dans la version anglaise des lois fédérales les termes *landlord* et *tenant* alors que l'on peut lire les termes « locateur » et « locataire » dans la version française. Par exemple, l'article 65.2(1) L.F.I. prévoit que :

*At any time between the filing of a notice of intention and the filing of a proposal, or on the filing of a proposal, in respect of an insolvent person who is a commercial **tenant** under a lease of real property, the insolvent person may disclaim the lease on giving thirty days notice to the **landlord** in the prescribed manner, subject to subsection (2).⁷⁷ (L'emphase est de nous.)*

Il y a lieu d'harmoniser la terminologie anglaise puisqu'elle est étrangère au droit civil.

Droit civil québécois

En droit civil, le louage est un contrat par lequel un locateur s'engage à procurer à un locataire, moyennant un loyer, la jouissance d'un bien, meuble ou immeuble, pendant un certain temps. La version anglaise de l'article 1851 C.c.Q. se lit ainsi :

⁷⁷ La version française de cet article prévoit que :

*Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un **locataire** commercial en vertu d'un bail immobilier, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donné de la manière prescrite. (L'emphase est de nous.)*

*Lease is a contract by which a person, the **lessor**, undertakes to provide another person, the **lessee**, in return for a rent, with the enjoyment of a movable or immovable property for a certain time. (L'emphase est de nous.)*

Les termes *landlord* et *tenant* ne sont pas utilisés dans le *Code civil du Québec*. On leur préfère les termes *lessor* et *lessee*.

Common law

En common law, le terme *landlord* désigne la personne qui loue un lieu, le propriétaire d'un lieu, la personne qui en autorise l'occupation ou qui a droit à la possession des lieux⁷⁸. Le terme *tenant*, quant à lui, désigne la personne qui loue un lieu ou qui l'occupe⁷⁹.

Au point de vue de la terminologie de common law, l'emploi des termes *landlord* et *tenant* semble se limiter au cas de la location d'un bien réel⁸⁰ tandis que l'emploi des termes *lessor* et *lessee* semble approprié pour désigner la location d'un bien réel ou personnel⁸¹. Il est à noter que la terminologie civiliste *lessor* / *lessee* sert à désigner autant l'usage d'un immeuble que d'un meuble.

Propositions d'harmonisation

Afin d'éviter l'emploi de termes qui sont étrangers au droit civil ou de leur adjoindre les termes *lessor* et *lessee*, ce qui alourdirait le texte, nous proposons de remplacer dans la version anglaise les termes *landlord* et *tenant* par *lessor* et *lessee* respectivement. Cela permet de viser autant les situations où seul un immeuble / bien réel est visé que celles qui visent un meuble / bien personnel.

9. La terminologie en matière de représentation

Un autre domaine où la terminologie utilisée dans les lois fédérales reflète plutôt la terminologie de common law est en matière

⁷⁸ *Loi sur la location commerciale*, L.R.O. 1990, c. L.7, art. 1 « locateur / *landlord* ».

⁷⁹ *Id.*, art. 1 « locataire / *tenant* ».

⁸⁰ *Dictionnaire canadien de la common law - droit des biens et droit successoral*, *op. cit.*, note 35, p. 342 et 599.

⁸¹ *Id.*, p. 365. Voir : B.A GARNER (dir.), *op. cit.*, note 27, p. 914.

de représentation. En effet, il est fréquent de trouver, dans la version anglaise les désignations *principal* et *agent*, des termes n'appartenant pas au vocabulaire de droit civil. Les notions du mandat de droit civil et d'*agency* de common law ne sont pas dans tous les cas équivalentes.

Droit civil québécois

En droit civil, le contrat de mandat consiste à nommer une personne qui agira à titre de représentant dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers. Le mandant est la personne qui, dans le contrat de mandat, donne au mandataire le pouvoir de le représenter tandis que le mandataire est la personne qui doit représenter le mandant⁸².

La version anglaise de l'article 2130 C.c.Q. définit le mandat comme suit :

*Mandate is a contract by which a person, **the mandator**, empowers another person, **the mandatary**, to represent him in the performance of a juridical act with a third person, and the mandatary, by his acceptance, binds himself to exercise the power.* (L'emphase est de nous.)

Ainsi, pour que la version anglaise des dispositions législatives fédérales traitant de représentation reflète la terminologie civiliste de façon appropriée, il faudrait qu'elle utilise les termes *mandator* et *mandatary*.

Par ailleurs, un individu peut accomplir un acte au nom, à la place et pour le compte d'une autre personne sans pour autant agir en vertu d'un contrat de mandat. Il convient alors d'utiliser le terme « représentant »⁸³ ou l'expression « fondé de pouvoir », selon le contexte.

Common law

La notion de mandat de droit civil se rapproche conceptuellement de la notion d'*agency* de common law. Toutefois, cette dernière est définie comme ayant une nature fiduciaire et ayant,

⁸² Art. 2130 C.c.Q.

⁸³ H. REID, *op. cit.*, note 8, p. 483.

selon le contexte, une portée plus large que le mandat de droit civil. La notion d'*agency* est définie comme une

*fiduciary relationship created by express or implied contract or by law, in which one party (**the agent**) may act on behalf of another party (**the principal**) and bind that other party by words or actions.*⁸⁴
(L'emphase est de nous.)

Notons que la common law d'expression française utilise le terme « mandataire » comme équivalent au terme *agent*.

Toutefois, si l'on désire référer simplement à une personne qui agit pour une autre personne (*one who stands for or acts on behalf of another*⁸⁵), il y a lieu d'utiliser les termes ou expressions *representative*, *holder of a power of attorney* ou *proxyholder*, selon le contexte.

Propositions d'harmonisation

Les trois propositions suivantes illustrent l'importance d'examiner le contexte dans lequel s'insèrent les notions de représentation puisqu'une même solution ne convient pas dans toutes les situations.

La définition de « courtier en valeurs mobilières » de l'article 253 L.F.I. se lit comme suit :

*« courtier en valeurs mobilières » Toute personne, membre ou non d'une bourse de valeurs, qui achète des titres à un client ou pour celui-ci ou vend des titres à un client ou pour celui-ci, pour son compte ou en qualité de **mandataire**, et notamment celle qui a l'obligation de s'inscrire [...]*

*“securities firm” means a person who carries on the business of buying and selling securities from, to or for a customer, whether or not as a member of an exchange, as **principal** or **agent**, and includes any person ...* (L'emphase est de nous.)

Nous proposons d'ajouter le terme *mandatary* à la version anglaise de cette définition puisque la L.F.I. fait référence ici au contrat de mandat. En effet, le courtier en valeurs mobilières est

⁸⁴ B. A. GARNER (dir.), *op. cit.*, note 27, p. 62.

⁸⁵ *Id.*, p. 1304, définition de *representative*.

considéré, autant en common law qu'en droit civil, comme un mandataire⁸⁶. La version française utilise déjà le terme « mandataire » qui convient aux auditoires de droit civil et de common law d'expression française.

L'article 26(3) présente un exemple particulier :

*Le syndic doit permettre que les livres, registres et documents de l'actif soient examinés et que des copies en soient prises par le surintendant, le failli ou un créancier ou leurs **mandataires** à toute heure convenable.*

*The trustee shall permit the books, records and documents referred to in subsection (2) to be inspected and copies thereof made by the Superintendent, the bankrupt or any creditor or their **agents** at any reasonable time. (L'emphase est de nous.)*

Dans ce cas, la L.F.I. désigne par le terme « mandataire » des individus qui, en fait, agissent comme représentants d'une autre personne qu'il s'agisse ou non d'un contrat de mandat. Nous proposons dans ce contexte de remplacer le terme « mandataires » par « représentants » dans la version française et *agents* par *representatives* dans la version anglaise.

Toutefois, dans certains contextes, une expression plus précise est requise pour désigner un individu représentant une personne morale pour les fins de votation. C'est le cas de la version française de l'article 109(5) qui prévoit que :

*Une personne morale peut voter par un **mandataire** autorisé aux assemblées de créanciers.*

*A corporation may vote by an authorized **agent** at meetings of creditors. (L'emphase est de nous.)*

Il y a lieu de remplacer le terme « mandataire » par « fondé de pouvoir » dans la version française et *agent* par *proxyholder* dans

⁸⁶ J. Vincent O'DONNELL et Alain OLIVIER, « Les grandes tendances de la jurisprudence récente », dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1, à la page 10.

la version anglaise, expressions neutres convenant aux deux systèmes de droit privé.

Autres propositions

10. La notion de « commerce / business »⁸⁷

Dans plusieurs dispositions de la L.F.I., nous retrouvons les expressions et les termes *carrying on business*, *trade* et *commercial*. Celles-ci sont rendues dans la version française de diverses façons (exercer le commerce, faire commerce, opérations commerciales), selon le moment où les différentes modifications à la loi ont été adoptées. À ces problèmes de terminologie vient se greffer la nouvelle notion d'entreprise adoptée par le *Code civil du Québec* en 1994. Il y a lieu d'examiner la question.

Droit civil québécois

Le *Code civil du Bas Canada* retenait une dualité de régime, semblable à celle qui existait en droit français, établissant une distinction très nette entre les activités commerciales et les activités purement civiles. Cet état de choses a donné lieu à de vives discussions concernant les critères de qualification des actes comme civils ou commerciaux⁸⁸. Deux théories avaient été proposées. Selon une première, appelée la théorie de la commercialité subjective ou personnelle, un acte acquérait un caractère commercial lorsqu'il avait été fait par un commerçant pour les fins de son commerce. Selon une seconde, dite la théorie de la commercialité objective ou réelle, l'acte de commerce était celui qui renfermait en lui-même les critères de la commercialité (spéculation, circulation

⁸⁷ Cette partie a été écrite en collaboration avec Albert Bohémier, professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat-conseil auprès du cabinet Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre.

⁸⁸ Nabil N. ANTAKI, « La commercialité des immeubles : une théorie en construction », (1978) 19 *C. de D.* 157; Jean GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965-66) 7 *C. de D.* 84; Lubin LILKOFF, « Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.* 534.

et entremise), peu importe le statut de la personne qui avait fait l'acte en question.

