

Quelques questions de politique législative

GROUPE DU BIJURIDISME ET DES
SERVICES D'APPUI À LA RÉDACTION
DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS
MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA¹
et
DIRECTION DES POLITIQUES DU DROIT
CORPORATIF ET DE L'INSOLVABILITÉ
INDUSTRIE CANADA²

Ce texte présente certaines questions de politique législative à l'égard de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité dans le contexte de l'harmonisation avec le droit civil québécois.

¹ Par l'équipe du droit commercial, sous la direction de M^c Alain Vaclair, avocat général.
² Par Mme Annie Drzymala, analyste des politiques juridiques.

Plan

Introduction	151
1. La compensation en <i>equity</i>	152
2. La disposition de biens	158
3. La règle <i>Ex parte James</i>	160
4. L'harmonisation de l'article 197(2) de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> incorporant la règle d'attribution des frais extrajudiciaires à titre de dépens	163
5. L'application de la partie XI de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> aux créanciers hypothécaires	175
Conclusion	183

Introduction

La présente phase d'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*³ avec le droit civil québécois constitue un effort important du ministère de la Justice du Canada en matière de bijuridisme législatif. C'est dans le cadre du *Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec* que l'harmonisation de la L.F.I. fut amorcée et partiellement accomplie avec la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*⁴. Nous avons initialement pour objectif de compléter l'harmonisation de la L.F.I. à l'occasion d'un second projet de loi d'harmonisation et par conséquent, de présenter des recommandations de modification législative lors d'une consultation publique.

Or, cet objectif fort exigeant est vite devenu difficile au fur et à mesure que nous identifions les problématiques de fond qu'il impliquait. La qualification du statut du syndic de faillite à partir non pas des institutions de common law mais des institutions du droit civil illustre à elle seule les profonds changements que nos travaux peuvent engendrer. Le texte des professeurs Albert Bohémier et Jacques Auger publié à l'occasion du présent numéro spécial le démontre avec éloquence.

D'autres difficultés se greffent aux questions de fond, telle la question d'inclure dans la L.F.I. des dispositions législatives reflétant le droit nouveau introduit par le législateur québécois à l'occasion de la réforme du Code civil. Parmi celles-ci, de nouvelles dispositions régissant la mise en faillite d'un patrimoine fiduciaire mettent en scène d'importants enjeux, tel qu'en fait foi le texte du professeur Bohémier.

On aura compris que l'harmonisation soulève ainsi à l'occasion des questions de politique législative. Le partenariat que le ministère de la Justice entretient avec Industrie Canada dans le contexte de l'harmonisation de la L.F.I. prend alors tout son sens. Dans ce contexte et en étroite collaboration avec nos collègues

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

⁴ Projet de loi S-4, (sanctionné le 10 mai 2001), 1^{re} session, 37^e législature (Can.), maintenant L.C. 2001, c. 4 (ci-après citée : « Loi d'harmonisation n° 1 »).

d'Industrie Canada, nous avons voulu présenter certains enjeux d'harmonisation et de politique législative sans trancher ou décider d'une solution en présentant une proposition d'harmonisation. Ces questions feront aussi l'objet de la consultation publique qui sera tenue à l'hiver 2003, d'abord sur l'opportunité et la pertinence de les soulever puis sur les solutions qu'il conviendrait d'y apporter, le cas échéant.

Les questions et enjeux qui suivent, tout comme ceux relatifs au statut du syndic et à la faillite d'un patrimoine d'affectation québécois, vous sont donc soumis pour commentaires. Il importe aussi de noter que si d'autres questions, qui ne sont pas traitées par le présent texte ou les textes qui précèdent ou encore non résolues par les recommandations soumises, étaient identifiées, les ministères de la Justice du Canada et de l'Industrie seraient heureux d'en être informés.

1. La compensation en equity

L'article 97(3) L.F.I. prévoit que :

Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.⁵

Cette disposition s'applique dans le cas où un créancier du failli serait lui-même endetté envers ce dernier. En permettant au créancier d'opérer compensation, le législateur évite qu'un tel créancier soit tenu de rembourser le failli en entier alors que lui-même devrait se contenter de ce que le syndic lui versera⁶.

⁵ La version anglaise de l'article 97(3) prévoit que :

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

⁶ Toutefois, en opérant compensation, le créancier ne doit pas bénéficier d'un avantage par rapport aux autres créanciers et ainsi se créer une sorte de

En droit civil, la compensation peut être conventionnelle, légale ou judiciaire. La compensation légale s'effectue entre deux personnes se trouvant réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre⁷. Elle s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce⁸.

Or, récemment, la Cour d'appel du Québec a admis l'application de la compensation telle que l'ont développée les tribunaux en *equity law* dans un contexte de faillite⁹.

La particularité de la compensation en *equity* (*equitable set-off*) est de permettre la compensation en adoptant un critère plus souple de liquidité et de réciprocité des créances¹⁰. Cette compensation est rendue possible en raison de la souplesse d'application qu'apporte le régime de l'*equity law*, un ensemble de règles et de principes fondés sur la justice naturelle initialement énoncés en marge de la common law mais plus tard réunis dans le cadre d'une réorganisation judiciaire¹¹.

« priorité », *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 61 (j. Gonthier).

⁷ Art. 1672 C.c.Q.

⁸ Art. 1673 C.c.Q.

⁹ *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, [1998] R.J.Q. 2686 (C.A.).

¹⁰ Toutefois, les deux créances doivent présenter un « certain lien » entre elles (*a close connection*). Kelly R. PALMER, *The Law of Set-Off in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 1993, p. 267.

¹¹ En Angleterre, la création des « Cours de Chancellerie » (*Chancery Courts*) peut s'expliquer par les carences du droit commun. Donald POIRIER, *Introduction générale à la common law*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 8-10; Jacques VANDERLINDEN, *Histoire de la common law*, vol. 1, coll. « La common law en poche », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 40-43, 66-67 et 76-79. Avec les *Judicature Acts* de 1873-75 s'opère une véritable fusion des tribunaux de droit commun avec les Cours de Chancellerie dans le cadre d'une vaste réorganisation judiciaire visant à établir la *High Court of Justice*. À la suite de cette réorganisation, les juges de la *High Court of Justice* pouvaient statuer autant sur la common law que sur l'*equity law*. En Ontario où la création de la première Cour de Chancellerie ne remonte qu'à 1837, une réorganisation judiciaire a permis, à la fin du dix-neuvième siècle, comme en Angleterre, d'établir la *High Court of Justice* dont les juges pouvaient statuer autant sur la common law que sur l'*equity law*. *Ontario Judicature Act*, S.O. 1881, c. 5. De nos jours, cette règle est prévue à l'article 96 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (L.R.O. 1990, c. C-43, art. 96) où il est spécifié que :

(1) *Les tribunaux appliquent concurremment les règles d'equity et celles de common law.*

L'application de la compensation selon des règles étrangères au droit civil, quoique présentant certainement des avantages pour les parties impliquées, surtout en matière de faillite¹², peut néanmoins apparaître étonnante en contexte bijuridique¹³. Elle peut toutefois s'expliquer en raison de la compétence juridictionnelle reconnue naguère aux tribunaux de faillite. En effet, avant les modifications de la Loi d'harmonisation n° 1 de juin 2001, l'article 183(1)b) L.F.I. prévoyait que :

*Les tribunaux suivants possèdent la compétence **en droit et en équité** qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre : [...]*

b) dans la province de Québec, la Cour supérieure; (L'emphase est de nous.)

De son côté, l'article 183(2) L.F.I. prévoyait que :

*Les cours d'appel du Canada, dans les limites de leur compétence respective, sont, **en droit et en équité**, conformément à leur procédure*

(2) La règle d'equityl'emporte sur la règle de common law avec laquelle elle est incompatible.

¹² Elle permet, en effet, au créancier chirographaire de s'ériger au-dessus de la masse et d'assurer le paiement, entier ou partiel, de sa créance. Comme l'écrivaient les professeurs Baudouin et Jobin :

La compensation confère donc une certaine priorité à un créancier ordinaire, en ne l'obligeant pas au concours avec les autres créanciers.

Jean-Louis BAUDOUIIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 958, p. 768. Dans le cas de l'affaire *Structal*, la compensation en *equity* permettait d'éviter l'injustice causée à une partie en la forçant à payer la totalité d'une créance devenue judiciairement exigible, consécutive à une mauvaise exécution d'un contrat de sous-traitance et incluse dans une proposition concordataire acceptée par les créanciers, alors que l'autre partie serait substantiellement absoute d'une dette résultant du même « contrat judiciaire », selon l'expression du juge Otis, soit des dommages faisant l'objet d'une demande reconventionnelle par la première partie. *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, précité, note 9, 2694.

¹³ La décision *Structal* de la Cour d'appel a été critiquée par certains commentateurs. André BÉLANGER, « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de common law », (1999) 78 *R. du B. can.* 486; Bernard BOUCHER, « Compenser en matière de faillite : qu'en penser? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 145, *Développements récents en droit de la faillite*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 173; Marc LEMIEUX, « Droit de la faillite : la compensation dans un contexte de proposition et de faillite », (1999) 59 *R. du B.* 321.

ordinaire, sauf divergences prévues par la présente loi ou par les Règles générales, investies de la compétence d'entendre et de juger les appels interjetés des tribunaux exerçant juridiction de première instance en vertu de la présente loi. (L'emphase est de nous)

Cette reconnaissance de compétence laissait croire que la Cour supérieure du Québec avait ainsi acquis une compétence en matière d'*equity law*¹⁴. C'est sur cette base que certains juges rendaient leurs décisions en matière de faillite¹⁵.

Or, il appert que la Cour supérieure du Québec, pas plus que la Cour d'appel du Québec du reste, n'a jamais eu compétence en *equity law* en matière de droit privé¹⁶. La Cour supérieure du Québec est un tribunal de droit commun, non une Cour de

¹⁴ On s'est parfois fondé sur l'article 183 L.F.I. pour appliquer des normes de *fairness* et de *good conscience*. *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith*, (1922) 2 C.B.R. 154 (N.B. K.B.); *In re Stanley & Bunting*, (1925) 5 C.B.R. 18 (Ont. S.C.); *In re Duranceau: Perras c. Cie mutuelle d'immeubles Ltée*, (1954) 34 C.B.R. 198 (C.S. Qc); *Re Alliance Credit Corp. : Gagnon c. Montreal Trust Co.*, (1973) 17 C.B.R. 136 (C.S. Qc). Or, il semble que cette interprétation ne soit pas celle qu'il convient d'appliquer. Selon le juge Louis De Blois de la Cour supérieure du Québec, le terme *equity* utilisé par le législateur à l'article 183 L.F.I. ne renvoie pas à autre chose qu'à l'*equity law* de droit anglais. Voir : *In re 125258 Canada Inc. (Formerly Cast North America Ltd.) : Bissegger c. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666, 1680 (C.S.), conf. par la Cour d'appel, *sub nom. : 125258 Canada Inc. (Syndic de)* [1990] R.J.Q. 1547 (la permission d'appeler de ce jugement a été refusée par la Cour suprême du Canada le 7 février 1991 : [1991] 1 R.C.S. vi). Voir aussi : *Meublerie André Viger Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1461, 1467 (C.A.).

¹⁵ *Janpar produits de bureau Inc. (Syndic de)*, [1993] R.J.Q. 1907, 1914 (C.S.); *Bureau (Syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1461, 1465 (C.S.); *Pogany (Syndic de)*, [1997] R.J.Q. 1693, 1700 (C.S.); *Maestro Ltée (Syndic de)*, J.E. 2000-1323 (C.S.).

¹⁶ En effet, la Cour des plaid communs, devenue plus tard la Cour du Banc du Roi, devenue plus tard la Cour supérieure du Québec, a toujours été une cour de droit commun semblable dans bien des aspects aux tribunaux de droit commun de droit anglais. Or, contrairement aux juridictions de common law, les tribunaux québécois n'ont jamais fait l'objet d'une réorganisation judiciaire résultant en la fusion de la compétence en *equity* et de celle en droit commun comme cela a été le cas sous l'effet des *Judicature Acts*. Au demeurant, on pourrait se demander comment cela aurait pu se produire au Québec où la compétence en *equity*, autrefois exercée par les juges de la Cour de Chancellerie entre 1765 et 1774, est d'abord tombée en désuétude à la suite de l'entrée en vigueur de l'Acte de Québec pour ensuite complètement disparaître. *Acte qui régle plus solidement le Gouvenement de la Province de Québec dans l'Amérique Septentrionale*, (1774), 14 Geo. III, R.-U., c. 83; *Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), App. II, n° 2, art. 8; *Ordonnance qui établit les Cours civiles de Judicature en la Province de Québec*, (1777), 17 Geo. III, c. 1; *Acte qui divise la Province du*

Chancellerie. À ce sujet, le juge Derek Guthrie de la Cour supérieure du Québec déclarait à l'occasion de l'affaire *Castor Holdings Ltd.* :

La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle se prononce en première instance sur toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal (art. 31 C.P.). Elle détient tous les pouvoirs requis pour l'exercice de cette compétence (art. 46 C.P.). Il n'est pas nécessaire d'importer le concept de juridiction en équité pour ajouter à sa compétence générale. L'article 183(1) vise seulement à assurer que les cours supérieures des provinces de common law peuvent exercer leur compétence en droit et en équité lorsqu'elles exercent leur compétence générale. Cet article n'accorde pas à la Cour supérieure du Québec, quand elle exerce sa compétence en matière de faillite, un pouvoir additionnel à celui qu'elle possède déjà.¹⁷

C'est en se fondant sur ce raisonnement que des modifications législatives ont été apportées à la L.F.I. par la Loi d'harmonisation n° 1 afin de l'harmoniser avec les principales caractéristiques du droit civil et de l'environnement judiciaire civiliste¹⁸. Les nouveaux articles 183(1.1) et 183(2.1) se lisent maintenant comme suit :

183(1.1) *Dans la province de Québec, la Cour supérieure possède la compétence pour exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant son terme, tel que celui-ci est maintenant ou peut par la suite être tenu, pendant une vacance judiciaire et en chambre.*

183(2.1) *Dans la province de Québec, la Cour d'appel, dans les limites de sa compétence, est, conformément à sa procédure ordinaire,*

*Bas Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines lois y mentionnées, (1794), 34 Geo. III, c. 6; Acte pour amender les lois relatives aux cours de Juridiction civile en première instance, dans le Bas Canada, (1849), 12 Vict., c. 38; Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986; William R. RIDDELL, « The First Court of Chancery in Canada », *Boston U.L. Rev.* 231 (1922).*

¹⁷ J.E. 99-2246 (C.S.).