Indépendamment du système de qualification retenu, la doctrine et la jurisprudence refusaient de reconnaître à certaines catégories de personnes le statut de commerçants et à certains actes, la qualité d'actes de commerce. Il en était ainsi des actes juridiques faits par le professionnel, les agriculteurs et les artisans qui revêtaient normalement un caractère purement civil. Il en fut de même pendant longtemps de tout contrat, même spéculatif, dont l'objet même était un droit immobilier.

Le *Code civil du Québec* a complètement abrogé les notions d'actes de commerce et de commerçant. Afin de mettre fin aux diverses contestations, souvent coûteuses, rattachées à l'application de ces concepts, le législateur les a purement et simplement remplacés par la notion d'entreprise. Cette notion est définie à l'article 1525 al. 3 C.c.Q. :

Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.

L'entreprise vise donc toute activité économique organisée. Cette activité peut être exercée par une personne physique ou une personne morale, laquelle peut être une société par actions ou une personne morale sans but lucratif, ou même un organisme coopératif.

Soulignons qu'un acte isolé et non répété ne constitue pas une entreprise. Celle-ci exige un certain nombre d'actes habituels. De plus, si l'activité d'un professionnel n'était pas considérée comme un acte commercial sous le *Code civil du Bas Canada*, elle est devenue un acte d'entreprise au sens du nouveau Code civil.

Common law

Contrairement au droit français, le droit anglais connaît depuis fort longtemps un régime unifié : les mêmes règles juridiques s'appliquent que l'acte émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant. En effet, au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, le

merchant law a été progressivement absorbé par la common law et a cessé de la sorte d'exister comme corps de droit autonome⁸⁹.

Le droit statutaire anglais sur la faillite a connu une évolution semblable. En 1571, le champ d'application de la loi sur la faillite était restreint aux seuls commerçants⁹⁰. Dès 1705, ceux-ci, s'ils avaient été de bonne foi, pouvaient obtenir une libération de dettes. Les non-commerçants étaient plutôt assujettis au régime dit d'*insolvency* et ils ne pouvaient bénéficier d'une telle libération. Par la suite, l'évolution s'est faite vers une fusion de ces deux régimes parallèles. Elle fut consacrée par une loi en 1861⁹¹. C'est pourquoi, si les mots *trade* et *traders* avaient eu un sens plutôt limitatif jusqu'en 1861 et ne visaient essentiellement que les actes d'un commerçant, il n'y avait plus d'objection à leur accoler désormais le mot *business*⁹², d'une portée plus large, puisque la loi s'appliquait dès lors même à des non-commerçants.

Nous retrouvons une évolution similaire en droit canadien. *L'Acte concernant la faillite* de 1864, antérieur à la confédération, prévoyait à son article 1 que « le présent acte s'applique, dans le Bas-Canada, aux commerçants uniquement⁹³, et dans le Haut-Canada, à toutes les personnes engagées dans le commerce ou non ».

La première loi fédérale fut *An Act respecting Insolvency* de 1869 qui établissait un régime uniforme pour les provinces canadiennes mais dont le champ d'application était limité aux seuls

⁸⁹ Albert BOHÉMIER, « Quelques observations sur le droit commercial québécois et ses perspectives d'avenir », dans Albert BOHÉMIER et Pierre-Paul CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 131; voir également : Olivier MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2000, n^o 7 et 8, p. 4.

⁹⁰ *An Act touching Orders for Bankrupts*, 1570, R.-U., c. 7. Cette loi visait « any merchant or other person using or exercising the trade of marchandize ... ».

⁹¹ *An Act to amend the Law relating to Bankruptcy and Insolvency in England*, 1861, 24 & 25 Vict., R.-U., c. 134. L'article 69 de cette loi la rendait applicable à tous : « All debtors, whether Traders or not, shall be subject to the Provisions of this Act ». Toutefois, à l'appui de la requête d'un créancier, certains actes de faillite ne pouvaient être invoqués que contre un commerçant.

⁹² Il semblerait que ce mot soit apparu pour la première fois dans la loi de la faillite anglaise de 1869 pour déterminer la compétence des tribunaux.

⁹³ Cela est conforme à la tradition française et à la définition de l'article 17(23) C.c.B.C. selon laquelle la faillite est « l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements ».

commerçants. En 1880, la loi de faillite fut abrogée. Le parlement fédéral est revenu à la charge en 1919 pour adopter une loi générale, applicable à toute personne, commerçante ou non commerçante, qui résidait ou poursuivait des affaires au Canada.

Par conséquent, l'emploi varié des mots *business* et *trade* dans l'actuelle L.F.I. tient souvent à de purs facteurs historiques. Quoique la ligne de démarcation entre ces deux notions ne soit pas très précise, *business* n'est pas synonyme de *trade* et le premier mot a une portée beaucoup plus large que le second. La personne qui a une activité de *trading* est un *trader* et cette personne *carries on business*. L'inverse toutefois est inexact : la personne qui *carries on business* n'est pas nécessairement un *trader*. Le mot *trade* a une signification plus ou moins large :

*Trade in its primary meaning is the exchange of goods for goods or goods for money, and in a secondary meaning it is any business carried on with a view to profit, whether manual or mercantile, as distinguished from the liberal arts or learned professions and from agriculture. However, the word is of very general application, and must always be considered in the context in which it is used.*⁹⁴

La portée du mot *business* peut varier selon le contexte dans lequel il est utilisé :

*"Business" is a wider term than "trade", and not synonymous with it, and means almost anything which is an occupation as distinguished from a pleasure. However, the term must be construed according to its context.*⁹⁵

Par exemple, à moins d'indications particulières, un agriculteur n'exerce pas un commerce (*trade*) mais il poursuit des affaires (*carry on business*). Il en est de même d'un professionnel. Il est intéressant de souligner les points de convergence entre la notion de *carrying on business* et celle d'entreprise du *Code civil du Québec* par opposition à ceux qui existaient entre les notions de *trade* et de commerçant du *Code civil du Bas Canada*.

De façon générale, une personne poursuit des affaires (*carry on business*) lorsqu'elle a une occupation continue dans le but de

⁹⁴ HALSBURY's Laws of England, 4^e éd., vol. 47, London, Butterworths, 1994, p. 13

⁹⁵ *Id.*, p.15.

réaliser des profits ou d'obtenir à tout le moins des avantages pécuniaires. La recherche d'un profit n'est pas toujours un élément essentiel : tout dépend du contexte dans lequel l'expression est utilisée.

Propositions d'harmonisation

Différentes options se présentent afin de rendre la notion de « commerce / *business* » dans la L.F.I.

Les mots et les expressions « commerce », « opérations commerciales » et « négoce » conservent toute leur utilité dans le langage courant mais ils ne trouvent plus d'appui dans le Code civil. Il semble que la notion d'entreprise soit suffisamment large pour englober ces divers concepts. L'expression *carry on business* est très similaire sinon identique à la notion d'« exploiter une entreprise » au sens du Code. Dans l'un et l'autre cas, la personne visée doit exercer un certain contrôle sur l'activité en cause, les actes en question doivent être plus ou moins répétés, ce qui exclut les actes isolés. L'activité doit avoir pour objet la réalisation d'un profit ou, à tout le moins, l'obtention d'avantages pécuniaires quelconques. Il convient de noter que dans certaines modifications apportées à la L.F.I. en 1997, l'expression *carry on business* a été rendue par l'expression « exploitation de l'entreprise » et le terme *business* par « entreprise »⁹⁶.

En considérant que l'approche bijuridique signifie que les mots doivent être compris en fonction du système de droit privé auquel ils appartiennent, cela signifierait que l'expression « exploiter une entreprise / *carrying on an enterprise* » conviendrait aux auditoires de droit civil d'expression française et anglaise mais serait inappropriée pour les auditoires de common law. En effet, l'expression *carrying on business* a une signification bien précise en common law et ne pourrait pas être remplacée par *carrying on an enterprise*, qui a une autre signification. De même, l'expression « exploiter une entreprise » ne semble pas convenir pour la common law d'expression française. Il y aurait donc lieu de définir cette expression pour chacun des systèmes juridiques. Cette façon de faire alourdirait le texte de façon significative.

⁹⁶ Il s'agit des articles 14.06(1.2) et 60(1.3), modifiés par L.C. 1997, c. 12.

Une deuxième option consiste à utiliser la terminologie employée à la définition du mot « débiteur » de l'article 2(1) L.F.I., soit « activité ». Il s'agit alors d'étendre la terminologie utilisée dans cette définition à des contextes similaires dans la loi. Il est alors entendu que l'expression anglaise *carrying on business* serait comprise dans son sens général et qu'aucune modification ne serait nécessaire.

Une troisième option proposée est de reprendre la terminologie de la définition de « débiteur » en ajoutant le qualificatif « économique » afin de retrouver la notion « activité économique organisée » présente dans la définition d'entreprise du *Code civil du Québec*. L'expression « activités économiques » a l'avantage d'être plus précise, tout en étant neutre pour les auditoires de droit civil et de common law d'expression française. L'expression *carrying on business* serait alors considérée dans sa signification large pour les auditoires d'expression anglaise et aucune modification ne serait apportée à cette expression.

Il n'est pas facile de déterminer l'option qui conviendrait le mieux aux quatre auditoires puisque chacune présente des avantages et également certains inconvénients. Une définition précise pour chacun des systèmes juridiques peut être d'application difficile. Toutefois, le choix d'un terme général mais analysé dans un contexte précis peut s'avérer le plus adéquat. Nous proposons de remplacer « commerce » et les autres termes similaires par « activités » dans la version française. L'expression *carrying on business* est conservée dans la version anglaise.

11. L'article 15.1 L.F.I.

L'article 15.1 L.F.I. prévoit que :

Le syndic est un fiduciaire au sens de l'article 2 du Code criminel.

Cet article peut être interprété comme signifiant que le statut du syndic doit être considéré en fonction de la définition qu'en donne l'article 2 du *Code criminel*⁹⁷. Cet article renvoie au droit provincial, ce qui signifie qu'on pourrait prétendre que le statut du

⁹⁷ Selon le *Code criminel*, est un fiduciaire la

Personne qui est déclarée fiduciaire par une loi ou qui, en vertu du droit d'une province, est fiduciaire, et, notamment, un fiduciaire aux termes d'une fiducie

syndic doit être interprété en tenant compte de la notion de fiduciaire du droit privé. Au Québec, ceci permettrait de prétendre que le syndic agit comme un administrateur du bien d'autrui puisque le fiduciaire est soumis aux règles du *Code civil du Québec* sur l'administration du bien d'autrui⁹⁸.

Or, cette interprétation va à l'encontre de l'état du droit actuel, tel qu'en fait foi l'analyse des professeurs Bohémier et Auger concernant le statut du syndic. En effet, le syndic ne peut pas être un administrateur du bien d'autrui puisque, selon la loi elle-même, les biens du failli lui sont dévolus⁹⁹.

À la lecture de la version anglaise de l'article 15.1, il semble que l'intention du législateur est de considérer le syndic comme étant soumis aux obligations de fiduciaire telles que celles-ci sont exprimées en droit privé et cela, pour les fins des infractions prévues au *Code criminel*. La version anglaise de l'article 15.1 se lit ainsi :

A trustee is deemed to be a trustee for the purposes of the definition "trustee" in section 2 of the Criminal Code.

Proposition d'harmonisation

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un problème d'harmonisation à proprement parler, le problème que soulève le libellé de l'article 15.1 L.F.I. porte suffisamment à confusion pour qu'il fasse l'objet d'une proposition de modification. Nous proposons que la version française de l'article 15.1 soit reformulée afin de clarifier l'intention du législateur.

Conclusion

Nous avons voulu nous limiter, dans le présent texte, à certains exemples en matière de procédure, de sûretés, de biens et

explicite établie par acte, testament ou instrument écrit, ou verbalement.

L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1^{er} supp.).

98 Art. 1278 C.c.Q. C'est d'ailleurs exactement le raisonnement adopté par le juge Jules Allard dans l'affaire de la faillite de Fernand Jalbert : *Re Jalbert*, C.S. Athabaska, n° 415-11-000598-000, 21 janvier 2002.

99 Art. 71(2) L.F.I. Cette analyse est publiée dans le présent numéro.

d'obligations. Ceci dans un double but. D'une part, afin d'illustrer le côté plus technique du travail d'harmonisation entrepris à l'égard de la L.F.I. et de tout le corpus législatif fédéral. Et, d'autre part, afin d'attirer l'attention sur la nature des propositions d'harmonisation.

La modification de la L.F.I. s'insère dans un exercice large visant l'harmonisation de toute la législation fédérale, incluant les règlements y afférents, avec le droit civil québécois et la common law d'expression française.

L'harmonisation de la L.F.I. bénéficiera aux quatre auditoires du droit au Canada. Les propositions formulées dans le présent texte ne constituent en aucune façon le dernier mot sur la question. C'est pourquoi nous sollicitons vos commentaires sur la justesse et la pertinence de ces propositions d'harmonisation. Vos commentaires nous sont indispensables afin de mener à bien cet exercice qui rendra plus claire, nous l'espérons, la L.F.I.

Proposals for Harmonizing the Bankruptcy and Insolvency Act with Quebec Civil Law

BIJURALISM AND DRAFTING SUPPORT SERVICES GROUP
LEGISLATIVE SERVICES BRANCH
DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA¹

This text presents the main proposals for harmonizing the Bankruptcy and Insolvency Act with the Quebec civil law.

¹ By the commercial law team, under the direction of M^e Alain Vauclair, General Counsel.

Outline

Introduction	23
Proposals relating to procedures	24
1. Procedure for forcing debtors into bankruptcy	24
2. Interpleader procedure	28
Proposals relating to security	31
3. Charges / <i>Charges</i>	31
4. Mortgage / <i>Hypothèque</i>	35
5. Equity of redemption / <i>Faculté de réméré</i>	36
Proposal relating to property	38
6. Definition of “property / <i>biens</i> ”	38
Proposals relating to obligations	42
7. Nullity and effectiveness of contracts	42
8. Designation of parties to a lease	44
9. Terminology relating to representation	45
Other proposals	48
10. Notion of “business / <i>commerce</i> ”	48
11. Section 15.1 <i>B.I.A.</i>	53
Conclusion	54

Introduction

The *Bankruptcy and Insolvency Act*² is a statute that calls upon the private law to supplement it. Despite the frequent tendency to characterize the *B.I.A.* as a “comprehensive code”, it must be acknowledged that the Act does not constitute a set of autonomous rules. As the *B.I.A.*’s *raison d’être* is the limitations of private law in terms of managing relations between creditors and debtors in a context of insolvency, it is among those federal statutes most imbued with private law notions and concepts. It covers the area of insolvency while it keeps private law in the background as support, a point that subsection 72(1) of the Act makes so clearly.³

Despite this state of complementarity, the *B.I.A.* uses many concepts and terms that are foreign to Quebec civil law. Applying it on a daily basis can cause headaches in circumstances that already cause a significant number of them. The civil law community’s relationship with the *B.I.A.* has already been described as a *modus vivendi*, as if practitioners, accustomed to what can sometimes be the highly complex task of determining Parliament’s intention, had relied on consensus and accepted practice in developing a way of managing insolvency and bankruptcy cases.

Our analysis has revealed that many of the problems detected in the *B.I.A.* relate to terminology, such as that used to refer to the parties to a lease and to representation. Other problems raise questions of a conceptual nature and of varying degrees of complexity, such as the terminology relating to security and the notion of “business / commerce”.

Certain conceptual problems remain unresolved. Paradoxically, they raise the most interesting questions with respect to bankruptcy

² R.S.C. 1985, c. B-3 [hereinafter *B.I.A.*].

³ Subsection 72(1) *B.I.A.* reads as follows:

The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

law: What is the status of the trustee in bankruptcy? Is the Quebec trust subject to the *B.I.A.*? How can the concept of “settlement of property” be transposed into civil law? Must the rules of equitable set-off be made applicable in a civil law context? These questions are the subject of other studies in this special edition.

The proposals presented in this text are not exhaustive and do not in any way constitute the last word on the current phase of the harmonization initiative.

Proposals relating to procedures

1. Procedure for forcing debtors into bankruptcy

Under subsection 43(1) *B.I.A.*, the procedure for forcing a debtor into bankruptcy can be initiated through a “petition for a receiving order”:

Subject to this section, one or more creditors may file in court a petition for a receiving order against a debtor if, and if it is alleged in the petition that,

- a) the debt or debts owing to the petitioning creditor or creditors amount to one thousand dollars; and*
- b) the debtor has committed an act of bankruptcy within six months next preceding the filing of the petition.*

The petition for a receiving order needs to be harmonized with the procedure recognized before the Quebec courts since the term “petition” is not used in the *Code of Civil Procedure* to designate an originating procedure in Quebec or any other procedure. At the same time, it might be appropriate to harmonize this procedure with similar procedures in common law.

Such harmonization is all the more necessary in that the *B.I.A.* and the *Bankruptcy and Insolvency General Rules*⁴ do not claim to codify all of the rules relating to this procedure and it is therefore necessary on occasion to call upon the rules of private law.

⁴ *Bankruptcy and Insolvency General Rules*, C.R.C., c. 368, [hereinafter *B.I.G.R.*]. Section 3 reads as follows:

In cases not provided for in the Act or these Rules, the courts shall apply, within their respective jurisdictions, their ordinary procedure to the extent that that procedure is not inconsistent with the Act or these Rules.

Origin of petition for a receiving order in common law

A petition for a receiving order is an old procedure from the English law tradition. It invokes the mechanism of receivership, that is, the mechanism whereby a person designated by an agreement or by the court takes possession of the property of a third party in order to retain it and even to realize on it. In bankruptcy matters, it was possible through this procedure to appoint a trustee as receiver, which had the effect of divesting the debtor of his property and suspending the creditors' rights.⁵

These days, it is no longer necessary to deem a judgment relating to a forced bankruptcy to be a "receiving order". The *B.I.A.* provides for much more than the debtor simply being dispossessed of his property, which is transferred to the "trustee / receiver"; it allows the trustee to become the fiduciary owner of the property.⁶ When the *B.I.A.* allows judges hearing bankruptcy cases to issue "receiving orders", it is referring to a mechanism that does not accurately describe the effects of bankruptcy.

It further seems that the expression "petition for a receiving order" is no longer the standard expression in common law. Case law from the common law provinces in fact uses the expressions "bankruptcy application" and "bankruptcy order" more and more frequently.

From a common law perspective, the term generally used to designate an originating procedure that is similar to a motion is an "application". As for the term "motion", it is used to designate interlocutory proceedings.⁷

Quebec civil law

In Quebec law, the term *pétition* (petition) has been used to mean a judicial proceeding, namely, the *pétition de droit* (petition

⁵ *An Act to consolidate the Law relating to Bankruptcy*, 1914 (U.K.), 4 & 5 Geo. V., c. 59, ss. 14, 48(2). See A. Roper, ed., *Ringwood's Principles of Bankruptcy*, 16th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1930) at 62.

⁶ Subs. 71(2) *B.I.A.* See also the text on the status of the trustee in this edition.

⁷ D.A. Dukelow & B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1995) s.v. "application"; J. Burke, ed., *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2d ed. (London: Sweet & Maxwell Limited, 1977) s.v. "application", "motion".

of right)⁸ and *action pétitoire* (petitory action).⁹ Today, this term is used only in the expression *pétition d'hérédité*, or petition for inheritance, which is an application for recognition of heredity.¹⁰

There are only two types of originating procedures. First, under the *Code of Civil Procedure*:

*Unless otherwise provided, every judicial proceeding is introduced by a declaration (déclaration).*¹¹

This is the general procedure; injunctions, for example, are initiated by declarations.¹² Also under the *Code of Civil Procedure*, certain proceedings relating to persons and property are initiated by motions (*requête*).¹³ Motions are used to apply for declaratory judgments¹⁴ and extraordinary recourses.¹⁵ Petitions of inheritance are initiated in court by motions.¹⁶ As of January 1, 2003, motions will be the only mechanism for initiating proceedings before a court in Quebec.¹⁷

In Quebec **jurisprudence** [the word is used in this text as it is understood in a civil law system], there does not seem to be a standard expression in French to designate the procedure for forcing debtors into bankruptcy. A brief search of Quebec jurisprudence revealed the use of the following expressions in French:

⁸ "Petition of right" referred to an application for leave that a person wishing to exercise a remedy against the government addressed to the Sovereign. Articles 94ff. C.C.P. now provide the framework for remedies against the State to be introduced through a declaration or motion. H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2d ed., (Montreal: Wilson & Lafleur, 2001) s.v. "pétition de droit".