¹⁸ Loi d'harmonisation n° 1, précitée, note 4, art. 33. Voir : Jacques AUGER, Albert BOHÉMIER et Roderick A. MACDONALD, « Le traitement des créanciers dans la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1997, p. 911.

*sauf divergences prévues par la présente loi ou par les Règles générales, investie de la compétence d'entendre et de juger les appels interjetés de la Cour supérieure.*¹⁹

En tenant compte de ces modifications et des nouvelles dispositions introduites à la *Loi d'interprétation*, l'application de la compensation en *equity* est en principe désormais écartée²⁰. On peut toutefois se demander si un problème subsiste au sujet de la compensation.

Malgré le recours sans doute exceptionnel à la règle de l'*equitable set-off* dans les provinces de common law, certains créanciers se voient néanmoins accorder une certaine préférence qui ne serait pas accordée à leur homologue québécois dans des circonstances similaires.

Les questions qui se posent sont les suivantes :

- Devrait-on codifier la règle d'*equity* afin de la rendre applicable dans les dossiers de faillite au Québec? On indiquerait alors que cette norme n'a d'application qu'au Québec indiquant par ailleurs, au besoin, que les règles de l'*equity law* en ces matières ne sont pas pour autant abrogées dans les autres provinces.

¹⁹ On notera au passage l'absence de référence à l'*equity law* aux articles 183(1.1) et (2.1) L.F.I. Les premier et deuxième paragraphes de l'article 183 L.F.I. ont été modifiés afin que la compétence en *equity* ne soit reconnue qu'à l'égard des cours de première instance et des cours d'appel des provinces de common law.

²⁰ La Loi d'harmonisation n° 1 a également 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.*

- Dans le même ordre d'idée, devrait-on plutôt codifier une norme nationale en termes neutres? Il faudrait énoncer une série de critères valables pour toutes les provinces. Ces critères pourraient être ceux de l'*equity law* ou être différents.
- Devrait-on, au contraire, éviter l'introduction de règles étrangères au droit commun du Québec et maintenir le *statu quo*? En effet, malgré toute modification, les risques d'application variée demeurent.
- Enfin, devrait-on tout simplement abolir la règle de l'*equitable set-off* en matière de faillite pour tout le Canada?

2. La disposition de biens

La « disposition de biens / *settlement of property* » est une notion qui tire son origine de la tradition de common law²¹. Elle est utilisée dans la législation fédérale, notamment dans la L.F.I.²² et a été importée du droit anglais dès 1919²³.

En vertu de la jurisprudence traditionnelle, cette notion vise les donations faites à un bénéficiaire avec la condition que les biens donnés soient maintenus dans leur forme originale ou dans un état qui permette de les retrouver. On parle alors du *tracing*²⁴.

Or, l'aspect *tracing* qui caractérise une « disposition / *settlement* » est inconnu en droit civil. Bien que la disposition puisse être à certains égards similaires à certaines institutions de droit civil, force est de constater qu'il n'y a pas d'équivalent. Par exemple, en droit civil québécois, on applique plutôt la notion d'aliénation sans contrepartie suffisante²⁵. De plus, la notion de donation

²¹ Albert BOHÉMIER, « Recherche de bijuridisme : la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, op. cit., note 18, p. 863.

²² Art. 91 et suiv. L.F.I.

²³ *In re Jules Beaulieu*, (1943) 24 C.B.R. 197, 205 (C.A. Qc); *In re Évaporateur Portneuf Inc. : Angers c. Malouin*, [1962] B.R. 218; *Jobin c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755, 1758 et 1759 (C.A.).

²⁴ *A.H. Boulton Co. c. Bozanich (Syndic de)*, [1942] R.C.S. 130, 135 (j. Duff) et 140 (j. Rinfret).

²⁵ *In re Évaporateur Portneuf Inc. : Angers c. Malouin*, précité, note 23; *Promoteurs Inc. : Danyluk c. Franco*, (1982) 42 C.B.R.n.s. 252 (C.A. Québec); *Jobin c.*

ne comporte pas cet élément de contrôle puisqu'elle est faite à titre gratuit²⁶. De leur côté, les actes juridiques pouvant faire l'objet d'une action en inopposabilité comportent plutôt un élément de fraude²⁷. L'hypothèque qu'un débiteur peut offrir en garantie d'une obligation ne comporte pas non plus cet élément de *tracing* car le bien grevé demeure dans le patrimoine du débiteur²⁸. Au sujet de la fiducie québécoise, bien qu'elle constitue un patrimoine d'affectation autonome, l'idée d'y transférer un bien dans le but de le récupérer dans son état original lui est étrangère²⁹.

En 1992, le Parlement fédéral a introduit dans la L.F.I. une définition de « disposition / *settlement* ». Il s'agit plutôt d'une énumération que d'une définition. Le texte de la loi prévoit que la « disposition » :

*S'entend notamment des contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal.*³⁰

Comme on peut le constater, la notion de *tracing* ne fait pas partie de la définition statutaire de « disposition / *settlement* ». Toutefois, il y a lieu de croire que l'utilisation de l'expression « s'entend notamment » signifie que cette définition n'est ni exhaustive ni exclusive. Selon toute vraisemblance, les tribunaux maintiendront leur interprétation traditionnelle en cette matière³¹.

De toute évidence, une certaine harmonisation serait nécessaire à ce sujet entre la législation fédérale en matière de faillite et le droit civil québécois.

Monarch Life Assurance Co., précité, note 23; *Giroux (Syndic de) c. Giroux*, [1993] R.J.Q. 1515 (C.S.); Voir : Jacques DESLAURIERS, *Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la Loi sur la faillite avec le Code civil du Québec*, Conférence, Québec, Association du Barreau canadien, 2000, p. 13.

²⁶ Art. 1806 C.c.Q.

²⁷ Art. 1631 et suiv. C.c.Q.

²⁸ Art. 2660 et suiv. C.c.Q.

²⁹ Art. 1260 et suiv. C.c.Q. En common law, il semble, au contraire, que la notion de *tracing* soit au cœur de la notion de *trust*, du moins en ce qui concerne les recours traditionnellement reconnus dans le régime d'*equity*. Donovan W.M. WATERS, *Law of Trusts in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, p. 1037 et suiv.

³⁰ Art. 2(1) L.F.I.

³¹ *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325.

À cet égard, il est utile de mentionner que le législateur anglais a modifié sa loi sur la faillite pour remplacer la notion de *settlement* par celle d'*act for an undervalue* qui ne requiert pas la démonstration d'une intention de maintenir le bien dans un état qui le rende « retraçable »³².

Les questions qui se posent alors sont les suivantes :

- Devrait-on mieux codifier la notion de disposition, en particulier la notion de *tracing*?
- Devrait-on plutôt adopter l'approche du législateur anglais?
- Devrait-on enfin simplement abroger la notion de « disposition / *settlement* » dans la L.F.I. et s'en remettre au droit privé des provinces pour régler de telles situations?

3. La règle *Ex parte James*

Comme le démontrent les professeurs Bohémier et Auger, le syndic de faillite devient, en cas de faillite d'un débiteur, propriétaire des biens de ce dernier³³. En effet, une fois qu'une ordonnance de séquestre est prononcée par le tribunal, ou qu'une cession générale de biens est produite au bureau du séquestre officiel, la loi prévoit que :

[Le] failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens **qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic** nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.³⁴ (L'emphase est de nous.)

Étant un propriétaire fiduciaire, le syndic procède à l'administration de l'actif au bénéfice des créanciers du failli³⁵. Pour y arri-

³² *Insolvency Act*, (1986, R.-U., c. 45), art. 339.

³³ Voir le texte sur le statut du syndic dans le présent numéro.

³⁴ Art. 71(2) L.F.I.

³⁵ Selon le juge Durocher de la Cour supérieure du Québec, dont les propos sont repris par le juge Nuss de la Cour d'appel du Québec, « dès la faillite, les biens du débiteur forment une masse dévolue au syndic et administrée par lui dans le but de la liquider **et** de distribuer le produit aux créanciers ». (L'emphase est

ver, la loi le dote de pouvoirs spécifiques³⁶. Or, étant également un officier de la Cour, le syndic doit accomplir son administration de façon exemplaire³⁷. Comme l'écrivait le juge James de la Cour d'appel de Chancellerie d'Angleterre :

*The Court, then, finding that he [le syndic, à titre d'officier de la Cour] has in his hands money which in equity belongs to some one else, ought to set an example to the world by paying it to the person really entitled to it. In my opinion the Court of Bankruptcy ought to be as honest as other people.*³⁸

Cette règle, appelée *Ex parte James*, est un exemple typique des principes émanant de l'*equity law*. Il s'agit de la prérogative du tribunal de faillite de faire échec à l'exercice par le syndic d'un droit, bien fondé en droit strict, à l'égard d'un bien si l'exercice de ce droit n'est pas compatible avec les principes de justice naturelle³⁹.

Cette règle s'applique lorsque les éléments suivants sont réunis :

- un enrichissement de l'actif de la faillite au détriment d'une partie, que ce soit le fait d'une erreur de droit ou non⁴⁰;
- généralement, cette partie n'a pas présenté une preuve de réclamation au syndic⁴¹;
- le maintien de cet enrichissement serait injuste pour cette partie⁴².

de nous.) *Lacoursière c. Ville de Westmount*, [1998] R.J.Q. 1784, 1788 (C.A.). Voir, en première instance : *Kostadinova Gantcheff (Syndic de)*, [1996] R.J.Q. 3030, 3033 (C.S.).

³⁶ Art. 30(1) L.F.I.

³⁷ *Troup v. Ricardo*, (1865) L.J. 91, 94 (Ch. D.), (1904) 46 E.R. 1008; *J. Pascal Inc. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 5, 14 et 15 (j. Zerbisias) (C.A.); *In re Bryant*, (1924) 4 C.B.R. 41 (Ont. S.C.).

³⁸ *In re Condon : Ex parte James*, (1874) 9 Ch. App. 609, 614.

³⁹ *Re McDonald*, (1973) 16 C.B.R.n.s. 244, 248 et 249 (Ont. S.C.); *Re Stormont Chemicals Ltd.*, (1993) 20 C.B.R. (3d) 188 (Ont. Gen. Div.).

⁴⁰ *Government of India (Ministry of Finance) v. Taylor*, [1955] A.C. 491, 512 et 513 (Lord Keith of Avonholm) (H.L.); *Re M.C.C. Precision Products Ltd.*, (1973) 17 C.B.R.n.s. 28, 35 et 36 (Ont. S.C.).

⁴¹ *Re Gozzett*, [1936] 1 All E.R. 79 (C.A.); *Re Clark*, [1975] 1 All E.R. 453, 458 (Ch. D.).

⁴² *In re Taylor Estate*, (1926) 7 C.B.R. 550 (Ont. S.C.).

Pour appliquer cette règle d'*equity*, les juges de la Cour supérieure du Québec s'appuyaient sur la compétence en *equity* que leur reconnaissait l'article 183 L.F.I. avant les récentes modifications d'harmonisation de juin 2001⁴³. Or, depuis ces modifications, il n'est plus possible de s'appuyer sur la L.F.I. pour établir la compétence de la Cour supérieure en matière d'*equity* tel que mentionné précédemment⁴⁴. Il découle de ceci que l'on ne peut plus invoquer la règle *Ex parte James* au Québec⁴⁵.

D'un autre côté, il est possible d'invoquer, si les conditions d'application sont réunies, les dispositions du *Code civil du Québec* concernant l'enrichissement injustifié⁴⁶. L'article 1493 prévoit que :

Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement.

Les éléments constitutifs de l'enrichissement injustifié sont les suivants :

- un enrichissement;
- un appauvrissement;
- une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement;
- l'absence de justification;
- l'absence de fraude à la loi;
- l'absence d'autre recours⁴⁷.

⁴³ *Pogany (Syndic de)*, précité, note 15; *Maestro Ltée (Syndic de)*, précité, note 15.

⁴⁴ Loi d'harmonisation n° 1, précitée, note 4, art. 33.

⁴⁵ Cette question a été soulevée par M^{es} Tardif et Leduc lors d'une conférence prononcée en novembre 2001 : Alain N. TARDIF et Antoine LEDUC, *Conséquences pratiques des plus récentes modifications législatives dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité*, Conférence, Montréal, Association du Barreau canadien, 2001.