⁹ Under the old Code, the purpose of an *action pétitoire* was to ensure judicial protection of property. The articles of the *Code of Civil Procedure* governing the *action pétitoire* were repealed by the Quebec legislature with the introduction of article 912 C.C.Q., which provides that owners may take legal action to have their rights acknowledged. Quebec, Ministre de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, (Quebec: Publications du Québec, 1993) at 535.

¹⁰ Art. 626 C.C.Q. Although the *pétition d'hérédité* is in essence a claim, it does not refer to the procedure used to present it to the court.

¹¹ Art. 110 C.C.P.

¹² Art. 752 C.C.P.

¹³ Art. 762 C.C.P.

¹⁴ Art. 453 C.C.P.

¹⁵ Art. 834ff. C.C.P.

¹⁶ G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, 2d ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 1997) at para. 93ff.

¹⁷ *An Act to reform the Code of Civil Procedure*, S.Q. 2002, c. 7.

- *demande d'ordonnance de séquestre;*
- *demande de mise en faillite;*
- *requête pour mise en faillite;*
- *requête en vue d'obtenir une ordonnance de séquestre;*
- *requête pour obtenir une ordonnance de séquestre;*
- *requête en faillite;*
- *requête de mise en faillite;*
- *requête en vue de l'émission d'une ordonnance de séquestre;*
- *requête de faillite;*
- *requête en vue d'une ordonnance de séquestre;*
- *requête pour une ordonnance de séquestre;*
- *requête présentée en vertu de l'article 43 B.I.A.;*
- *pétition de faillite;*
- *pétition en faillite;*
- *pétition en vue d'une ordonnance de séquestre;*
- *pétition pour mise en faillite.*

However, it seems that the use of the term *requête* is constant. The doctrine also uses the term *requête* and the expressions *requête de mise en faillite*, *requête en faillite* and *requête de faillite*.¹⁸ Some similarities can also be drawn between the petition in bankruptcy and the civil law *requête* (motion) with respect to the form the procedure must take,¹⁹ the attestation of affidavits,²⁰ the serving of the procedure and the affidavit,²¹ and the fact that the procedures are expressly provided for in law.²²

It is interesting to note that the *B.I.A.* was amended by the Revised Statutes of Canada in 1970 with the introduction, in the French version only, of the heading *Requête de mise en faillite* for

¹⁸ A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1 (Montreal: Thémis, 1992) at 111ff.; J.-Y. Fortin & B. Boucher, *Insolvabilité commerciale et personnelle* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1990) at 52ff.

¹⁹ According to Professor Albert Bohémier, a petition in bankruptcy takes the form of a motion because that is what section 11 of the *B.I.G.R.* provides for. A. Bohémier, *supra* note 18 at 173. M^c Bernard Boucher, in turn, relies on section 11 to state that originating procedures in bankruptcy matters must be made by way of motion. B. Boucher, "La juridiction de la Cour de faillite : une perspective québécoise" (1994) 24 C.B.R. (3d) 61 at 66. Section 11 of the *B.I.G.R.* provides that:

Subject to these Rules, every application to the court must be made by motion unless the court orders otherwise.

²⁰ Art. 763 C.C.P. and subs. 43(3) *B.I.A.*

²¹ Art. 764 C.C.P. and subs. 70(1) *B.I.G.R.*

²² Art. 110, 762 C.C.P. and subs. 43(1) *B.I.A.*

the section of the Act that addresses the procedure for forcing a debtor into bankruptcy.

Harmonization proposals

The expression “petition for a receiving order / *pétition en vue d’une ordonnance de séquestre*” as it appears in the *B.I.A.* had a historical basis that is no longer meaningful today. It does not seem to be used specifically and exclusively in Canadian court decisions and has no meaning in civil law. The expression “petition for a receiving order / *pétition en vue d’une ordonnance de séquestre*” has some similarities with the more modern procedures of “motion” (*requête*) and “application”. We propose that the expression “petition for a receiving order / *pétition en vue d’une ordonnance de séquestre*” be replaced by the expression “bankruptcy application / *requête en faillite*”.

It would also be desirable to specify through a definition that a “bankruptcy application” is a “motion” in the province of Quebec. This would indicate that an application is in fact a motion for the English-speaking civil law audience without the need to repeat both terms each time.

This proposal is intended to establish a clearer link to the suppletive law regarding civil proceedings in cases in which the *B.I.A.* and the *Bankruptcy and Insolvency General Rules* are silent.

With regard to the expected outcome of the filing of such a “motion”, we propose that the expression “receiving order / *ordonnance de séquestre*” be replaced by “bankruptcy order / *ordonnance de faillite*”, since the term “bankruptcy / *faillite*” is already defined in the *B.I.A.*²³

2. Interpleader procedure

The *B.I.A.* refers to a number of procedures of which the designation and operation are completely unknown in civil law. One example is the interpleader procedure. The legislator mentions it

²³ The definition of “bankruptcy” reads as follows: “bankruptcy means the state of being bankrupt or the fact of becoming bankrupt”, see sub. 2(1) *B.I.A.*

in the English version of paragraph 42(1)(e) B.I.A., by providing as follows:

A debtor commits an act of bankruptcy in each of the following cases:

...

*(e) if the debtor permits any execution or other process issued against the debtor under which any of the debtor's property is seized, levied on or taken in execution to remain unsatisfied until within five days from the time fixed by the sheriff for the sale thereof or for fifteen days after the seizure, levy or taking in execution, or if any of the debtor's property has been sold by the sheriff, or if the execution or other process has been held by the sheriff for a period of fifteen days after written demand for payment without seizure, levy or taking in execution or satisfaction by payment, or if it is returned endorsed to the effect that the sheriff can find no property whereon to levy or to seize or take, but where **interpleader** proceedings have been instituted with respect to the property seized, the time elapsing between the date at which the proceedings were instituted and the date at which the proceedings are finally disposed of, settled or abandoned shall not be taken into account in calculating the period of fifteen days.²⁴ [emphasis added]*

Paragraph 42(1)(e) B.I.A. thus provides that a debtor commits an act of bankruptcy if he has not repaid a creditor who has initiated a forced execution with respect to his property five days before it is put up for sale by the sheriff or fifteen days after the seizure. The days during which an interpleader proceeding is taking place are not taken into account in calculating these time periods. The French version refers to *opposition* proceedings.

²⁴ The French version of that subsection provides as follows:

Un débiteur commet un acte de faillite en chacun des cas suivants :

[...]

*e) s'il permet qu'une exécution ou autre procédure contre lui, et en vertu de laquelle une partie de ses biens est saisie, imposée ou prise en exécution, reste non réglée cinq jours avant la date fixée par l'huissier-exécutant pour la vente de ces biens, ou durant les quinze jours suivant la saisie, imposition ou prise en exécution, ou si les biens ont été vendus par l'huissier-exécutant, ou si l'exécution ou autre procédure a été différée par ce dernier pendant quinze jours après demande par écrit du paiement sans saisie, imposition ou prise en exécution, ou règlement par paiement, ou si le bref est retourné portant la mention que l'huissier-exécutant ne peut trouver de biens à saisir, imposer ou prendre; cependant, lorsque ont été intentées des **oppositions** au sujet des biens saisis, le temps qui s'écoule entre la date à laquelle ces procédures ont été intentées et la date à laquelle il est définitivement statué sur ces procédures, ou à laquelle celles-ci sont définitivement réglées ou abandonnées, ne peut être compté dans le calcul de cette période de quinze jours [emphasis added].*

Origin of the interpleader procedure

Interpleader, translated in French by the term *entreplaiderie*,²⁵ is a common law procedure. It allows a person, called a “stakeholder”, who holds property without claiming any interest in it, to bring parties who have initiated proceedings against him with respect to that same property, together into court to argue their respective claims.²⁶ This is a form of joinder of remedies.²⁷

In short, paragraph 42(1)(e) B.I.A. is intended to enable a person who has no interest in the property in dispute to avoid the presumption that an act of bankruptcy has been committed by going to court.²⁸

It is important to recall that paragraph 42(1)(e) B.I.A. deals with the seizure or taking in execution of property owned by the debtor, which raises doubts as to the need to refer to interpleader procedure in this context. This doubt is dispelled, however, to the extent that interpleader involves postponing the presumption that an act of bankruptcy has taken place.

Quebec civil law

In the context of the forced execution of judgments in Quebec, if two creditors attempted to have their judgments executed while engaging in a seizure of property, the person in possession of the property who was not its owner would not have sufficient legal interest to oppose it.²⁹ Other procedures would no doubt be appropriate in such circumstances, such as a motion to dismiss.

²⁵ See the JURITERM computerized terminology databases of the Centre de traduction et de terminologie juridique of l'Université de Moncton's Faculty of Law and TERMIMUM®.

²⁶ From an etymological perspective, *inter* means “between” and *pleader* refers to parties instituting an action. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, s. 43.05; G.D. Watson, “Rule 43 Interpleader” in G.D. Watson & C. Perkins, eds., *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 4 (Scarborough, Ont.: Carswell, 1993) at 43-1, 43-3ff.

²⁷ *Black's Law Dictionary*, 7th ed., s.v. “interpleader”; Dukelow & Nuse, *supra* note 7, s.v. “interpleader”.

²⁸ The interpleader procedure has in fact been developed as a way of protecting oneself against legal action. Watson, *supra* note 26, at 43-7.

²⁹ *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Campbell*, [1990] R.D.F.Q. 47 (C.Q.) (settled); *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Société de gestion Beaupharc*, [1990] R.D.F.Q. 51 (C.Q.) (settled); C. Belleau, “Exécution des jugements” in D.

To the extent that it is useful to refer to the notion of interpleader in common law, it seems to us that it should be possible under paragraph 42(1)(e) *B.I.A.* to avoid the presumption that an act of bankruptcy has been committed when a person has a legitimate cause for opposing the seizure.

Therefore, the French version of paragraph 42(1)(e) *B.I.A.* rightly refers to the procedure for opposing such seizure. It should also do so in the English version.

Harmonization proposals

We propose that the term “opposition” be added to the English version of paragraph 42(1)(e) *B.I.A.* for the benefit of the English-speaking civil law audience.