⁴⁶ Toutefois, le principe de l'administration de l'actif par le syndic au bénéfice des créanciers pourrait constituer une « justification » faisant échec à l'action *de in rem verso* visant à remédier à un enrichissement injustifié. Cette question a récemment été évoquée : A.N. TARDIF et A. LEDUC, *op. cit.* note 45. Voir : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 12, n° 562, p. 438.

⁴⁷ *Cie Immobilière Viger c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 77. Voir : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 12, n° 558-567, p. 434-442; George S. CHALLIES, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 58 et suiv.; André MOREL,

Somme toute, cette règle est équivalente à celle de l'*Ex parte James rule*.

Les questions qui se posent sont les suivantes :

- Devrait-on codifier la règle *Ex parte James* afin d'établir une norme nationale et imposer à l'auditoire de common law la codification d'une règle d'*equity*?
- Ne devrait-on pas plutôt laisser le système de droit civil, comme c'est le cas pour la common law, régler ces situations?
- Devrait-on plutôt éviter l'introduction d'une règle étrangère au droit civil et maintenir le *statu quo*?

4. L'harmonisation de l'article 197(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité incorporant la règle d'attribution des frais extrajudiciaires à titre de dépens

En énonçant les règles relatives à l'attribution des dépens à l'article 197 L.F.I., le législateur fédéral permet aux juges d'accorder des dépens sur la base avocat-client⁴⁸. L'attribution des dépens sur la base avocat-client est une règle développée par les cours d'*equity* et donc connue par l'auditoire de common law. En revanche, cette règle est inconnue en droit civil québécois. Son application par l'auditoire de droit civil donne lieu à plusieurs interprétations :

1. Certains juristes québécois considèrent cette règle comme étant une politique législative autonome de la part du législateur fédéral parce qu'elle est étrangère au droit civil. Or, la règle des *solicitor-client costs* n'est pas une création fédérale mais une règle d'*equity* visant à rembourser exceptionnellement la partie qui a dû engager des frais extrajudiciaires non prévus par le tarif habituel en raison de la conduite répréhensible de la partie adverse. La règle serait

L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause, Montréal, Éditions Thémis, 1955, p. 65 et suiv. Parmi les « autres recours », songeons à l'action en nullité pour dol ou lésion (art. 1401 et 1405-1408 C.c.Q.), l'action en dommages pour dol (art. 1407 C.c.Q.), l'action en inopposabilité (art. 1631 C.c.Q.) et l'action oblique (art. 1627 C.c.Q.).

⁴⁸ Art. 197(2) L.F.I.

ainsi appliquée de deux façons, selon que l'on se trouve au Québec ou dans les provinces de common law.

2. Certains juristes québécois considèrent que cette règle est une codification statutaire de la règle d'*equity law* et qu'il faut, pour pouvoir l'appliquer, rechercher les critères d'application dans la jurisprudence des provinces de common law.
3. D'autres juristes prétendent que l'expression de cette règle, justement parce qu'il s'agit d'une codification de l'*equity*, ne s'adresse qu'à l'auditoire de common law. Suivant cette interprétation, le civiliste n'aurait qu'à ignorer cette disposition.
4. On pourrait ajouter à cette liste l'interprétation voulant que la Cour supérieure du Québec n'est pas une cour d'*equity* et que, même si elle le voulait, elle n'a pas la compétence nécessaire pour accorder ces dépens. En effet, pour les fins de la L.F.I., le législateur fédéral conférait à certains cours, dont la Cour supérieure du Québec, non seulement une compétence en faillite mais également une compétence en *equity*. Cette compétence ne lui est plus reconnue depuis le 1^{er} juin 2001 par l'effet des modifications apportées à la L.F.I. par la Loi d'harmonisation n^o 1 tel que mentionné précédemment. Par conséquent, l'attribution de tels dépens est *ultra vires* de la compétence des juges de la Cour supérieure du Québec.

Que l'on considère l'article 197(2) L.F.I. comme étant une règle distincte, statutaire ou d'*equity*, l'application de cette disposition suscite manifestement un problème pour le civiliste. Nous allons voir en premier lieu la situation en common law, puis la situation au Québec et, enfin, l'application de l'article 197(2) L.F.I. lui-même. En terminant, nous verrons quelles sont les options qui peuvent être envisagées.

La situation en common law

La règle d'attribution des frais de l'avocat à titre de dépens a été développée à titre d'*equity law* par les Cours de Chancellerie

(*Chancery Courts*), en Angleterre, au courant du seizième siècle⁴⁹. Il s'agissait d'une règle que les juges des tribunaux de droit commun ne pouvaient donc pas appliquer. Pour en bénéficier, il fallait impérativement recourir aux Cours de Chancellerie.

Les *Judicature Acts* de 1873-75 ont eu pour effet d'opérer une fusion des tribunaux de droit commun avec les Cours de Chancellerie dans le cadre d'une vaste réorganisation judiciaire visant à établir la *High Court of Justice*. À la suite de cette réorganisation, les juges de la *High Court of Justice* pouvaient statuer autant sur la common law que sur l'*equity law*, y compris la règle d'*equity law* permettant d'attribuer les frais de l'avocat à titre de dépens⁵⁰.

À titre d'exemple, en Ontario, comme en Angleterre, une réorganisation judiciaire a aussi permis d'établir la *High Court of Justice* dont les juges pouvaient statuer autant sur la common law que sur l'*equity law*. C'est ainsi que les juges de la *High Court of Justice* de l'Ontario ont acquis la compétence leur permettant d'appliquer cette règle d'*equity law*⁵¹. Cette règle est toujours appliquée de nos jours dans les provinces de common law et sa nature d'*equity* n'est pas contestée⁵².

L'article 57.01(4)c) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoit que :

Ni la présente règle ni les règles 57.02 à 57.07 ne portent atteinte au pouvoir que confère [...] la Loi sur les tribunaux judiciaires [...] [d']accorder la totalité ou une partie des dépens procureur-client.

En vertu de cette disposition, la règle de l'attribution des frais extrajudiciaires à titre de dépens n'est ni modifiée, ni abrogée, ni codifiée.

En ce qui concerne l'article 57.01(4) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, comme il s'agit d'une incorporation par renvoi, il est tout à fait indiqué sinon indispensable de chercher les

⁴⁹ Par exemple, les *General Orders* de la Cour de Chancellerie — années 1596, 1617, 1618, 1631, 1635, 1654, 1658. Voir entre autres les décisions de la Cour de Chancellerie dans les affaires *Jones v. Coxeter*, (1903) 26 E.R. 642 (1743) et *Mordue v. Palmer*, (1870-71) 6 L.R. Ch. App. 22.

⁵⁰ Voir : *Andrews v. Barnes*, (1888) 39 Ch.D. 133 (Ch. C.A.).

⁵¹ *Holman c. Knox*, (1912) 25 O.L.R. 588 (Div. Ct.).

⁵² *Foulis c. Robinson*, (1979) 21 O.R. (2d) 769 (C.A.).

critères d'application dans la jurisprudence antérieure à l'incorporation, laquelle continue d'alimenter la jurisprudence qui lui est postérieure.

Bien qu'il s'agisse d'une règle « équitable » visant à remédier aux carences des règles de common law concernant les frais accordés sur la base *party-and-party*, et bien que les juges aient pleine discrétion, l'attribution des frais extrajudiciaires demeure d'application exceptionnelle et rare⁵³.

Les éléments constitutifs de la règle d'*equity* sont les suivants :

- le déboursé de frais extrajudiciaires par une partie au cours de la préparation des actes de procédure précédant l'audience ou pendant l'audience elle-même;
- la conduite irréprochable de la partie au cours de la préparation des actes de procédure précédant l'audience ou pendant l'audience;
- la conduite répréhensible de la partie adverse au cours de la préparation des actes de procédure précédant l'audience ou pendant l'audience;
- le lien entre la conduite répréhensible de la partie adverse et le déboursé de frais extrajudiciaires par la partie;
- le pouvoir du juge d'accorder le remboursement de ces frais extrajudiciaires;
- l'exercice de la discrétion du juge relativement aux déboursés de frais extrajudiciaires par une partie, à la conduite répréhensible de la partie adverse, au lien entre la conduite répréhensible et le déboursé des frais;
- l'attribution de dépens à cet effet au bénéfice de la partie qui a déboursé ces frais à l'encontre de la partie ayant eu une conduite répréhensible.

Malgré la nature exceptionnelle de la règle, des juges ont tout de même accordé de tels dépens dans certains cas, par exemple,

⁵³ *Young c. Young*, (1994) 108 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.); *Evaskow c. International Brotherhood of Boilermakers*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 715 (Man. C.A.); *Foulis c. Robinson*, précité, note 52; *Isaacs c. MHG International Ltd.*, (1984) 45 O.R. (2d) 693 (C.A.); *Gerula c. Flores*, (1995) 126 D.L.R. (4th) 506 (Ont. C.A.); *Holman c. Knox*, précité, note 51; *Vanderclay Development Co. c. Inducon Engineering Ltd.*, [1969] 1 O.R. 41 (H.C.J.); *McGrath c. Goldman*, (1976) 64 D.L.R. (3d) 305 (B.C.S.C.); *Johnston c. Jenkins Leaside Travel Ltd.*, (1987) 19 C.P.C. (2d) 300 (Ont. Dist. Ct.).

dans le cadre d'une défense où des arguments ridicules et scandaleux avaient été présentés par le défendeur en vue de discréditer, en cours d'audience, un témoin expert de façon vicieuse.⁵⁴

En revanche, une poursuite qui est peu fondée en droit ne doit pas être sanctionnée par l'attribution de frais extrajudiciaires, ce qui aurait pour conséquence de décourager le recours aux tribunaux⁵⁵.

C'est la conduite répréhensible d'une des parties à un procès qui constitue la raison d'être de l'attribution de tels dépens⁵⁶. Ce qui permet de distinguer une conduite répréhensible d'une conduite admissible est une question de faits, notamment la conduite des parties pendant l'instance mais aussi dans les circonstances donnant lieu au droit d'action⁵⁷. Est considéré comme étant une conduite répréhensible un comportement ayant eu pour effet de :

- faire de l'obstruction⁵⁸;
- multiplier les procédures, prolonger de façon inconsiderée le processus judiciaire afin d'épuiser les ressources financières de la partie adverse⁵⁹;

⁵⁴ *Lawlor c. Sherrard*, (1986) 10 C.P.C. (2d) 164 (Ont. H.C.); *Foulis c. Robinson*, précité, note 52.

⁵⁵ *Young c. Young*, précité, note 53; *House of Haynes (Restaurant) Ltd. c. Snook*, (1996) 134 Nfld. & P.E.I.R. 23 (Nfld. C.A.); *Canadian Paraplegic Association (Newfoundland and Labrador) Inc. c. Sparcott Engineering Ltd.*, (1997) 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. C.A.); *Perry c. Heywood*, (1999) 175 Nfld. & P.E.I.R. 253 (Nfld. C.A.); *Shedwill c. Wilson*, (1991) 48 C.P.C. (2d) 70 (B.C.S.C.); *Rose (T.) Construction Ltd. c. Omex International Inc.*, (1995) 122 Nfld. & P.E.I.R. 280 (Nfld. S.C.); *Earle c. Christian Brothers of Ireland in Canada*, (1996) 136 Nfld. & P.E.I.R. 52 (Nfld. S.C.).

⁵⁶ Dans l'affaire *Stiles c. Worker's Compensation Board of British Columbia*, (1989) 38 B.C.L.R. (2d) 307, 311 (C.A.), le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclare :

The principle which guides the decision to award solicitor-and-client costs in a contested matter where there is no fund in issue and where the parties have not agreed on solicitor-and-client costs in advance, is that solicitor-and-client costs should not be awarded unless there is some form of reprehensible conduct, either in the circumstances giving rise to the cause of the action, or in the proceedings, which makes such costs desirable as a form of chastisement. The words "scandalous" and "outrageous" have also been used.

⁵⁷ *Perry c. Heywood*, précité, note 55; *Earle c. Christian Brothers of Ireland in Canada*, précitée, note 55.

⁵⁸ *Perry c. Heywood*, précité, note 55.

⁵⁹ *Id.*

- omettre de fournir à la Cour des informations importantes à l'occasion d'une audience *ex parte*⁶⁰.

En revanche, n'ont pas été considérés comme étant répréhensibles les comportements suivants :

- un délai raisonnable compte tenu de la procédure utilisée⁶¹;
- une défense vigoureuse maintenue par un défendeur et retirée le jour du procès⁶²;
- une poursuite douteuse mais apparemment sérieuse dont il fut par la suite démontré qu'elle n'avait aucun fondement en droit⁶³.

Lorsqu'un juge en vient à la conclusion qu'une partie s'est comportée de façon répréhensible, il peut accorder des dépens sur la base avocat-client. Le juge peut limiter ces dépens à certains frais, comme les frais engendrés par la préparation de rapports d'experts⁶⁴ ou les honoraires de l'avocat de la partie adverse pour les jours d'audience de trop que la conduite répréhensible de l'autre partie a causé⁶⁵.

La situation en droit civil québécois

La règle de l'attribution des frais extrajudiciaires à la partie victorieuse à titre de dépens est inconnue en droit civil où le *Code de procédure civile* et le *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*⁶⁶ ne prévoient que l'attribution des frais judiciaires à titre de dépens.

Au Québec, le droit privé est codifié. Le *Code de procédure civile* prévoit la condamnation aux dépens⁶⁷ qui sont établis suivant le

⁶⁰ *Canadian Paraplegic Association (Newfoundland and Labrador) Inc. c. Sparcott Engineering Ltd.*, précité, note 55.

⁶¹ *Charcoal Pit Ltd. c. Atlantic Insurance Co.*, (1995) 123 Nfld. & P.E.I.R. 255 (Nfld. C.A.).