As well, the term *entreplaiderie* should be added to the French version for the benefit of the French-speaking common law audience.

Would it be necessary to provide for all other forms of “opposition” or contestation in paragraph 42(1)(e) *B.I.A.* before concluding that an act of bankruptcy has been committed?

Proposals relating to security

3. Charges / Charges

In contrast with the Quebec legislature, the federal Parliament regularly uses the term “charge” to refer to security mechanisms.³⁰ The use of this term may create confusion in civil law since the term “charge” has a broader sense and, as a result, its meaning may vary depending on the context in which it is used.

Quebec civil law

In civil law, the term “charge” is not the most appropriate term for referring to a security mechanism. The Civil Code uses this term

Ferland & B. Emery, eds., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1994) at 158.

³⁰ For example, at paragraph 42(1)(c) and subsections 14.06(7) and 47.2(1) *B.I.A.*

in various contexts: a gift encumbered with a charge (art. 173), common charges (art. 1019), a servitude is a charge (art. 1177), rights and charges (art. 1209), hypothecs or charges (art. 3019), and so forth. Although the term “charge” is sufficiently broad to include a security mechanism,³¹ it is not used in the Civil Code when referring specifically to a security mechanism. The term used instead is “security” (*sûreté*), often found in the expression “furnish a security” (art. 209).

In civil law, the term “security” is thus preferable to “charge” when referring to a security mechanism. It must nonetheless be noted that the term “security” includes not only hypothecs and prior claims but also suretyships, and can also include other mechanisms of a real or personal nature that are primarily intended to ensure the performance of an obligation (reservation of ownership, letter of credit, etc.).

We note that the term “charge” is generally defined as a limitation of the right of ownership of an immovable, in conjunction with a real right, such as a hypothec or servitude.³² It thus seems appropriate that the use of the term “charge” should be limited to immovables.³³ Therefore, it would not refer to prior claims that do not constitute a real right.

³¹ As article 1209 C.C.Q. illustrates:

*Upon termination of the emphyteusis, the owner resumes the immovable free of all the rights and **charges** granted by the emphyteutic lessee, unless the termination of the emphyteusis results from resiliation by agreement or from the union of the qualities of owner and emphyteutic lessee in the same person* [emphasis added].

³² G. Cornu, ed., *Vocabulaire juridique*, 4th ed. (Paris: Presses Universitaires de France, 1994) s.v. “charge”; P.-A. Crépeau, ed., *Private Law Dictionary*, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1991) s.v. “charge”; M. Fillion, *Dictionnaire du Code civil du Québec* (Saint-Nicolas, Qc.: Éditions associations et entreprises, 1998) s.v. “charge”; Reid, *supra* note 8, s.v. “charge”; J. Rey-Debove & A. Rey, eds., *Le nouveau Petit Robert* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993) s.v. “charge”.

³³ M^{es}. Roger P. Simard and Antoine Leduc recently stated that the term “charge” does not refer only to a limitation of the right of ownership of an immovable, in conjunction with a real right, such as a hypothec or servitude, but also to any obligation or limitation in conjunction with a personal right such as that imposed by the law. R.P. Simard & A. Leduc, “Affaire *Château d’Amos*: intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral?” in *Développements récents en droit administratif* (2000), Service de la formation permanente, Barreau du Québec (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2000), at 85, 109. The definition to which these authors refer indicates that the personal rights in question (lessees’ rights, right

This does not mean that the term “charge” needs to be systematically replaced with “security” in the *B.I.A.* It is first necessary to ensure that the term “charge” is used solely to refer to a security mechanism. If, in addition to covering certain security mechanisms, the term “charge” also refers to dismemberments of the right of ownership, it should then continue to be used in the context of immovables. This latter concept includes that of a real security, compared to “security”, which excludes many of the concepts encompassed by “charge”.

For example, in the context of paragraph 42(1)(c), it appears that the term “charge” has a broader meaning and includes acts which, while neither conveyances nor transfers nor security mechanisms, nonetheless constitute acts that could lead to fraudulent preferences, such as dismemberment of the right of ownership.³⁴ In this case the term “charge” should be retained since, in the specific context in which an immovable may be involved, the term “security” has an overly restrictive meaning.

Common law

In common law, the term “charge” seems to have a similar meaning. According to the definition generally referred to:

*“Charge” as applied to property signifies that it is security for the payment of a debt or performance of an obligation. It is a general term, and therefore includes mortgages, liens, writs of execution, etc., but is also applied in a restricted sense to cases where the security has no special name, and where there is not necessarily a personal debt.*³⁵

of redemption, rights imposed through zoning regulations, limitation arising from the registration of a declaration of family residence) all constituted under the old Code, that is, at the time the definition was drafted, are limitations of the right of ownership of an immovable. Cr peau, *supra* note 32, at 84-85.

34 Paragraph 42(1)(c) reads as follows:

A debtor commits an act of bankruptcy in each of the following cases:

...

(c) if in Canada or elsewhere he makes any conveyance or transfer of his property or any part thereof, or creates any charge thereon, that would under this Act be void as a fraudulent preference;

35 Burke, *supra* note 7, s.v. “charge”; See *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1997) s.v. “charge”. Similar definitions are found in Dukelow & Nuse, *supra* note 7, s.v. “charge” and *Black’s Law Dictionary*, *supra* note 27, s.v. “charge”.

However, this term is more commonly used than in civil law to refer to security mechanisms and is used in common law for both immovables and movables. This means that the terms “charge” and “security” would correspond from the standpoint of common law.

It is worth noting that, in theory, a “charge” differs from a mortgage (*hypothèque immobilière*) in that it pertains to a security charged on, not the property, but the legal title to the property, which passes into the hands of the mortgagor, thereby effecting a transfer of the right of ownership.³⁶ However, in practice, when it is recorded in the Torrens land register, a mortgage does not effect a transfer of the right of ownership and can thus be designated by the term “charge”,³⁷ like the civil law hypothec.

Harmonization proposals

We propose that the generic term “security / *sûreté*” be used when the term “charge / *charge*” is used to refer to security mechanisms. This solution has the advantage of being simple and understandable in both private law systems. However, other terminological changes may be appropriate, depending on the context.

The term “charge” should be used when the *B.I.A.* refers to dismemberments of the right of ownership (servitudes, emphyteusis, etc.) as well as security mechanisms. For example, in the case of paragraph 42(1)(c) and subsection 72(2) *B.I.A.*, the use of the term “charge” is appropriate and no changes are proposed. In contexts in which movable and immovable property are involved, it might be desirable to use both notions.

³⁶ W.B. Rayner & R.H. McLaren, eds., *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. (Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977) at 11; J.E. Roach, *Les hypothèques immobilières en common law* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1991) at 9; B. Ziff, *Principles of Property Law*, 3d ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000) at 407.

³⁷ In Alberta, *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5; in British Columbia, *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c.250; in Manitoba, *Real Property Act*, R.S.M. 1988, c. R30; in New Brunswick, *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1 amended by *An Act to Amend the Land Titles Act*, S.N.B. 1984, c. 48, and *An Act to Amend the Land Titles Act*, S.N.B. 1986, c. 49; in Ontario, *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5; in Saskatchewan, *Land Titles Act*, R.S.S. 1978, c. L-5; in the Northwest Territories, *Land Titles Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. 8 (suppl.) and in the Yukon, *Land Titles Act*, S.Y. 1991, c. 11.

It will be recalled that the terms “charge” and “security” correspond in common law and that only the term “security” (*sûreté*) used alone is appropriate in the context of movables in civil law.

4. Mortgage / Hypothèque

Federal statutes frequently contain a reference to civil law *hypothèques* in the French version and to common law “mortgages” in the English version.³⁸ From a conceptual point of view, these two forms of security mechanisms are fundamentally different.

Quebec civil law

In civil law, a hypothec is an accessory real right.³⁹ It flows from this that a hypothec is necessarily subject to the right of ownership.⁴⁰ In other words, the establishment of a hypothec in civil law does not have any immediate effect on the debtor’s title of ownership, which remains in the latter’s hands.⁴¹

Common law

In common law the situation is, in principle, entirely different. The establishment of a mortgage effects a transfer of the title of ownership in favour of the creditor in a manner somewhat similar to a conditional sale.⁴² Equity law nonetheless confers on a mortgagee an equity of redemption, that is, the right to buy back the property by repaying the creditor in full.⁴³ This right is specific to the common law system.

³⁸ Such is the case in subsection 72(2) *B.I.A.* This association may not be surprising since, even in Quebec, the term *hypothèque* is commonly used in French and “mortgage” in English. See, for example, bank advertising on loans.

³⁹ Arts. 2660-2661 C.C.Q.

⁴⁰ P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (Montreal: Thémis, 1999) at 192; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété*, 3d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1998) at paras. 111ff.

⁴¹ Art. 2733 C.C.Q.

⁴² Rayner & McLaren, *supra* note 36 at 16-17; Roach, *supra* note 36 at 3ff.

⁴³ Rayner & McLaren, *ibid.* at 40; Ziff, *supra* note 36 at 387-388.

Harmonization proposals

Beyond these systemic features, the hypothec and the mortgage serve the same purposes, notably with respect to immovables. Thus, the federal Parliament rightly often refers to these two security mechanisms in the same section. Respect for both legal traditions entails using the terminology of each private law system in both official languages. It is for that reason that we propose the use of the English term “hypothec” for the English-speaking civil law audience along with the term “mortgage”. The term *hypothèque* is used in both systems and does not present any problems from the standpoint of harmonization.

5. Equity of redemption / *Faculté de réméré*

Under the *B.I.A.*, a trustee may require a creditor to file a proof of security when the title with respect to property that is part of the estate is subject to a security.⁴⁴ If the creditor fails to do so, the trustee in bankruptcy may apply for leave of the court to sell or dispose of the property free of that security.⁴⁵ If the creditor assesses by way of a proof the value of the security, the trustee may decide to inspect the property that is subject to the security⁴⁶ and to redeem it, thus halting the process of realizing on the property that is subject to the security.⁴⁷

Pursuant to section 130, a secured creditor may, after assessing the value of his security, require the trustee to indicate whether he will exercise his prerogative of redeeming or realizing on the security. If the trustee fails to respond within a one-month period, the creditor may then consider that the trustee has waived his right of redemption and the trustee’s rights are transferred to him.⁴⁸ This notion of “equity of redemption / *faculté de réméré*” is unknown in civil law.

⁴⁴ Subs. 128(1) *B.I.A.*

⁴⁵ Subs. 128(1.1) *B.I.A.*

⁴⁶ S. 79 *B.I.A.*

⁴⁷ Subs. 128(3) *B.I.A.*

⁴⁸ *Re Struthers* (1925), 5 C.B.R. 175 (Ont. S.C.); *Re Blais* (1936), 17 C.B.R. 411 (Sask. Dist. Ct.).

Quebec Civil Law

In civil law, a debtor does not possess such an “equity of redemption” because he remains the owner of the property. Also, strictly speaking, from a civil law perspective the trustee would not be able to exercise a right of redemption since the title of ownership that was in the hands of the bankrupt debtor has now been vested in the trustee and he himself has become its owner.⁴⁹ How is it possible to redeem property that one already owns? From a civil law standpoint, the trustee could simply “repay” the creditor in full by performing the obligation to which the bankrupt debtor was subject.⁵⁰

Common law

From the point of view of common law, the trustee is an extension of the bankrupt’s person, to whom an equity of redemption has been granted. For example, in the case of a mortgage, legal title to the property is vested in the creditor as it would have been upon completion of a sale and the debtor can always take back the title by redeeming it from the creditor.⁵¹

Harmonization proposals

The expression “equity of redemption / *faculté de réméré*” in this specific context holds no meaning for the civil law practitioner. Section 130 *B.I.A.* in fact indicates that the trustee surrenders the property, which is then transferred to the creditor.⁵² This is what is known in common law as “foreclosure”.⁵³

⁴⁹ Subs. 71(2) *B.I.A.*

⁵⁰ This is the essence of the decision by Mr. Justice Denis Lévesque of the Superior Court of Quebec in *Banque nationale du Canada v. Restaurant Ocean Drive Inc.*, [1996] Q.J. No. 724 (Sup. Ct.), online: QL (QJ), aff’d [1998] R.J.Q. 1766 (C.A.).

⁵¹ Roach, *supra* note 36 at 7-8.

⁵² The amount of the creditor’s claim is reduced by the amount at which the security has been valued. S. 130 *B.I.A.*

⁵³ L.W. Houlden & G.B. Morawetz, *The 2002 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 2001) at 528.

In civil law, however, it is by no means clear that this is a matter of forced surrender.⁵⁴ In general, notwithstanding surrender, the creditor is not the owner of the property as such.

In light of this difficulty, we propose a more neutral way of expressing the rule by referring implicitly to both systems of private law.

Proposal relating to property

6. Definition of “property / biens”

The English version of subsection 2(1) B.I.A. defines the term “property” as follows:

“property” includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere, and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property.

The wording of this provision can be compared with that of the French version, which provides as follows:

Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu’ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d’argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d’intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s’y rattachant.

The definition contains a list of elements and, in the French version, also a statement. The two linguistic versions do not correspond and do not reflect the two legal systems or all four audiences present in Canada.

Quebec civil law

In civil law, property is a thing that is subject to appropriation.⁵⁵ “Property” refers to things which are in the realm of commerce and

⁵⁴ Art. 2765 C.C.Q.

⁵⁵ Art. 911, 915-916 C.C.Q.; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, 4th ed. (Paris: Presses Universitaires de France, 1964) at 45ff.; Lafond, *supra* note 40 at 4, 160; Lamontagne, *supra* note 40 at para. 5.

which could be part of a patrimony, whereas personality rights (the human body, the right to reputation, the right of paternity, civil rights and basic rights and freedoms, for example), being outside that realm, are not part of a patrimony but complement the juridical attributes of a natural person.⁵⁶

The *res communes* must also be considered to be a part of the latter category.⁵⁷ Air, water and light cannot, with some exceptions, be appropriated.

In civil law, there is thus no need to define what is meant by the term “property”.

Common law

In principle, the classification of property in common law is made according to the rule of civil procedure than applies.⁵⁸ Traditionally, property is considered to be anything that can be subject to an action *in rem* (real property) or an action *in personam* (personal property).⁵⁹ Along with this are incorporeal things that can also be subject to an action.⁶⁰ Reference must also be made to the distinction based on the acquisition of property at law or in equity⁶¹ or the development of the theory of domains that established fee estates, life estates and tenure.⁶²

From a more modern perspective, property can be defined on the basis of an individual’s “interest”, that is, *any external thing over which the rights of possession, use and enjoyment are exercised*.⁶³

⁵⁶ Lafond, *ibid.* at 160; Lamontagne, *ibid.* at para. 178.

⁵⁷ Art. 913 C.C.Q.; Carbonnier, *supra* note 55 at 45ff.; P.-B Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. 2, by C. Théorêt (Montreal: Wilson & Lafleur, 1896) at para. 1168.

⁵⁸ M. Bastarache & A. Boudreau Ouellet, *Précis du droit des biens réels*, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2001) at 13-14; Ziff, *supra* note 36 at 73ff.

⁵⁹ Bastarache & Boudreau Ouellet, *ibid.* at 13-15.

⁶⁰ *Ibid.* at 17.

⁶¹ Ziff, *supra* note 36 at 77.

⁶² *Ibid.* at 153ff.

⁶³ *Black’s Law Dictionary*, *supra* note 27, s.v. “property”.

This would expand the definition to include all things subject to appropriation and would bring the determination of property in common law and civil law closer together.

However, since the term “property” has a variety of meanings, each case is considered on the basis of its context.⁶⁴ As a result, unlike in civil law, it is necessary to specify what is meant by “property”, especially in a bankruptcy context. Moreover, the enumeration found in the definition of “property / biens” likely reflects the interpretations that case law has given for this term.

Harmonization proposals

For the definition of “property / biens” to properly reflect the notions of civil law, two options present themselves. First, the definition could remain as it is, subject to the amendments proposed below, and the civil law practitioner could turn to sections 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*⁶⁵ and stop reading after the phrase “property situated in Canada or elsewhere” since the other terms included in the definition are not a part of its legal system and are nonetheless property.

The second approach to such a definition is to split it into two parts, one for the civil law audience and the other for the common

⁶⁴ *London Guarantee & Accident Co. v. George* (1906), 3 W.L.R. 236 at 238 (Man. K.B.).

⁶⁵ A First Act to harmonize federal law with the civil law of the Province of Quebec, S.C. 2001, c. 4 amended the *Interpretation Act* (R.S.C. 1985, c. I-21) by introducing a new rule of interpretation for federal statutes. The new sections 8.1 and 8.2 of that Act read as follows:

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

law audience. The definition for civil law could be “property situated in Canada or elsewhere” while the common law definition could contain a list of elements in keeping with this system of law.

We propose that the first option be adopted. We also propose some additional changes, namely that the existing definition be amended to take into account the French-speaking common law audience. The French version does not touch on the notions of “things in action”, “real or personal property” or “estate”.

With respect to the expression “things in action”, it would be preferable to use the expression *choses non possessoires* to mirror this notion.⁶⁶

With respect to the expression “whether real or personal”, given the meaning of the term “property” in civil law, there is no need to retain the expression *meubles ou immeubles*. However, it would be appropriate to introduce the expression *biens réels ou personnels*, which properly reflect the expression “real or personal property”.⁶⁷

Lastly, regarding the expression “every description of estate”, the term “estate” has a number of meanings. The inclusion of the expression “every description of” reflects a desire to understand “estate” in its broader meaning.⁶⁸ It has been rendered by *droits* in the definition in the French version of the *B.I.A.*, however we recommend that the term *domaine* be used instead.⁶⁹

We propose that terminology appropriate to each private law system be used for the entire statute, namely, “immovable / *immeuble*” – “movable / *meuble*” for the civil law audience and “real property / *bien réel*” – “personal property / *bien personnel*” for the common law audience.⁷⁰

⁶⁶ *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, *supra* note 35, s.v. “thing in action”.

⁶⁷ *Ibid.*, s.v. “personal property”, “real property”.

⁶⁸ This seems to be a reference to the theory of the “estates” (*domaines*) of common law. See Ziff, *supra* note 36 at 153ff.

⁶⁹ *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, *supra* note 35, s.v. “estate”.

⁷⁰ This would obviously entail the abrogation of subsection 2(2) *B.I.A.*

Proposals relating to obligations

7. Nullity and effectiveness of contracts

The legislator uses the term “void / *nul*” a number of times in the *B.I.A.*⁷¹ In the English version, the term “void” is also used to correspond to *inopposable* in the French version. The meaning of these terms differs in the civil law and common law systems.

Quebec civil law

When Parliament wishes to address sanctions regarding the conditions of formation of contracts, it must refer to the notion of nullity, as it in fact does in the French version of the *B.I.A.* The English version uses the concept of “void”. In a civil law context the term “void” should not be used since it is borrowed from the common law.⁷² The English version of the *Civil Code of Québec* uses the term “null” to correspond to the term *nul*.⁷³

However, if we wish to ensure that trustees in bankruptcy are not required to recognize the existence of a valid juridical act made by the bankrupt, it must be declared to be ineffective (*inopposable*) against him, as in the French version of subsections 91(1), (2), 94(1) and 95(1). This is not the case in the English version of those provisions, in which the term *inopposable* is rendered by “void”. Depending on the context, it would be inappropriate to refer to nullity since Parliament’s objective is to ensure that property is subject to the trustee’s possession without affecting the validity of the contract. The settlement of property, assignments of book debts and payments that a debtor could make within a specific time period must be ineffective against the trustee. The English formula used in civil law and to refer to the notion of *inopposabilité* is “may not be set up against”.⁷⁴

⁷¹ The term “void / *nul(le)*” is used in subsections 42(2), 85(2), 98(1) and paragraphs 42(1)(c), 83(1)(a),(b),(c) and (2)(c).

⁷² Cr  peau, *supra* note 32, s.v. “void”.

⁷³ Art. 1416ff. C.C.Q.

⁷⁴ For example, art. 1516 C.C.Q.