⁶² *Rose (T.) Construction Ltd. c. Omex International Inc.*, précité, note 55.

⁶³ *Janes c. Deer Lake (Town)*, (1994) 110 Nfld. & P.E.I.R. 202 (Nfld. C.A.).

⁶⁴ *H. c. W.*, (1993) 13 O.R. (3d) 437 (Gen. Div.).

⁶⁵ *Young c. Young*, précité, note 53.

⁶⁶ R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 13 (ci-après cité : « Tarif des honoraires judiciaires »).

⁶⁷ Art. 477, 519 et 522 C.p.c.

Tarif des honoraires judiciaires⁶⁸. Or, comme tel, ce tarif ne donne ouverture à aucune forme de réclamation de frais extrajudiciaires qui sont seuls acquis aux avocats⁶⁹. En fait, rien n'autorise un juge à s'éloigner des dispositions du *Code de procédure civile* ou du Tarif des honoraires judiciaires⁷⁰.

En effet, outre les honoraires spéciaux⁷¹ et les honoraires additionnels⁷², les seuls dépens qu'un juge peut accorder sont les frais judiciaires⁷³, incluant le coût des expertises⁷⁴. Ainsi, en droit civil, il faut éviter de recourir à la jurisprudence des provinces de common law en matière de dépens⁷⁵.

Toutefois, la notion de « frais extrajudiciaires » elle-même n'est pas inconnue en droit civil québécois. En effet, lorsqu'elle vise à sanctionner un comportement répréhensible, la condamnation à rembourser les frais extrajudiciaires n'est pas prononcée à titre de dépens mais bien à titre de dommages au terme d'une action en dommages⁷⁶.

⁶⁸ Art. 480 C.p.c.

⁶⁹ *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., 1977, c. B-1, art. 125.

⁷⁰ C'est en ce sens que la juge Jeanne Rousseau de la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Coalition des citoyens et citoyennes du Val Saint-François c. Procureur général du Québec*, [1999] R.J.Q. 511, 570, déclarait :

Le tribunal n'est pas convaincu que la Cour supérieure ait juridiction pour prononcer une telle condamnation [à payer des frais extrajudiciaires à titre de dépens], à moins que ce ne soit dans le cadre d'une réclamation en dommages; et le tribunal n'est pas convaincu que la demande dont elle est saisie, telle que formulée sous le concept des « dépens », constitue une réclamation en dommages. Il n'y aura donc pas de condamnation à la valeur des honoraires extrajudiciaires.

⁷¹ Accordés à l'occasion d'une cause importante, sans égard à la conduite des parties : art. 15 Tarif des honoraires judiciaires.

⁷² Lorsque la valeur en litige dépasse 100 000 \$: art. 42 Tarif des honoraires judiciaires.

⁷³ Art. 477 C.p.c.

⁷⁴ Art. 12 Tarif des honoraires judiciaires.

⁷⁵ *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.).

⁷⁶ *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.); *Juneau c. Taillefer*, [1996] R.J.Q. 2219 (C.A.); *Pasquale c. Descôteaux*, [1990] R.R.A. 574 (C.S.); *Commission scolaire La Sapinière c. Blais*, [1992] R.R.A. 284 (C.S.); *Victor Parent inc. c. Compagnie Foundation du Canada ltée*, [1996] R.R.A. 738 (C.S.); *Pharmacentres Cumberland (Mérivale) ltée c. Pharmacie Cartier et Lebel*, J.E. 96-1590 (C.S.); *Place des Galeries inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1997] R.R.A. 438 (C.S.); *Bélanger c. Turcotte*, REJB 99-14169 (C.S.) (en appel); *Miller c. Vêtements Dimitris inc.*, REJB 2000-16094 (C.Q.); *Guitouni c. Société Radio-Canada*, REJB 2000-20329 (C.S.).

Le Comité de révision de la procédure civile a d'ailleurs remis en question la règle sur l'attribution des dépens extrajudiciaires mais a conclu qu'il était préférable de maintenir la règle de droit civil et de sanctionner les comportements abusifs non pas au moyen de dépens mais bien au moyen de dommages accordés au terme d'une action en dommages⁷⁷.

Il convient de noter à cet égard les récentes modifications au *Code civil du Québec* qui sont venues mettre de côté un courant jurisprudentiel selon lequel le débiteur contre qui un créancier avait exercé des droits hypothécaires pouvait faire échec à cet exercice en remboursant au créancier ce qui lui est dû de même que les frais engagés, soit les frais judiciaires et extrajudiciaires⁷⁸.

La situation concernant l'article 197(2) L.F.I.

L'article 197(2) L.F.I. prévoit que :

En adjugeant les frais, le tribunal peut ordonner qu'ils soient taxés et soldés entre les parties ou entre l'avocat et le client [...].

Ainsi, en édictant l'article 197(2) L.F.I., le législateur n'a pas abrogé la règle d'*equity*, il ne l'a pas changée pas plus qu'il ne l'a codifiée.

Pour qualifier cette disposition de codification, il faudrait y retrouver les principaux éléments constitutifs de la règle, y compris son élément le plus déterminant : la conduite répréhensible d'une des parties au cours du procès. Tout au plus le législateur fédéral fait-il référence à la règle d'*equity* en lui empruntant sa terminologie et en la traduisant pour le bénéfice du lecteur d'expression française.

Ainsi, suivant les règles d'interprétation des lois, comme il s'agit d'une incorporation par renvoi, il est tout à fait indiqué sinon indispensable de chercher les critères d'application dans la jurisprudence antérieure à l'incorporation laquelle continue d'alimenter la jurisprudence qui lui est postérieure⁷⁹.

⁷⁷ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Rapport, Québec, Gouvernement du Québec, 2001, p. 158.

⁷⁸ *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19. Voir les articles 2761, 2762 et 2667 C.c.Q.

⁷⁹ Suivant les enseignements de la décision de Lord Hershell dans l'affaire *Governor & Co. of the Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

Pour le juge de common law, l'article 197(2) L.F.I. confirme l'application de la jurisprudence d'*equity* :

- on n'accorde les frais extrajudiciaires à titre de dépens que dans des cas exceptionnels⁸⁰;
- on accorde les frais extrajudiciaires à titre de dépens pour rembourser une partie qui a dû engager des frais inutiles⁸¹;
- on n'accorde les frais extrajudiciaires à titre de dépens que si une partie est entraînée sans raison dans une longue procédure judiciaire⁸².

Pour le juge de droit civil, cette disposition peut s'avérer problématique pour plusieurs raisons.

Cette règle est étrangère aux règles généralement prévues au *Code de procédure civile* et dans le Tarif des honoraires judiciaires en matière de dépens⁸³. Le juge québécois ayant à interpréter l'article 197(2) L.F.I. devrait alors, pour arriver à saisir l'intention du législateur et faire en sorte que la loi « fonctionne », consulter la jurisprudence des provinces de common law et en tirer les règles développées par cette jurisprudence en matière d'*equity*⁸⁴.

⁸⁰ *Re Waterloo Mechanical Contractors Ltd.*, (1984) 49 C.B.R.n.s. 196 (Ont. S.C.); *Bank of Montreal c. AGT Mobility Inc. (c.o.b. ED Tel Mobility)*, (1999) 9 C.B.R. (4th) 209 (Alta. Q.B.).

⁸¹ *Re Commonwealth Investors Syndicate Ltd.*, (1986) 61 C.B.R.n.s. 147, motifs additionnels à (1987) 62 C.B.R.n.s. 308 (B.C.S.C.).

⁸² *Colborne Capital Corp. c. 542775 Alberta Ltd.*, (1999) 45 B.L.R. (2d) 21 (Alta. C.A.); *Bank of Montreal c. AGT Mobility Inc. (c.o.b. ED Tel Mobility)*, précité, note 80. Bien que l'article 197(2) L.F.I. ne le prévoit pas spécifiquement, il semble que les avocats ayant travaillé pour le syndic puissent se faire rembourser leurs frais extrajudiciaires sur la base avocat-client même en l'absence d'une conduite répréhensible de la part d'une partie. En effet, comme ces avocats n'ont pas de client comme tel, c'est la masse qui devrait, de façon raisonnable, rembourser ces frais. Lloyd W. HOULDEN et Geoffrey B. MORAWETZ, *The 2002 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 2001, p. 747; *Scott (Syndic de)*, J.E. 2002-147 (C.S.).

⁸³ *Bank of Montreal c. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, [1996] Q.J. (Quicklaw) n° 496 (C.S.); *Biron c. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, [2001] Q.J. (Quicklaw) n° 4179 (C.A.).

⁸⁴ C'est ainsi que la juge Marie Deschamps alors de la Cour d'appel du Québec précisait, dans l'affaire *Biron*, qu'en l'absence d'une ordonnance du juge de première instance à cet égard, on ne saurait reconnaître l'application d'une telle règle au Québec, fût-elle inscrite dans la L.F.I. : *Biron c. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, précité, note 83. Voir aussi : *Re Liakas*, (1994) 25 C.B.R. (3d) 101 (C.S. Qc); *Bank of Montreal c. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, précité, note 83.

Une telle démarche va manifestement à l'encontre du bijuridisme canadien fondé sur le respect de la spécificité des deux traditions canadiennes de droit privé⁸⁵. En effet, à la lumière des récentes modifications apportées à la *Loi d'interprétation* fédérale par la Loi d'harmonisation n° 1⁸⁶, puisque l'article 197(2) L.F.I. ne constitue pas une règle autonome et que l'application supplétive du droit civil n'est pas écartée, le juge québécois ayant à interpréter cette disposition devrait alors recourir au droit civil du Québec et non à la jurisprudence des provinces de common law⁸⁷.

Or, en droit civil, la règle généralement admise concernant le remboursement à la partie victorieuse des frais extrajudiciaires encourus à la suite du comportement abusif de la partie adverse considère ces frais comme étant des dommages et identifie l'action en dommages comme véhicule judiciaire approprié⁸⁸.

Encore une fois, il est bon de rappeler qu'en matière de faillite et d'insolvabilité, ni la Cour supérieure du Québec ni la Cour d'appel du Québec n'ont de compétence en *equity*. Ceci a été confirmé par les modifications apportées à la L.F.I. par la Loi d'harmonisation n° 1. Par voie de conséquence, le juge québécois ayant à interpréter l'article 197(2) L.F.I. ne peut pas fonder son pouvoir d'attribution des dépens sur l'*equity*. Il lui faut plutôt appliquer la loi et s'inspirer des précédents jurisprudentiels mais en aucun cas a-t-il la discrétion dont bénéficient les juges dans le système de common law⁸⁹.

⁸⁵ Loi d'harmonisation n° 1, précitée, note 4, préambule; voir : Louise MAGUIRE WELLINGTON, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice et procureure générale du Canada, 2001, fascicule 4.

⁸⁶ Loi d'harmonisation n° 1, précitée, note 4.

⁸⁷ *Loi d'interprétation*, précitée, note 20; voir A. TARDIF et A. LEDUC, *op. cit.*, note 45.

⁸⁸ *Biron c. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, précité, note 83; Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 236, p. 169; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 77, p. 158.

⁸⁹ En somme, c'est le raisonnement qu'a appliqué le juge Gomery de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Bank of Montreal c. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, précité, note 83, par. 58. À ce propos, le juge affirmait :

The concept of taxing costs as between solicitor and client is generally foreign

Options envisagées

1. **Ajouter les mots « frais extrajudiciaires ».** Au point de vue terminologique, l'utilisation des termes « frais taxés entre l'avocat et le client », « frais extrajudiciaires », « frais extraordinaires », « frais non prévus par le tarif », « frais punitifs » ne change rien au fond du problème qui est le remboursement à une partie, à titre de dépens, des frais engagés en cours d'audience pour des services qui ne concernent pas le déroulement du procès en tant que tel et déboursés par elle en raison de la conduite répréhensible de la partie adverse. De plus, il est fort probable que la nature « équitable » de cette règle demeurerait malgré ces changements terminologiques. Enfin, loin d'assurer l'harmonisation de la loi fédérale avec le droit civil québécois, cette solution a pour effet d'uniformiser l'expression de la politique législative pour toutes les provinces canadiennes. Il n'est pas certain au demeurant que les critères d'application de ces frais soient clairs pour l'auditoire de droit civil.
2. **Abroger cette règle.** En revanche, comme l'attribution des frais sur la base avocat-client fait partie du droit commun des provinces de common law, et comme l'attribution des frais extrajudiciaires à titre de dommages fait partie du droit commun de la province de Québec, on peut se demander pourquoi, au fond, ne serait-il pas préférable d'abroger la référence aux frais taxés entre l'avocat et le client et de s'en remettre au droit commun à titre supplétif. Cette question est très certainement pertinente, surtout si l'on tient compte de la confusion qui règne au Québec à l'égard de l'attribution de ces dépens.
3. **Refléter les deux traditions juridiques.** Si l'abrogation de la règle suppose que l'auditoire à qui s'adresse le législateur comprenne que le droit commun des provinces sert alors de droit supplétif, le législateur pourrait le lui indiquer de façon simple à l'aide d'une courte formule reflétant les deux traditions juridiques de façon évolutive. Par exemple :

to the civil law of Quebec, and we must look to cases decided in the common law provinces for the governing principles.

En adjugeant les frais, le tribunal peut accorder les frais judiciaires au tarif applicable et, le cas échéant, les frais extrajudiciaires si le droit de la province où se déroule l'instance le permet et selon ce droit [...]