Common law

The French term *inopposable* is also used in common law, which is similar to civil law in that use of this term does not entail any specific meanings. With regard to the English version, a more in-depth analysis of the notion of *inopposabilité* in common law indicates that this term is rendered differently depending on the context. For example, the English version of Ontario's *Personal Property Security Act* uses the term "unenforceable",⁷⁵ which is used rather in the context of a failure to execute a contract. The term *inopposable* is also rendered by the notion of "unperfected" in security matters when a creditor cannot establish that his security has priority over other creditors. The creditor then holds an "unperfected security interest".⁷⁶

There does not seem to be, in common law, a specific English-language equivalent for the notion of *inopposabilité* as we find it in the *B.I.A.* However, it seems that the general expression "ineffective against" clearly describes the nature of a transaction that cannot be enforced against the trustee.

Harmonization proposals

When Parliament wishes to refer to the validity of contracts, we propose that the term "void / nul" be replaced by "without effect / *sans effet*", which is neutral in both civil law and common law. This term accurately describes the principal consequence of the nullity of a juridical act, namely the absence of effect.

With regard to the effectiveness of certain transactions against the trustee, we propose that the term *inopposable* be retained for French-speaking civil law and common law audiences and that the term "void" be replaced by the neutral expression "ineffective against" for the English-speaking civil law and common law audiences.

⁷⁵ *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P-10, par. 9(2).

⁷⁶ *Black's Law Dictionary*, *supra* note 27, s.v. "unperfected security interest". The definition of "unperfected security interest" reads as follows: "A security interest held by a creditor who has not established priority over any other creditor."

8. Designation of parties to a lease

The English version of federal statutes frequently contains the terms “landlord” and “tenant”, while the terms *locateur* and *locataire* appear in the French version. For example, subsection 65.2(1) B.I.A. provides as follows:

*At any time between the filing of a notice of intention and the filing of a proposal, or on the filing of a proposal, in respect of an insolvent person who is a commercial **tenant** under a lease of real property, the insolvent person may disclaim the lease on giving thirty days notice to the **landlord** in the prescribed manner, subject to subsection (2).⁷⁷* [emphasis added]

The English terminology should be harmonized since it is foreign to civil law.

Quebec civil law

In civil law, the notion of lease is addressed in article 1851 C.C.Q., of which the English version reads as follows:

*Lease is a contract by which a person, the **lessor**, undertakes to provide another person, the **lessee**, in return for a rent, with the enjoyment of a movable or immovable property for a certain time.* [emphasis added]

The terms “landlord” and “tenant” are not used in the *Civil Code of Québec*, which favours instead the terms “lessor” and “lessee”.

Common law

In common law, the term “landlord” refers to a person who leases premises, the owner of premises, the person who authorizes the occupation or who is entitled to possession of the premises.⁷⁸ The term “tenant” refers to a person who leases or occupies premises.⁷⁹

⁷⁷ The French version of that section provides as follows:

*Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un **locataire** commercial en vertu d'un bail immobilier, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donné de la manière prescrite* [emphasis added].

⁷⁸ Commercial Tenancies Act, R.S.O. 1990, c. L.7, s. 1 “landlord / locateur”.

⁷⁹ *Ibid.* s. 1 “tenant / locataire”.

With respect to terminology, the use of “landlord” and “tenant” seems to be limited to the leasing of real property,⁸⁰ while the use of the terms “lessor” and “lessee” is appropriate to refer to the leasing of either real or personal property.⁸¹ It should be noted that in civil law the term “lessor / lessee” applies to both immovables and movables.

Harmonization proposals

We propose, to avoid the use of terms that are foreign to the civil law or the addition of terms which would make the text more cumbersome, that the terms “landlord” and “tenant” be replaced in the English version by the terms “lessor” and “lessee” respectively. This would address both situations in which only immovables / real property are at issue as well as those involving movables / personal property.

9. Terminology relating to representation

Another area in which the terminology used in federal legislation predominantly reflects the common law is representation. The English version of federal statutes frequently contains references to “principal” and “agent”, terms that are not part of the vocabulary of civil law. The notions of “mandate” in civil law and “agency” in common law do not correspond in all cases.

Quebec civil law

In civil law, a mandate is a contract by which a person gives to another person, the power to represent him in the performance of a juridical act with a third person. The person giving the mandate is called the “mandator” and the person who represents him is called the “mandatory”.⁸²

⁸⁰ *Dictionnaire canadien de la common law – droit des biens et droit successoral*, *supra* note 35, s.v. “landlord”, “tenant”.

⁸¹ *Ibid.* s.v. “lessor”, “lessee”. See *Black’s Law Dictionary*, *supra* note 27, s.v. “lessor”, “lessee”.

⁸² Art. 2130 C.C.Q.

The English version of article 2130 C.C.Q. defines mandate as follows:

Mandate is a contract by which a person, the mandator, empowers another person, the mandatary, to represent him in the performance of a juridical act with a third person, and the mandatary, by his acceptance, binds himself to exercise the power.

For the English version of federal legislative provisions dealing with representation to properly reflect the civil law, they should use the terms “mandator” and “mandatary”.

Moreover, an individual can perform an act in the name of, in place of and on behalf of another person even though not necessarily acting under a contract of mandate. In such a case, either the term “representative” (*représentant*)⁸³ or “proxyholder” / “holder of a power of attorney” (*fondé de pouvoir*) should be used, depending on the context.

Common law

The civil law notion of “mandate” is close conceptually to the notion of “agency” in common law. However, the latter is defined as being of a fiduciary nature and as having, depending on the context, a broader scope than “mandate”. The notion of “agency” is defined as a:

*fiduciary relationship created by express or implied contract or by law, in which one party (**the agent**) may act on behalf of another party (**the principal**) and bind that other party by words or actions.*⁸⁴ [emphasis added]

It should be pointed out that the French-language common law term *mandataire* corresponds to the term “agent”.

However, if we simply wish to refer to one who stands for or acts on behalf of another⁸⁵ then the terms “representative”, “holder of a power of attorney” or “proxyholder” should be used depending on the context.

⁸³ Reid, *supra* note 8, s.v. “représentant”.

⁸⁴ Black’s Law Dictionary, *supra* note 27, s.v. “agency”.

⁸⁵ *Ibid.* s.v. “representative”.

Harmonization proposals

The three proposals that follow illustrate the importance of examining the context in which the notions of representation appear since there is no one solution that applies to all situations.

The definition of “securities firm” in section 253 *B.I.A.* reads as follows:

*“securities firm” means a person who carries on the business of buying and selling securities from, to or for a customer, whether or not as a member of an exchange, as **principal** or **agent**, and includes any person ...*

“courtier en valeurs mobilières” Toute personne, membre ou non d’une bourse de valeurs, qui achète des titres à un client ou pour celui-ci ou vend des titres à un client ou pour celui-ci, pour son compte ou en qualité de mandataire, et notamment celle qui a l’obligation de s’inscrire [...] [emphasis added]

We propose that the term “mandatary” be added to the English version of this definition since the reference here is to a contract of mandate. A securities firm is in fact considered in both common law and civil law to be an agent and a mandatary, respectively.⁸⁶ The French version already uses the term *mandataire*, which is appropriate for both French-speaking civil law and common law audiences.

Subsection 26(3) gives a specific example:

*The trustee shall permit the books, records and documents referred to in subsection (2) to be inspected and copies thereof made by the Superintendent, the bankrupt or any creditor or their **agents** at any reasonable time.*

*Le syndic doit permettre que les livres, registres et documents de l’actif soient examinés et que des copies en soient prises par le surintendant, le failli ou un créancier ou leurs **mandataires** à toute heure convenable. [emphasis added]*

In this case, the *B.I.A.* uses the term *mandataire* to refer to individuals who in fact act as representatives of another person whether

⁸⁶ J.V. O'Donnell & A. Olivier, “Les grandes tendances de la jurisprudence récente” in J.-L. Baudouin & P. Deslauriers, eds., *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1999) at 10.

or not a contract of mandate has actually being made. We propose that in this context the term *mandataires* be replaced by *représentants* in the French version and “agents” by “representatives” in the English version.

However, in certain contexts a more specific term is needed to refer to an individual that represents a corporation for voting purposes. This is the case in the French version of subsection 109(5), which provides as follows:

*A corporation may vote by an authorized **agent** at meetings of creditors.*

*Une personne morale peut voter par un **mandataire** autorisé aux assemblées de créanciers. [emphasis added]*

The term *mandataire* should be replaced by *fondé de pouvoir* in the French version and “agent” by “proxyholder” in the English version, as they are neutral terms in keeping with both private law systems.

Other proposals

10. Notion of “business / commerce”⁸⁷

In the English version of many provisions of the *B.I.A.*, one can find the expressions or terms “carrying on business”, “trade” and “commercial”, which are rendered in French in various ways (*exercer le commerce, faire commerce, opérations commerciales*), depending on the date that the various amendments to the statute were adopted. Added to these terminological problems is the new notion of enterprise adopted by the *Civil Code of Québec* in 1994. This matter warrants further exploration.

Quebec civil law

The *Civil Code of Lower Canada* had a dual system, similar to that which existed in French law, setting out a very clear distinction between commercial activities and those that were purely civil. This situation gave rise to some lively discussions surrounding the criteria for determining whether an act was civil or commercial.⁸⁸

⁸⁷ This part was written in collaboration with Albert Bohémier, professor emeritus of the Faculty of Law of l'Université de Montréal and Senior Counsel with Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre.

⁸⁸ N.N. Antaki, “La commercialité des immeubles : une théorie en construction” (1978) 19 C. de D. 157; J. Goulet, “Un nouvel inventaire des objets de

Two theories were proposed. According to the first, the theory of subjective or personal commerciality (*théorie de la commercialité subjective ou personnelle*), an act acquired a commercial nature when it was made by a trader for the purposes of his business. According to the second, the theory of objective or real commerciality (*théorie de la commercialité objective ou réelle*), a commercial act was one that met the criteria of commerciality (speculation, circulation and intervention), regardless of the status of the person who had performed the act in question.

Irrespective of the system used to qualify such acts, the doctrine and jurisprudence refused to consider certain categories of persons to be traders and certain acts to be commercial acts. This applied to juridical acts made by professionals, farmers and artisans, which normally were of a purely civil nature. For a long time the same held true for contracts, even speculative ones, involving immovables.

The *Civil Code of Québec* completely abrogated the notions of commercial acts and of traders. To put an end to the various challenges, often costly, associated with the application of those concepts, the legislature simply replaced them with the notion of enterprise as defined in the third paragraph of article 1525 C.C.Q.:

The carrying on by one or more persons of an organized economic activity, whether or not it is commercial in nature, consisting of producing, administering or alienating property, or providing a service, constitutes the carrying on of an enterprise.