Cette solution a l'avantage de respecter les particularités des deux systèmes de droit privé au Canada en ce qui concerne les dépens et l'attribution des frais extrajudiciaires.

4. **Ajouter une référence aux demandes en dommages.** Au point de vue conceptuel, en droit civil, les frais extrajudiciaires engagés par une partie au procès en raison de la conduite répréhensible en cours d'audience de l'autre partie peuvent être remboursés, non pas à titre de dépens, mais bien à titre de dommages à l'occasion d'une demande en dommages-intérêts. Une harmonisation complète de la politique législative du législateur fédéral avec le droit civil québécois devrait permettre l'expression de cette règle dans le libellé de l'article 197(2) L.F.I. Il faudrait toutefois limiter l'application de cette règle à la seule province de Québec puisque de tels dommages ne sont pas attribuables en common law.
5. **Introduire une règle autonome.** Cette solution permet de contourner le problème que pose aux civilistes l'application de la règle mais ne permet pas vraiment au législateur fédéral d'exprimer sa politique législative en respectant le droit civil alors que, du point de vue des avocats de common law, l'autonomie de la règle fédérale ne serait que relative puisqu'il s'agirait, somme toute, de la codification de la règle d'*equity*, une règle avec laquelle les avocats de common law sont déjà familiers. En outre, il faudrait s'assurer que tous les éléments de la règle soient prévus par le législateur, ce qui peut représenter une tâche complexe compte tenu de la nature « équitable » de cette règle.
6. **Limiter l'application de cette règle aux provinces de common law.** Cette solution permettrait de circonscrire l'application de cette règle aux seules provinces qui la connaissent, soit les provinces de common law. On peut, en effet, se demander pourquoi la politique législative du législateur fédéral devrait se limiter à reproduire la common law et, finalement, à n'être en harmonie qu'avec la common law.

5. L'application de la partie XI de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* aux créanciers hypothécaires

Avant 1992, la L.F.I. ne comptait aucune disposition encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis. Ces derniers étaient généralement considérés comme des étrangers à la faillite. En fait, le rapport de force qui s'établissait entre les créanciers garantis, les autres créanciers et le débiteur insolvable n'était régi par aucune règle particulière.

Aussi, il est apparu nécessaire, aux yeux du législateur, d'introduire de nouvelles dispositions visant à encadrer la prise de possession des biens du débiteur par les créanciers garantis afin de protéger à la fois les droits du débiteur et ceux des autres créanciers. C'est ainsi qu'en 1992, le législateur a ajouté une onzième partie à la L.F.I. constituée d'une toute nouvelle série de règles à cet effet⁹⁰. Ces règles sont toutes imposées à la même personne, soit celle qui prend possession des biens du débiteur au nom du créancier garanti et à qui les pouvoirs de prise de possession et d'administration sont conférés par contrat ou par ordonnance⁹¹. Nous verrons aussi que ces règles peuvent aussi viser le créancier lui-même.

La partie XI peut soulever plusieurs difficultés pour le civiliste puisque, d'une part, le *Code civil du Québec* prévoit déjà les droits que peut exercer un créancier hypothécaire et les conditions dans lesquelles il peut les exercer et, d'autre part, parce que cette partie ne semble s'adresser qu'au tiers délégué pour administrer les biens du débiteur.

Nous avons donc cherché à identifier, en premier lieu, à qui s'adresse la partie XI de la L.F.I. en droit civil québécois. Puis, en deuxième lieu, nous avons cherché à comparer les obligations imposées en vertu de cette partie avec celles que prévoit déjà le Code civil. Enfin, nous avons soumis quelques questions qui se posent à cet égard.

⁹⁰ L.C. 1992, c. 27, art. 89; art. 243 et suiv. L.F.I.

⁹¹ Art. 243 L.F.I.

Identification du « séquestre »

En droit civil, un « séquestre » est « le dépôt par lequel des personnes remettent un bien qu'elles se disputent entre les mains d'une autre personne de leur choix qui s'oblige à ne le restituer qu'à celle qui y aura droit, une fois la contestation terminée »⁹². Le mot « séquestre » désigne à la fois l'opération de remise du bien et la personne entre les mains de laquelle cette remise a lieu⁹³. En somme, le « séquestre » est une personne qui conserve des biens pour une durée déterminée et qui a l'obligation de les restituer à terme.

Lorsqu'il a introduit la partie XI de la L.F.I. visant à encadrer les droits des créanciers garantis, le législateur ne visait sûrement pas cette notion du séquestre. Il visait plutôt la situation où une personne a la charge au nom du créancier de prendre possession des biens du débiteur afin de réaliser les biens. Cette fonction se rapproche davantage du rôle traditionnellement tenu en droit anglais par le *receiver*⁹⁴.

Il est à noter qu'en principe, le *Code civil du Québec* interdit à l'administrateur du bien d'autrui de déléguer généralement la conduite de son administration⁹⁵. Toutefois, dans le cadre exceptionnel de la prise en possession à des fins d'administration, où le créancier est considéré comme un administrateur du bien d'autrui⁹⁶, le Code permet de déléguer à un tiers l'administration du bien⁹⁷. Cette exception permet de refléter l'usage selon lequel les créanciers hypothécaires désignent des agents pour exercer à leur place les droits de gérer les biens grevés⁹⁸.

⁹² Art. 2305 C.c.Q.

⁹³ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 511.

⁹⁴ Frank BENNETT, *Bennett on Receiverships*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1999, p. 1 et suiv.

⁹⁵ Art. 1337 C.c.Q.

⁹⁶ Art. 2773 C.c.Q.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n^o 1778, p. 775. Ces agents tiennent, de fait, un rôle sensiblement semblable à celui que tiennent les *receivers* de common law. Toutefois, la notion de *receivership*, en soi, est une notion inconnue en droit civil. Seule l'administration du bien d'autrui peut servir de point de comparaison.

Le législateur fédéral définit, à l'article 243(2) L.F.I., ce qu'est un « séquestre / receiver » aux fins de la partie XI. On y lit :

243(2) *Dans la présente partie, mais sous réserve du paragraphe (3), « séquestre » s'entend de toute personne qui, aux termes d'un contrat – appelé « contrat de garantie » dans la présente partie – créant une garantie sur des biens, ou aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de toute règle de droit prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, est habilitée nommément à prendre – ou a pris – possession ou contrôle de la totalité ou de la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable ou d'un failli acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires.*

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

Selon une interprétation large, les mots « toute personne qui [...] est habilitée nommément à prendre [possession des biens] », d'une part, et « ou a pris », d'autre part, présentent une alternative conceptuelle : le « séquestre / receiver » traditionnellement reconnu et ce qui serait une nouvelle conception de « séquestre / receiver ». Ainsi, le « séquestre / receiver » visé par cette définition peut être celui qui est traditionnellement habilité par un contrat de garantie ou une ordonnance mais il pourrait aussi être un créancier qui prend possession des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie afin de les réaliser sans y être expressément habilité.

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

Ce sont ces interprétations que l'on a présentées devant le tribunal de première instance de Saskatchewan. Le juge Baynton a d'abord reconnu le bien fondé des deux interprétations mais a ensuite tranché en faveur de l'interprétation stricte. Il a toutefois ajouté, en tenant compte des fins poursuivies par la partie XI de la L.F.I., qu'un créancier garanti pourrait être un séquestre tel que défini à l'article 243(2) L.F.I. à condition qu'il soit nommément habilité aux termes d'un contrat de garantie ou d'une ordonnance à prendre possession des biens de son débiteur⁹⁹.

En tenant compte de cette décision, qui constitue pour le moment l'état du droit au Canada, ceci signifie que la partie XI de la L.F.I. ne s'applique pas à tous les créanciers garantis mais seulement à ceux qui prennent possession des biens du débiteur, conformément à l'autorisation obtenue par contrat de garantie ou par ordonnance.

La situation en droit civil québécois

Au Québec, depuis la réforme du Code civil en 1994, la seule sûreté réelle de droit commun est l'hypothèque :

*L'hypothèque est un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation; elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente.*¹⁰⁰

Toutefois, avant d'exercer l'un de ces quatre droits hypothécaires¹⁰¹, le créancier doit faire parvenir au débiteur un préavis d'exercice¹⁰² et le sommer de procéder au délaissement des biens grevés¹⁰³. Une fois qu'il a obtenu le délaissement des biens, le créancier en a la simple administration « jusqu'à ce que le droit hypothécaire qu'il entend exercer soit effectivement exercé »¹⁰⁴.

⁹⁹ *Farm Credit Corporation c. Corriveau*, (1993) 20 C.B.R. (3d) 124 (Sask.Q.B.).

¹⁰⁰ Art. 2660 C.c.Q.

¹⁰¹ Ces droits sont (1) la prise de possession à des fins d'administration, art. 2773 et suiv. C.c.Q.; (2) la prise en paiement, art. 2778 et suiv. C.c.Q.; (3) la vente par le créancier, art. 2784 et suiv. C.c.Q.; et (4) la vente sous contrôle de justice, art. 2791 et suiv. C.c.Q.

¹⁰² Art. 2757 et suiv. C.c.Q.

¹⁰³ Art. 2763 et suiv. C.c.Q. Le délaissement peut être volontaire ou forcé.

¹⁰⁴ Art. 2768 C.c.Q.

En somme, puisqu'il est possible pour le créancier hypothécaire de droit civil d'obtenir le délaissement des biens du débiteur et d'en prendre possession en exécution de sa garantie, on pourrait en conclure qu'il est soumis aux règles de la partie XI de la L.F.I. Toutefois, les conclusions du juge Baynton dans l'affaire *Farm Credit Corporation*¹⁰⁵ semblent indiquer que l'article 243(2) L.F.I. ne peut, au Québec, s'appliquer à la situation des créanciers hypothécaires de droit civil. En effet, selon un courant de pensée, le fondement juridique permettant aux créanciers hypothécaires d'exercer leurs droits en cas de défaut du débiteur ne se trouve pas dans un contrat ou une ordonnance du tribunal mais bien dans le *Code civil du Québec*¹⁰⁶ Ainsi, parce que le législateur ne prévoit pas cette éventualité, il faudrait en conclure qu'elle doit être exclue de l'application de la partie XI de la L.F.I.¹⁰⁷.

Puisque le créancier hypothécaire est, en droit civil, le seul créancier garanti détenteur de droits réels accessoires sur le bien du débiteur, on peut alors se demander à quelle situation s'applique la partie XI de la L.F.I. au Québec. En fait, il semble que le mode de réalisation de garanties visé par la définition de l'article 243(2) L.F.I. était, avant la réforme du Code civil, la prise de possession d'une entreprise aux termes d'un acte de fiducie en vue de liquider les inventaires, les comptes recevables et les biens du débiteur. En effet, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales* permettait de créer un acte de fiducie en faveur de

¹⁰⁵ *Farm Credit Corporation c. Corriveau*, précité, note 99.

¹⁰⁶ Alain RIENDEAU, *L'insolvabilité et l'exécution des garanties*, Conférence, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 1996, p. 24.

¹⁰⁷ En revanche, dans le cas où un créancier hypothécaire, qui procède à une prise de possession, délègue par contrat à un tiers le soin d'administrer le bien du débiteur à sa place, ce tiers serait indubitablement soumis aux conditions imposées par la partie XI de la L.F.I. Il est facile d'imaginer, alors, que le créancier hypothécaire lui-même serait soumis aux conditions du *Code civil du Québec* tandis que le tiers serait soumis aux conditions de la L.F.I. Il s'agit d'une anomalie résultant du mutisme du Code au sujet de ce tiers. Celui-ci est-il soumis aux règles de l'administration du bien d'autrui? Recevant ses pouvoirs de façon déléguée par contrat, ne constitue-t-il pas plutôt un mandataire? Un prestataire de service? Dans l'incertitude que soulèvent ces questions, il est sans doute préférable de traiter ce tiers de la même façon que le *receiver* de la partie XI, personnage dont il a les principales caractéristiques. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 98, n° 1783, p. 776.

créanciers (obligataires) aux termes duquel le fiduciaire de ces derniers pouvait entrer en possession des biens du débiteur (émetteur), les administrer et les liquider advenant le défaut de celui-ci¹⁰⁸. Or, la disparition de cet acte de fiducie, avec la réforme du Code civil, peut donner l'impression que la partie XI de la L.F.I. est lettre morte au Québec¹⁰⁹.

Pourtant, l'intention du législateur lorsqu'il a introduit la partie XI de la L.F.I. était d'encadrer les droits des créanciers garantis dans un contexte de faillite ou d'insolvabilité afin de protéger les droits des autres créanciers et ceux du débiteur. D'autre part, le créancier hypothécaire est tout de même soumis aux règles relatives à l'exercice de ses droits prévues au *Code civil du Québec*. C'est ce que nous allons maintenant voir.

Les règles encadrant l'exercice des recours des créanciers hypothécaires en matière de faillite

Les règles encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis en vertu de la partie XI de la L.F.I. imposent l'obligation de faire parvenir un préavis dix jours avant la prise de possession¹¹⁰, l'obligation d'administrer les biens saisis avec honnêteté et bonne foi, selon les « pratiques commerciales raisonnables »¹¹¹, et

¹⁰⁸ L.R.Q., 1977, c. P-16, art. 27 et suiv. (anciennement *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*). Ces articles ont été modifiés par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 642 et suiv. Avant ces modifications, il fallait que l'autorisation de prendre possession des biens du débiteur en cas de défaut de celui-ci soit expressément prévue à l'acte de fiducie. Louise LÉVESQUE, *L'acte de fiducie*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 28 et suiv. Cette prise de possession ne transférait pas le droit de propriété qui demeurait entre les mains du débiteur. *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7. Détail intéressant : on a affirmé que le fiduciaire pouvait agir directement sans devoir nommer un *receiver*. Yves CARON, « De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la province de Québec », dans Jacob S. ZIEGEL (dir.), *Studies in Canadian Company Law*, Toronto, Butterworths, 1967, p. 142. Voir aussi : Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n^o 3.47, p. 251 et suiv.

¹⁰⁹ A. RIENDEAU, *op. cit.*, note 106, p. 24.

¹¹⁰ Art. 244 et 245 L.F.I.

¹¹¹ Art. 247 L.F.I.

l'obligation de rendre compte de l'administration¹¹². Or, les dispositions du *Code civil du Québec* concernant l'exercice des recours hypothécaires poursuivent des fins analogues¹¹³.

En ce qui concerne le préavis d'exercice, le Code exige un délai de vingt jours, dans le cas d'un meuble, de soixante jours, dans le cas d'un immeuble, ou de dix jours si l'intention du créancier est de prendre possession du bien¹¹⁴. Il est d'ailleurs établi que le préavis d'exercice exigé sous le Code civil équivaut, dans son but et dans son esprit, à celui exigé sous la L.F.I.¹¹⁵.

En ce qui concerne l'administration des biens elle-même, le *Code civil du Québec* considère le créancier hypothécaire, qui a obtenu du débiteur le délaissement des biens et, en particulier, celui qui a procédé à une prise de possession à des fins d'administration, comme un administrateur du bien d'autrui¹¹⁶ et le soumet aux obligations de prudence, diligence, honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie¹¹⁷. À première vue, il semble que les obligations auxquelles est tenu le séquestre sous la L.F.I. soient moins exigeantes que celles auxquelles est tenu l'administrateur du bien d'autrui sous le Code civil. En effet, le test des « pratiques commerciales raisonnables » apparaît moins lourd que la recherche du « meilleur intérêt » du bénéficiaire. Il est bon de noter que le test des « pratiques commerciales raisonnables » de la L.F.I., inconnu en droit civil, émane des législations des provinces de common law en matière de sûretés mobilières¹¹⁸.

Enfin, en ce qui concerne la reddition de compte, on retrouve des dispositions similaires à la L.F.I. dans le *Code civil du Québec*¹¹⁹. Ainsi, comme le soulignait le professeur Jacques Deslauriers :

¹¹² Art. 246 L.F.I.

¹¹³ A. RIENDEAU, *op. cit.*, note 106, p. 28 et suiv.

¹¹⁴ Art. 2758 C.c.Q.

¹¹⁵ *Société en fiducie de la Banque de Hongkong c. Développements sociaux du Sud-Ouest*, [1996] R.D.I. 331 (C.S.).

¹¹⁶ Art. 2768 et 2773 C.c.Q.

¹¹⁷ Art. 1309 C.c.Q.

¹¹⁸ F. BENNETT, *op. cit.*, note 94, p. 696 et 697.

¹¹⁹ Art. 1363 C.c.Q.

[...] les législateurs ont eu en 1992 et 1994 des objectifs et des motivations semblables. Cependant, alors qu'autrefois d'aucuns affirmaient être assujettis à la loi de la jungle face à certains de leurs créanciers, maintenant, nous nageons dans une multitude de systèmes d'avis et de contrôle [...].¹²⁰

Si l'application concurrente des règles de la partie XI de la L.F.I. et du Code civil à l'égard du créancier hypothécaire apparaît au civiliste comme « une multitude de systèmes d'avis et de contrôle », c'est probablement parce qu'une véritable harmonisation de la loi fédérale avec le droit civil québécois est nécessaire. Cette harmonisation devient indispensable lorsque la confusion est telle « qu'on ne s'entend cependant pas, du moins dans la province de Québec, pour identifier les sûretés dont l'exécution met en œuvre les règles du séquestre de la partie XI »¹²¹.

C'est pourquoi nous soumettons les questions ou options suivantes :

Option d'harmonisation

On pourrait étendre l'application de la partie XI de la L.F.I. aux créanciers hypothécaires du *Code civil du Québec* en ajoutant une disposition définissant, pour les fins de la partie XI, l'expression « créancier hypothécaire ». Ceci serait rendu nécessaire en raison de l'usage de cette expression dans la suite de la partie XI mais aussi corrélativement dans d'autres dispositions de la L.F.I., tels les articles 11.1(1)d) ou 81.1(1).

Dans ce contexte, devrait-on viser tous les recours du créancier hypothécaire ou seulement certains d'entre eux?

Il faudrait ensuite sans doute référer aux obligations de bonne foi du Code civil. Nous croyons qu'il vaudrait mieux s'en remettre au droit énoncé par le législateur québécois afin de permettre une simplification du système. Ceci éviterait, de plus, d'imposer aux créanciers hypothécaires de droit civil un critère emprunté aux lois

¹²⁰ J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 25, p. 15.

¹²¹ *Id.*

des provinces de common law en matière de sûretés mobilières (pratiques commerciales raisonnables).

Enfin, il faudrait maintenir l'exigence de reddition de compte telle quelle. Nous croyons que cette reddition de compte, semblable dans son but et dans son esprit à celle imposée par le Code civil, comporte tout de même des exigences particulières à un dossier de faillite. Il s'agirait simplement de s'assurer que le créancier hypothécaire y soit désormais clairement soumis.

Option de dissociation avec le droit civil

Dans la mesure où l'on maintient le *statu quo* et qu'on décide de ne pas soumettre les créanciers hypothécaires aux dispositions relatives au séquestre, il serait peut-être à propos de l'indiquer clairement. Les seules dispositions relatives aux préavis seraient alors applicables.

Dans le contexte de l'une ou l'autre de ces options, il convient de se demander si l'on ne devrait pas néanmoins inclure le créancier hypothécaire dans certaines dispositions de la L.F.I. qui traitent du séquestre, tel l'article 81.1.

Conclusion

Nous avons vu certaines problématiques que soulève la L.F.I. mais auxquelles nous n'apportons à ce stade aucune solution d'harmonisation.

À ces problématiques, il faut ajouter celles dont traitent les professeurs Albert Bohémier et Jacques Auger concernant le statut du syndic et la mise en faillite d'une fiducie constituant un patrimoine d'affectation autonome.

Nous présenterons ces problématiques à l'occasion d'une consultation publique qui sera tenue à l'hiver 2003 afin d'indiquer la complexité du travail d'harmonisation, d'une part, et sa nature continue et dynamique, d'autre part. Bien que nous posons des questions qui pourraient provoquer une révision en profondeur de la L.F.I., nous pensons qu'il est nécessaire d'en soumettre la justesse et la pertinence au public canadien, en particulier à la communauté juridique.

Bien entendu, ceci sous-entend que le travail n'est pas fini. Nous espérons ainsi nourrir le dialogue entrepris entre les ministères de la Justice et de l'Industrie afin de préciser certains aspects du droit de la faillite et de l'insolvabilité demeurés nébuleux. Ces deux ministères souhaitent et sollicitent, pour y arriver, votre collaboration et vos commentaires.

Some Legislative Policy Issues

BIJURALISM AND DRAFTING SUPPORT
SERVICES GROUP
LEGISLATIVE SERVICES BRANCH
DEPARTMENT OF JUSTICE CANADA¹
and
CORPORATE AND INSOLVENCY LAW
POLICY DIRECTORATE
INDUSTRY CANADA²

This text presents a number of legislative policy issues with respect to the Bankruptcy and Insolvency Act as raised in the context of harmonization with Quebec civil law.

¹ By the commercial law team, under the direction of M^c Alain Vauclair, General Counsel.
² By Annie Drzymala, Legal Policy Analyst.

Outline

Introduction	149
1. Equitable set-off	150
2. Settlement of property	156
3. The rule in Ex parte James	158
4. Harmonization of subsection 197(2) of the <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> incorporating the rule of awarding extrajudicial costs as costs	160
5. Application of Part XI of the <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> to hypothecary creditors	171
Conclusion	179

Introduction

The current phase of harmonization of the *Bankruptcy and Insolvency Act*³ with Quebec civil law constitutes a significant effort by the Department of Justice Canada with regard to legislative biculturalism. The harmonization of the *B.I.A.* was initiated through the *Program to Harmonize Federal Legislation with the Civil Law of Quebec* and was partially accomplished with *A First Act to harmonize federal law with the civil law of the Province of Quebec*.⁴ Our initial objective was to complete the harmonization of the *B.I.A.* with a second harmonization bill and to present recommendations for legislative amendments during public consultations.

The difficulty of this highly demanding objective soon became apparent as we identified the fundamental problems it entailed. The characterization of the status of the trustee in bankruptcy on the basis of civil law institutions instead of common law institutions in itself illustrates the profound changes to which our work could give rise. The text that appears in this special edition by professors Albert Bohémier and Jacques Auger demonstrates this quite clearly.

Other difficulties also arise in connection with basic questions, such as the inclusion in the *B.I.A.* of legislative provisions reflecting the new law introduced by the Quebec legislature with the Civil Code reform. Among them are new provisions governing the bankruptcy of a trust patrimony, which bring some important issues to light, as addressed in professor Bohémier's text.

It is clear that harmonization has implications in terms of legislative policy. The partnership between the Department of Justice and Industry Canada with regard to harmonization of the *B.I.A.* thus is of fundamental importance. In this context, and in close collaboration with our colleagues at Industry Canada, we wanted to present certain harmonization and legislative policy issues without recommending harmonization proposals by identifying or deciding

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

⁴ Bill S-4, 1st Sess., 37th Parl., 2001, c. 4 (assented to 10th May 2001) [hereinafter *Harmonization Act*].

on solutions. These issues will also be examined during public consultations to be held during the winter of 2003, firstly on their advisability and relevance and then on applicable solutions.

The questions and issues that follow, as well as those relating to the status of the trustee in bankruptcy and the bankruptcy of a Quebec patrimony by appropriation, are therefore submitted to you for your comments. Please keep in mind also that the Department of Justice and Industry Canada would appreciate hearing about any other matters that are not covered by this text or the previous ones or that are not resolved by the proposals submitted.

1. Equitable set-off

Subsection 97(3) B.I.A. provides that:

*The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.*⁵

This provision applies in cases in which a bankrupt's creditor is himself indebted to the bankrupt. By allowing the creditor to effect set-off, the legislator ensures that the creditor is not required to repay the bankrupt in full when he himself would have to be satisfied with what the trustee will pay him.⁶

In civil law, set-off ("compensation" in the Civil Code) may be conventional, legal or judicial. Legal compensation takes place between two persons who are reciprocally debtor and creditor of

⁵ The French version of subsection 97(3) provides that:

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

⁶ However, in the operation of set-off, the creditor must not enjoy an advantage over the other creditors, thereby establishing a sort of "priority" for himself. *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453 at para. 61, Gonthier J.

each other.⁷ Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.⁸

Recently the Quebec Court of Appeal has allowed the application of compensation as interpreted by the courts in equity law in a bankruptcy context.⁹

The specific nature of equitable set-off is such that it provides for compensation by adopting a more flexible criterion for the liquidity and reciprocity of debts.¹⁰ Such compensation is possible because of the flexibility with which it can be applied in equity law, a set of rules and principles based on natural justice and initially established outside the common law but subsequently consolidated through a court reform.¹¹

Although the application of compensation in accordance with rules foreign to civil law is clearly advantageous for the parties

⁷ Art. 1672 C.C.Q.

⁸ Art. 1673 C.C.Q.

⁹ *Structal (1982) Inc. v. Fernand Gilbert Ltée*, [1998] R.J.Q. 2686 (C.A.).

¹⁰ However, the two debts must have a close connection between them. K.R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993) at 267.

¹¹ In England, the creation of the Chancery Courts can be explained by the deficiencies of the common law. D. Poirier, *Introduction générale à la common law*, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2000) at 8-10; J. Vanderlinden, *Histoire de la common law*, vol. 1 (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1996) at 40-43, 66-67, 76-79. The *Judicature Acts* of 1873-75 brought about a *de facto* amalgamation of the common law courts with the Chancery Courts through an extensive court reform intended to establish the High Court of Justice. Following that reform, the judges of the High Court of Justice were able to rule on both common law and equity law. In Ontario, where the creation of the first Chancery Court dates back to 1837, a court reform in the late 19th century led to the establishment of a High Court of Justice similar to that of England, with judges able to rule on matters of both common law and equity law. *Ontario Judicature Act*, S.O. 1881, c. 5. This rule is now set out in section 96 of the *Courts of Justice Act* (R.S.O. 1990, c. C-43, s. 96), which provides that:

Courts shall administer concurrently all rules of equity and the common law.

and that

(2) *Where a rule of equity conflicts with a rule of the common law, the rule of equity prevails.*

involved, especially in bankruptcy matters,¹² it may nonetheless seem surprising in a bijural context.¹³ It can, however, be explained by the jurisdiction once held by the bankruptcy courts. Before the June 2001 amendments in the *Harmonization Act*, paragraph 183(1)(b) *B.I.A.* provided that:

*The following courts are invested with such jurisdiction **at law and in equity** as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers: ...*

b) in the Province of Quebec, the Superior Court; [emphasis added]

Subsection 183(2) *B.I.A.* in turn provided that:

*The courts of appeal throughout Canada, within their respective jurisdictions, are invested with power and jurisdiction **at law and in equity**, according to their ordinary procedures, except as varied by this Act or the General Rules, to hear and determine appeals from the courts vested with original jurisdiction under this Act. [emphasis added]*

This recognition of jurisdiction suggested that the Superior Court of Quebec had thereby acquired jurisdiction in equity.¹⁴ It

¹² It in fact allows an ordinary creditor to set himself above the other creditors and to assure full or partial payment of his debt. As Professors Baudouin and Jobin wrote:

Compensation thus confers a certain priority on an ordinary creditor by exempting him from pari passu ranking with other creditors.