The notion of enterprise thus relates to all organized economic activity. Such activity can be carried on by a natural or a legal person, which can be a company or a non-profit legal person or even a cooperative.

We note that an isolated act that is not repeated does not constitute an enterprise, which requires a certain amount of routine activity. In addition, although professional activity was not considered to be a commercial act under the *Civil Code of Lower Canada*, it became an act of enterprise under the new Civil Code.

commerce" (1965-66) 7 C. de D. 84; L. Lilkoff, "Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité" (1966) 26 R. du B. 534.

Common law

In contrast with French law, English law long had a unified system: the same legal rules apply whether an act originates with a merchant or not. During the eighteenth and nineteenth centuries, merchant law was gradually absorbed by common law and thereby ceased to exist as a separate body.⁸⁹

English statutory law on bankruptcy has undergone similar changes. In 1571, the scope of bankruptcy legislation was limited to merchants alone.⁹⁰ As of 1705, if the latter were in good faith, they could be released from their debts. Persons who were not merchants were subject instead to what was referred to as the insolvency system and were not entitled to such treatment. Subsequent changes resulted in an amalgamation of these two parallel systems in 1861.⁹¹ Accordingly, if the terms “trade” and “traders” had a rather limited meaning until 1861 and essentially related only to merchant activity, afterwards there was no objection to use the term “business”, which had a broader meaning,⁹² since the law henceforth applied even to persons who were not merchants.

We find a similar evolution in Canadian law. Section 1 of *An Act respecting Insolvency*, which dates from 1864 (prior to Confederation), indicated that in Lower Canada the Act applied to merchants only⁹³ and in Upper Canada to all persons whether or not they were engaged in trade.

The first federal statute was *An Act respecting Insolvency* of 1869 which set out a uniform system for the Canadian provinces but the

⁸⁹ A. Bohémier, “Quelques observations sur le droit commercial québécois et ses perspectives d’avenir” in A. Bohémier & P.-P. Côté, *Droit commercial général*, t.1, 3d ed. (Montreal: Thémis, 1985) at 131; See also O. Moréteau, *Droit anglais des affaires* (Paris: Dalloz, 2000) at paras. 7-8.

⁹⁰ *An Act touching Orders for Bankrupts*, 1570 (U.K.), c. 7. This statute applied to “any merchant or other person using or exercising the trade of marchandize ...”.

⁹¹ *An Act to amend the Law relating to Bankruptcy and Insolvency in England*, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 134. Section 69 of that statute made it applicable to all: “All debtors, whether Traders or not, shall be subject to the Provisions of this Act.” However, in support of a creditor’s application, certain acts of bankruptcy could be invoked against merchants alone.

⁹² It would appear that this word appeared for the first time in the 1869 *An Act respecting Insolvency* to determine the courts’ jurisdiction.

⁹³ This is consistent with the French tradition and the definition in article 17(23) C.C.L.C., which provides that bankruptcy is the “condition of a trader who has discontinued his payments.”

scope of which was limited to merchants alone. In 1880 the bankruptcy statute was abrogated. The federal Parliament returned to this matter in 1919 and enacted a general statute that applied to all persons, whether merchants or not, who lived or carried on business in Canada.

Accordingly, the various usages of the terms “business” and “trade” in the current *B.I.A.* often stem from purely historical factors. Although the line of demarcation between the two notions is not very precise, “business” is not synonymous with “trade” and the former term has a much broader scope than the latter. A person who engages in a trade is a trader and that person carries on business. However, the opposite is not necessarily true: a person who carries on business is not necessarily a trader. The meaning of “trade” can be broad or limited in scope.

*Trade in its primary meaning is the exchange of goods for goods or goods for money, and in a secondary meaning it is any business carried on with a view to profit, whether manual or mercantile, as distinguished from the liberal arts or learned professions and from agriculture. However, the word is of very general application, and must always be considered in the context in which it is used.*⁹⁴

The scope of the term “business” can vary depending on the context in which it is used:

*“Business” is a wider term than “trade”, and not synonymous with it, and means almost anything which is an occupation as distinguished from a pleasure. However, the term must be construed according to its context.*⁹⁵

For example, unless otherwise indicated, farmers do not engage in a trade but they do carry on business. The same holds true for professionals. It is worth taking note of the points of convergence between the notion of “carrying on business” and that of “enterprise” in the *Civil Code of Québec* in contrast with those that existed between the notions of “trade” and “trader” in the *Civil Code of Lower Canada*.

In general, a person carries on business when he engages in a continuous occupation for the purpose of realizing profits or at least

⁹⁴ *Halsbury's Laws of England*, vol. 47, 4th ed. (London: Butterworths, 1994) at 13.

⁹⁵ *Ibid.* at 15.

for obtaining a financial advantage. Seeking profit is not always an essential element: it all depends on the context in which the expression is used.

Harmonization proposals

There are a number of different options for rendering the notion of “business / *commerce*” in the *B.I.A.*

The terms and expressions *commerce*, *opérations commerciales* and *négoce* are entirely appropriate in common parlance but are no longer used in the Civil Code. It seems that the notion of “enterprise” is sufficiently broad to encompass these various concepts. The expression “carry on business” is very similar if not identical to the notion of “carrying on an enterprise” within the meaning of the Code. In both cases, the person must exercise a degree of control over the activity in question and the acts in question must be more or less repeated, thus excluding isolated acts. The purpose of the activity must be to realize a profit or at least to obtain some kind of financial advantage. It should be noted that in some of the amendments made to the *B.I.A.* in 1997 the expression “carry on business” was rendered by *exploitation de l'entreprise* and the term “business” by *entreprise*.⁹⁶

Considering that the bijural approach means that words must be understood in accordance with the private law system to which they belong, this would mean that the expression “carrying on an enterprise / *exploiter une entreprise*” would be appropriate for French and English speaking civil law audiences but not for common law audiences. The expression “carrying on business” in fact has a precise meaning in common law and could not be replaced by “carrying on an enterprise”, which has another meaning. Moreover, the expression *exploiter une entreprise* does not seem to be suitable for the French common law audience. This expression would therefore have to be defined for each legal system, an approach that would make the text significantly more cumbersome.

A second option consists of adopting the terminology used in the definition of *débiteur* in subsection 2(1) *B.I.A.*, namely “*activités*”. The terminology used in that definition could then be extended to similar contexts elsewhere in the French version of the Act.

⁹⁶ Subsections 14.06(1.2) and 60(1.3), modified by S.C. 1997, c. 12.

The English expression “carrying on business” would then be understood in its more general sense and requires no change.

A third option would be to adopt the terminology in the definition of *débiteur* while adding the qualifier *économique* in order to come up with the notion of *activité économique organisée* (organized economic activity) as found in the definition of “enterprise” in the *Civil Code of Québec*. The expression *activités économiques* (economic activities) has the advantage of being more precise and also being neutral for French-speaking civil law and common law audiences. The expression “carrying on business” would then be considered in its broader meaning for English-speaking audiences and no change would be required.

It is not easy to determine the option that would be most suitable for all four audiences since each has its advantages and disadvantages. A precise definition for each legal system may be difficult to apply. However, the choice of a general term that is analyzed in a specific context may be the most suitable. We propose that *commerce* and other similar terms be replaced by *activités* in the French version. The expression “carrying on business” would be maintained in the English version.

11. Section 15.1 B.I.A.

The French version of section 15.1 B.I.A. provides as follows:

Le syndic est un fiduciaire au sens de l'article 2 du Code criminel.

This section can be interpreted as meaning that the status of a trustee in bankruptcy must be considered on the basis of the definition given in section 2 of the *Criminal Code*.⁹⁷ That section refers to the law of the provinces, which means that it could be claimed that the trustee's status is to be interpreted in light of the notion of trustee in private law. In Québec, this would mean that a trustee in bankruptcy acts as an administrator of the property of others

⁹⁷ According to the *Criminal Code* (R.S.C. 1985, c. C-46, as am. by R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 2),

“trustee” means a person who is declared by any Act to be a trustee or is, by the law of a province, a trustee, and, without restricting the generality of the foregoing, includes a trustee on an express trust created by deed, will or instrument in writing, or by parol.

since he is subject to the rules of the *Civil Code of Québec* governing the administration of the property of others.⁹⁸

However, that interpretation is contrary to the trustee's current legal status as described in the analysis by professors Bohémier and Auger on that subject. A trustee in bankruptcy cannot be an administrator of the property of others since, according to the legislation itself, the bankrupt's property is vested in the trustee.⁹⁹

From a reading of the English version of section 15.1, it seems that Parliament's intention is to consider trustees in bankruptcy as being subject to the trustee's obligations as set out in private law for the purposes of the offences provided for under the *Criminal Code*.

A trustee is deemed to be a trustee for the purposes of the definition "trustee" in section 2 of the Criminal Code.

Harmonization proposal

Although this is not strictly speaking a harmonization problem, the difficulty raised by the wording of section 15.1 *B.I.A.* is sufficiently confusing that it should be amended. We propose therefore that the French version of section 15.1 be reformulated in order to clarify Parliament's intent.

Conclusion

In this text we have confined ourselves to certain examples relating to procedure, security, property and obligations. Our objective was two-fold: firstly, to illustrate the more technical side of the harmonization initiative with respect to the *B.I.A.* and the entire body of federal legislation and, secondly, to draw attention to the nature of harmonization proposals.

The amendment of the *B.I.A.* is part of a broader exercise aimed at harmonizing all federal legislation, including the associated regulations, with Quebec civil law and French-language common law.

⁹⁸ Art. 1278 C.C.Q. This is exactly the same reasoning adopted by Mr. Justice Jules Allard in the bankruptcy case of Fernand Jalbert. *Re Jalbert* (21 January 2002), Athabaska 415-11-000598-000 (C.S.).

⁹⁹ Par. 71(2) *B.I.A.* This analysis is published in this edition.

Harmonization of the *B.I.A.* will benefit all four legal audiences in Canada. The proposals made in this text are in no way the final word on this subject and we invite your comments on their appropriateness and relevance. Your comments are essential to the completion of our task, which we hope will lead to much greater clarity of the provisions of the *B.I.A.*