J.-L. Baudouin & P.G. Jobin, *Les obligations*, 5th ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1998) at para. 958 [translated]. In *Structal*, through equitable set-off, it was possible to avoid the injustice caused to a party by forcing the latter to pay in full a debt that had become payable by judicial order further to the improper execution of a sub-contract and included in a proposal accepted by the creditors, while the other party was to be substantially released from a debt arising out of the same "judicial contract", as Otis J. referred to it, namely the damages subject to a cross demand by the first party. *Structal (1982) Inc. v. Fernand Gilbert Ltée*, *supra* note 9 at 2694.

¹³ The Court of Appeal decision in *Structal* has received some criticisms. A. Bélanger, "L'application en droit civil québécois de l'inapplicable equitable set-off de common law" (1999) 78 Can. Bar Rev. 486; B. Boucher, "Compenser en matière de faillite : qu'en penser?" in Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 145, *Développements récents en droit de la faillite* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2001) at 173; M. Lemieux, "Droit de la faillite : la compensation dans un contexte de proposition et de faillite" (1999) 59 R. du B. 321.

¹⁴ Section 183 *B.I.A.* has sometimes been invoked in applying the standards of fairness and good conscience. *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1922), 2

was on that basis that a number of judges made their decisions on bankruptcy matters.¹⁵

It appears that the Superior Court of Quebec, like the Quebec Court of Appeal, has never had jurisdiction in equity in private law matters.¹⁶ The Superior Court is a court of original general jurisdiction, not a Chancery Court. On this subject, Mr. Justice Derek Guthrie of the Superior Court stated as follows in *Castor Holdings Ltd.*:

C.B.R. 154 (N.B. K.B.); *Re Stanley & Bunting* (1925), 5 C.B.R. 18 (Ont. S.C.); *Re Duranceau: Perras v. Cie mutuelle d'immeubles Ltée* (1954), 34 C.B.R. 198 (Qc. Sup. Ct.); *Re Alliance Credit Corp.: Gagnon v. Montreal Trust Co.* (1973), 17 C.B.R. 136 (Qc. Sup. Ct.). It seems that this interpretation is not the one that should be applied. According to Mr. Justice Louis De Blois of the Superior Court of Quebec, the term "equity" as used by Parliament in section 183 *B.I.A.* refers simply to the equity law of English law. See *Re 125258 Canada Inc. (Formerly Cast North America Ltd.)*; *Bisseger v. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666 at 1680 (Sup. Ct.), upheld by the Court of Appeal, (*sub nom.*: *125258 Canada Inc. (Syndic de)*) [1990] R.J.Q. 1547, leave to appeal to S.C.C. refused [1991] 1 S.C.R. vi. See also *Meublerie André Viger Inc. (Syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1461 at 1467 (C.A.).

¹⁵ *Janpar produits de bureau Inc. (Syndic de)*, [1993] R.J.Q. 1907 at 1914 (Sup. Ct.); *Bureau (Syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1461 at 1465 (Sup. Ct.); *Pogany (Syndic de)*, [1997] R.J.Q. 1693 at 1700 (Sup. Ct.); *Maestro Ltée (Syndic de)* (25 May 2000), Montreal 500-11-011474-992 J.E. 2000-1323 (Sup. Ct.).

¹⁶ The Court of Common Pleas, later the Court of King's Bench, later the Superior Court of Quebec, has always been a court of original general jurisdiction similar in many respects to the common law courts of English law. Unlike in common law jurisdictions, courts in Quebec have never undergone a reform resulting in an amalgamation of jurisdiction in equity and in common law as was the case under the *Judicature Acts*. At the same time, it might be asked how this could have taken place in Quebec, where jurisdiction in equity, once exercised by Chancery Court judges between 1765 and 1774, fell into disuse with the coming into force of the *Quebec Act* and went on to completely disappear. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774 (U.K.), 14 Geo. III, c. 83; *The Quebec Act, 1774* (U.K.), 14 Geo. III, c. 83, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 2, s. 8; *An Ordinance for establishing courts of civil judicature in the province of Quebec, 1777* (U.K.), 17 Geo. III, c. 1; *Act for the Division of the Province of Lower Canada, for Amending the Judicature thereof, and for Repealing Certain Laws Therein Mentioned*, 1794 (U.K.), 34 Geo. III, c. 6; *Act to amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower-Canada*, 1849 (U.K.), 12 Vict., c. 38; J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (Montreal: Thémis, 1986); W.R. Riddell, "The First Court of Chancery in Canada" (1922) Boston U.L. Rev. 231.

The Superior Court is a court of original general jurisdiction; it hears at the trial level all proceedings that formal provisions of the law have not allocated exclusively to other courts (art. 31 C.C.P.). The Superior Court has all the powers required to exercise this jurisdiction (art. 46 C.C.P.). It is not necessary to import jurisdiction in equity in order to broaden this Court's jurisdiction. The purpose of subsection 183(1) of the B.I.A. is merely to ensure that the superior courts in the common law provinces can exercise their jurisdiction in law and in equity in exercising their general jurisdiction. This section does not give the Superior Court of Quebec, in exercising its jurisdiction in bankruptcy matters, a power in addition to the power it already has.¹⁷

It was on the basis of this reasoning that legislative amendments were made to the B.I.A. by the *Harmonization Act* in order to harmonize it with the main elements of the civil law and the judicial context in which it operates.¹⁸ New subsections 183(1.1) and 183(2.1) now read as follows:

183(1.1) *In the Province of Quebec, the Superior Court is invested with the jurisdiction that will enable it to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during its term, as it is now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers.*

183(2.1) *In the Province of Quebec, the Court of Appeal, within its jurisdiction, is invested with power and jurisdiction, according to its ordinary procedures, except as varied by this Act or the General Rules, to hear and determine appeals from the Superior Court.¹⁹*

In light of these amendments and the new provisions introduced in the *Interpretation Act*, the application of equitable set-off is, in principle, henceforth set aside in Quebec.²⁰ However, there is still

¹⁷ (29 October 1999), Montreal 500-11-001584-925 J.E. 99-2246 (Sup. Ct.) [translated].

¹⁸ *Harmonization Act*, *supra* note 4, s. 33. See J. Auger, A. Bohémier & R.A. Macdonald, "The Treatment of Creditors in the *Bankruptcy and Insolvency Act* and Security Mechanisms in the Civil Law of Quebec" in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Department of Justice, 1997) at 911.

¹⁹ It should be noted that the passage makes no reference to equity law in subsections 183(1.1) and (2.1) B.I.A. The first and second subsections of section 183 B.I.A. have been amended so that equitable jurisdiction is recognized only with regard to courts of first instance and courts of appeal in the common law provinces.

²⁰ The *Harmonization Act* has also amended the *Interpretation Act* (R.S.C. 1985, c. 1-21) by introducing a new rule of interpretation for federal legislation. New

reason to wonder whether a problem remains with respect to set-off.

Despite the undoubtedly exceptional application of the rule of equitable set-off in the common law provinces, some creditors are nonetheless granted a type of preference that would not be granted to a creditor in Quebec in similar circumstances.

The questions that arise are as follows:

- Should this rule of equity be codified to make it applicable to bankruptcy cases in Quebec? An indication would be made that it would be applied only in Quebec and that if necessary, the rules of equity law in such matters would nonetheless not be abrogated in the other provinces.
- In similar fashion, should a national standard be codified in neutral terms instead? A series of criteria valid for all provinces would need to be established. Such criteria could be those of equity law or could differ from it.
- On the contrary, should the introduction of rules foreign to the law of Quebec be avoided and the status quo maintained? Despite any changes, the risks of varied application would still remain.
- Lastly, should the rule of equitable set-off simply be abolished with respect to bankruptcy in all of Canada?

sections 8.1 and 8.2 of the 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.*

2. Settlement of property

The “settlement of property / *disposition de biens*” is a notion that stems from the common law tradition.²¹ It is used in federal legislation, notably in the *B.I.A.*,²² and was imported from English law in 1919.²³

According to traditional case law, the notion relates to gifts made to a beneficiary with the condition that the property given is maintained in its original form or in a state that enables it to be found. This is called tracing.²⁴

The element of tracing which characterizes a “settlement / *disposition*” is unknown in civil law. Even though the settlement may be similar in some aspects to civil law institutions, there is no exact correspondence. For example, in Québec civil law it is the notion of alienation without sufficient consideration that is applied.²⁵ Furthermore, a gift does not encompass this element of control because it is made on a gratuitous basis.²⁶ For their part, juridical acts that could be subject to a Paulian action entail instead an element of fraud.²⁷ As well, a hypothec that a debtor can offer as security for an obligation also does not involve this element of tracing because the charged property remains part of the debtor’s patrimony.²⁸ The idea of transferring property in order to retrieve it in

²¹ A. Bohémier, “Research in Bijuralism: *Bankruptcy and Insolvency Act*” in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism*, *supra* note 18 at 863.

²² Ss. 91ff. *B.I.A.*

²³ *Re Jules Beaulieu* (1943), 24 C.B.R. 197 at 205 (Qc. C.A.); *Re Évaporateur Portneuf Inc.: Angers v. Malouin*, [1962] B.R. 218; *Jobin v. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 at 1758-1759 (C.A.).

²⁴ *A.H. Boulton Co. v. Bozanich (Trustee of)*, [1942] S.C.R. 130 at 135, Duff C.J., 140 Rinfret J.

²⁵ *Re Évaporateur Portneuf Inc.: Angers v. Malouin*, *supra* note 23; *Promoteurs Inc. : Danyluk v. Franco* (1982), 42 C.B.R. (N.S.) 252 (Qc. C.A.); *Jobin v. Monarch Life Assurance Co.*, *supra* note 23; *Giroux (Syndic de) v. Giroux*, [1993] R.J.Q. 1515 (Sup. Ct.); See J. Deslauriers, “Le projet de loi S-22 et l’harmonisation de la Loi sur la faillite avec le Code civil du Québec” (*Association du Barreau canadien, Québec*, 2000) at 13.

²⁶ Art. 1806 C.C.Q.

²⁷ Art. 1631ff. C.C.Q.

²⁸ Art. 2660ff. C.C.Q.

its original condition is foreign to trusts in Quebec, even though a trust constitutes an autonomous patrimony by appropriation.²⁹

In 1992, the federal Parliament incorporated a definition of “settlement / *disposition*” into the *B.I.A.* The latter is more an enumeration than a definition. The enactment provides that a “settlement”:

*includes a contract, covenant, transfer, gift and designation of beneficiary in an insurance contract, to the extent that the contract, covenant, transfer, gift or designation is gratuitous or made for merely nominal consideration.*³⁰

As it will be noted, the notion of tracing is not part of the statutory definition of “settlement / *disposition*”. However, there is reason to believe that the use of the term “includes” means that this definition is neither exhaustive nor exclusive. In all likelihood, courts will in the future maintain their traditional interpretation.³¹

A degree of harmonization between federal bankruptcy legislation and the Quebec civil law would obviously be necessary in this regard.

It should be noted here that the English Parliament amended its bankruptcy statute and replaced the notion of “settlement” with that of “an act for an undervalue”, which does not require demonstration of an intention to maintain the property in a state that would enable it to be traced.³²

The questions that arise are as follows:

- Should the notion of settlement, in particular the notion of tracing be better codified?
- Should the approach of the English Parliament be adopted instead?

²⁹ Art. 1260ff. C.C.Q. In common law, it seems on the contrary that the notion of tracing is the cornerstone of the notion of trust, at least with respect to the remedies traditionally recognized in the system of equity. D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1984) at 1037ff.

³⁰ Subs. 2(1) *B.I.A.*

³¹ *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325.

³² *Insolvency Act 1986* (U.K.), 1986, c. 45, s. 339.

- Should the notion of “settlement / *disposition*” in the *B.I.A.* simply be abrogated and the private law of the provinces be applied to resolve such situations?

3. The rule in *Ex parte James*

As professors Bohémier and Auger indicate, in the event of a debtor’s bankruptcy the trustee in bankruptcy becomes the owner of the debtor’s property.³³ Once a receiving order has been made by the court or a general assignment of property has been filed at the office of the official receiver, the Act provides that:

*... a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.*³⁴ [emphasis added]

As a fiduciary owner, the trustee in bankruptcy administers the property on behalf of the bankrupt’s creditors.³⁵ The legislation confers on him specific powers to that effect.³⁶ Being also an officer of the court, the trustee must perform his administration in an exemplary manner.³⁷ As Lord Justice James of the Court of Appeal of the Chancery of England wrote:

*The Court, then, finding that he [the trustee, as an officer of the court] has in his hands money which in equity belongs to some one else, ought to set an example to the world by paying it to the person really entitled to it. In my opinion the Court of Bankruptcy ought to be as honest as other people.*³⁸

³³ See the text on the status of the trustee in this edition.

³⁴ Subs. 71(2) *B.I.A.*

³⁵ According to Mr. Justice Durocher of the Superior Court of Quebec, whose comments are reiterated by Mr. Justice Nuss of the Quebec Court of Appeal, “once bankruptcy occurs, the debtor’s property is vested in the trustee and administered by the latter for the purpose of winding it up **and** distributing the proceeds to the creditors” [translated] [emphasis added]. *Lacoursière v. Ville de Westmount*, [1998] R.J.Q. 1784 at 1788 (C.A.). See in the first instance *Kostadinova Gantcheff (Syndic de)*, [1996] R.J.Q. 3030 at 3033 (Sup. Ct.).

³⁶ Subs. 30(1) *B.I.A.*

³⁷ *Troup v. Ricardo* (1865), L.J. 91 at 94 (Ch.D.), (1904) 46 E.R. 1008; *J. Pascal Inc. (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 5 at 14-15 (C.A.), Zerbisias J.; *Re Bryant* (1924), 4 C.B.R. 41 (Ont. S.C.).

³⁸ *Re Condon: Ex parte James* (1874), 9 Ch. App. 609 at 614.

This rule, referred to as the rule in *Ex parte James*, is a typical example of the principles arising out of equity law. It is the bankruptcy court's prerogative to oppose the trustee's exercise of a right with regard to property if the exercise of that right is not consistent with the principles of natural justice, even though such a right is strictly valid from a legal point of view.³⁹

This rule applies when the following elements coexist:

- an enrichment of the bankrupt's property to the detriment of a party, regardless of whether this is the result of an error in law;⁴⁰
- in general, the party in question has not submitted a proof of claim to the trustee;⁴¹
- maintaining this enrichment would be unfair to the party.⁴²

In applying this rule of equity, the judges of the Superior Court of Quebec relied on the equitable jurisdiction conferred on them by section 183 *B.I.A.* before the recent harmonization amendments of June 2001.⁴³ Since those amendments, it is no longer possible to rely on the *B.I.A.* to establish the Superior Court's jurisdiction in equity matters as mentioned previously.⁴⁴ This means that it is no longer possible to invoke the rule in *Ex parte James* in Quebec.⁴⁵

However, if the conditions of applicability are all met, it is possible to invoke the provisions of the *Civil Code of Québec* with respect to unjust enrichment.⁴⁶ Article 1493 provides as follows:

³⁹ *Re McDonald* (1973), 16 C.B.R. (N.S.) 244 at 248-249 (Ont. S.C.); *Re Stormont Chemicals Ltd.* (1993), 20 C.B.R. (3d) 188 (Ont. Gen. Div.).

⁴⁰ *Government of India (Ministry of Finance) v. Taylor*, [1955] A.C. 491 at 512-513 (H.L.), Keith of Avonholm L.J.; *Re M.C.C. Precision Products Ltd.* (1973), 17 C.B.R. (N.S.) 28 at 35-36 (Ont. S.C.).

⁴¹ *Re Gozzett*, [1936] 1 All E.R. 79 (C.A.); *Re Clark*, [1975] 1 All E.R. 453 at 458 (Ch. D.).

⁴² *Re Taylor Estate* (1926), 7 C.B.R. 550 (Ont. S.C.).

⁴³ *Pogany (Syndic de)*, *supra* note 15; *Maestro Ltée (Syndic de)*, *supra* note 15.

⁴⁴ *Harmonization Act*, *supra* note 4, s. 33.

⁴⁵ Mes. Tardif and Leduc raised this matter at a conference in November 2001: A.N. Tardif & A. Leduc, "Conséquences pratiques des plus récentes modifications législatives dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité" (Canadian Bar Association, Montreal, 2001).

⁴⁶ However, the principle of the trustee's administration of the estate on behalf of the creditors could constitute a "justification" for opposing a *de in rem verso* action intended to remedy an unjust enrichment. This matter had been raised recently. *Ibid.* See Baudouin & Jobin, *supra* note 12 at para. 562.

A person who is enriched at the expense of another shall, to the extent of his enrichment, indemnify the other for his correlative impoverishment, if there is no justification for the enrichment or the impoverishment.

The elements of unjust enrichment are as follows:

- an enrichment;
- an impoverishment;
- a correlation between the enrichment and the impoverishment;
- a lack of justification;
- the absence of fraud under the law;
- the absence of other recourses.⁴⁷

In short, this rule is equivalent to the rule in *Ex parte James*.

The questions that arise are as follows:

- Should the rule in *Ex parte James* be codified to establish a national standard and impose to common law audience the codification of a rule of equity?
- Would it not be preferable to allow the civil law system to resolve such situations, as is the case for common law?
- Should the introduction of a rule foreign to civil law be avoided and the status quo maintained instead?

4. Harmonization of subsection 197(2) B.I.A. incorporating the rule of awarding extrajudicial costs as costs

In setting out the rules governing the awarding of costs in section 197 B.I.A., the legislator allows judges to award costs on a solicitor-client basis.⁴⁸ The awarding of costs on a solicitor-client basis is a

⁴⁷ *Cie Immobilière Viger v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67 at 77. See Baudouin & Jobin, *ibid.* at paras. 558-567; G.S. Challies, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Quebec*, 2d ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 1952) at 58ff.; A. Morel, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause* (Montreal: Thémis, 1955) at 65ff. "Other recourses" include those seeking nullity for fraud or lesion (arts. 1401, 1405-1408 C.C.Q.), in damages for fraud (art. 1407 C.C.Q.), Paulian action (art. 1631 C.C.Q.) and oblique action (art. 1627 C.C.Q.).

⁴⁸ Subs. 197(2) B.I.A.

rule developed by the courts of equity. Although this rule is familiar to those subject to the common law, it is unknown in Quebec civil law. Its application within the civil law community gives rise to a number of different interpretations:

1. Some Quebec practitioners consider this rule to be an autonomous legislative policy on the part of the federal Parliament because it is foreign to civil law. The rule of solicitor-client costs is not a federal creation but a rule of equity intended to reimburse, on an exceptional basis, a party compelled to incur extrajudicial costs not covered by the standard tariff as a result of the reprehensible conduct of the adverse party. The rule would thus be applied differently in Quebec and in the common law provinces.
2. Some practitioners in Quebec are of the view that this rule is a statutory codification of the rule of equity law and that its application entails identifying the criteria for its application in the case law of the common law provinces.
3. Others claim that, precisely because it involves a codification of equity, the expression of this rule is intended only for those subject to the common law. On the basis of that interpretation, civil law practitioners would simply have to ignore the provision.
4. The list could also include the interpretation that the Superior Court of Quebec is not a court of equity and that, even if it wanted to, it does not have the necessary jurisdiction to award such costs. For the purposes of the *B.I.A.*, the federal Parliament in fact conferred on certain courts, including the Superior Court of Quebec, jurisdiction not only in bankruptcy but also in equity. It is no longer recognized as having such jurisdiction as of June 1, 2001 as a result of the amendments made to the *B.I.A.* by the *Harmonization Act* as mentioned previously. Consequently, the awarding of such costs is *ultra vires* in that it exceeds the jurisdiction of the judges of the Superior Court of Quebec.

Whether subsection 197(2) *B.I.A.* is considered to be a distinct rule or a statutory rule or a rule of equity, the application of this provision obviously creates a problem for civil law practitioners. We will begin by examining the situation in common law followed

by the situation in Quebec and finally the application of subsection 197(2) *B.I.A.* itself. In closing, we will look at the options that can be considered.

The situation in common law

The rule of awarding solicitor and client costs was developed as a rule of equity by England's Chancery Courts in the sixteenth century.⁴⁹ This was a rule that judges of common law courts could therefore not apply. Availing oneself of it required going through the Chancery Courts.

The *Judicature Acts* of 1873-75 brought about an amalgamation of the common law courts with the Chancery Courts under an extensive court reform intended to establish the High Court of Justice. Further to that reform the judges of the High Court of Justice were able to rule on common law as well as equity law, including the rule of equity law that provided for the awarding of solicitor costs.⁵⁰

For example, in Ontario, as in England, a court reform also led to the establishment of the High Court of Justice, whose judges could rule on both common law and equity law. This gave the judges of the High Court of Justice of Ontario the authority to apply this rule of equity law.⁵¹ It is still applied in the common law provinces and its equitable nature is not contested.⁵²

Under paragraph 57.01(4)(c) of the *Ontario Rules of Civil Procedure*:

Nothing in this rule or rules 57.02 to 57.07 affects the authority of the court under section 131 of the Courts of Justice Act ... to award all or part of the costs on a solicitor and client basis.

Under this provision, the rule of awarding extrajudicial costs is not amended, abrogated or codified.

⁴⁹ For example, the *General Orders* of the Chancery Court – 1596, 1617, 1618, 1631, 1635, 1654, 1658. See among others the decisions of the Chancery Court in *Jones v. Coxeter* (1903), 26 E.R. 642 (1743) and *Mordue v. Palmer* (1870-71), 6 L.R. Ch. App. 22.

⁵⁰ See *Andrews v. Barnes* (1888), 39 Ch.D. 133 (Ch. C.A.).

⁵¹ *Holman v. Knox* (1912), 25 O.L.R. 588 (Div. Ct.).

⁵² *Foulis v. Robinson* (1979), 21 O.R. (2d) 769 (C.A.).

With respect to subsection 57.01(4) of the Ontario R.C.P., since this is an incorporation by reference, it is entirely appropriate, if not essential, to seek the application criteria in the case law prior to incorporation, which still contributes to the case law after incorporation.

Although this is an “equitable” rule intended to rectify the shortcomings of the rules of common law with respect to costs awarded on a party-and-party basis, and although judges have full discretion, extrajudicial costs are awarded only in exceptional and rare circumstances.⁵³

The elements that make up the rule of equity are as follows:

- the incurring of extrajudicial costs by a party in the preparation of pleadings prior to the hearing or during the hearing itself;
- the party’s irreproachable conduct during the preparation of pleadings prior to the hearing or during the hearing itself;
- reprehensible conduct by the adverse party during the preparation of pleadings prior to the hearing or during the hearing itself;
- a connection between the reprehensible conduct of the adverse party and the incurring of extrajudicial costs by the party;
- the judge’s authority to award reimbursement of such extrajudicial costs;
- the exercise of the judge’s discretion with regard to the incurring of extrajudicial costs by a party, the reprehensible conduct of the adverse party, and the connection between the reprehensible conduct and the incurring of the costs;
- the awarding of costs to that effect in favour of the party that incurred the costs and against the party whose conduct was reprehensible.

⁵³ *Young v. Young* (1994), 108 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.); *Evaskow v. International Brotherhood of Boilermakers* (1970), 9 D.L.R. (3d) 715 (Man. C.A.); *Foulis v. Robinson*, *ibid.*; *Isaacs v. MHG International Ltd.* (1984), 45 O.R. (2d) 693 (C.A.); *Gerula v. Flores* (1995), 126 D.L.R. (4th) 506 (Ont. C.A.); *Holman v. Knox*, *supra* note 51; *Vanderclay Development Co. v. Inducon Engineering Ltd.*, [1969] 1 O.R. 41 (H.C.J.); *McGrath v. Goldman* (1976), 64 D.L.R. (3d) 305 (B.C.S.C.); *Johnston v. Jenkins Leaside Travel Ltd.* (1987), 19 C.P.C. (2d) 300 (Ont. Dist. Ct.).

Despite the exceptional nature of the rule, judges have nonetheless awarded such costs in certain cases, for example, in connection with a silly and scandalous defence that discredited an expert witness in a vicious manner during a hearing.⁵⁴

However, an action that has little merit is no basis for awarding solicitor-and-client costs, which would have the effect of discouraging use of the courts.⁵⁵

The reason such costs are awarded is because of the reprehensible conduct of one of the parties in a proceeding.⁵⁶ The distinction between reprehensible and acceptable conduct is made on the basis of facts, notably the parties' conduct during the proceeding but also the circumstances giving rise to the cause of action.⁵⁷ Reprehensible conduct is considered to be behaviour of which the effect is to:

- engage in obstructionist tactics;⁵⁸
- consuming trial time on unnecessary or irrelevant issues to exhaust the opponent's resources;⁵⁹

⁵⁴ *Lawlor v. Sherrard* (1986), 10 C.P.C. (2d) 164 (Ont. H.C.); *Foulis v. Robinson*, *ibid.*

⁵⁵ *Young v. Young*, *supra* note 53; *House of Haynes (Restaurant) Ltd. v. Snook* (1996), 134 Nfld. & P.E.I.R. 23 (Nfld. C.A.); *Canadian Paraplegic Association (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.* (1997), 150 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. C.A.); *Perry v. Heywood* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 253 (Nfld. C.A.); *Shedwill v. Wilson* (1991), 48 C.P.C. (2d) 70 (B.C.S.C.); *Rose (T.) Construction Ltd. v. Omex International Inc.* (1995), 122 Nfld. & P.E.I.R. 280 (Nfld. S.C.); *Earle v. Christian Brothers of Ireland in Canada* (1996), 136 Nfld. & P.E.I.R. 52 (Nfld. S.C.).

⁵⁶ In *Stiles v. Worker's Compensation Board of British Columbia* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 307 at 311 (C.A.), Mr. Justice Lambert of the British Columbia Court of Appeal stated:

The principle which guides the decision to award solicitor-and-client costs in a contested matter where there is no fund in issue and where the parties have not agreed on solicitor-and-client costs in advance, is that solicitor-and-client costs should not be awarded unless there is some form of reprehensible conduct, either in the circumstances giving rise to the cause of the action, or in the proceedings, which makes such costs desirable as a form of chastisement. The words "scandalous" and "outrageous" have also been used.

⁵⁷ *Perry v. Heywood*, *supra* note 55; *Earle v. Christian Brothers of Ireland in Canada*, *supra* note 55.

⁵⁸ *Perry v. Heywood*, *ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Canadian Paraplegic Association (Newfoundland and Labrador) Inc. v. Sparcott Engineering Ltd.*, *supra* note 55.

- fail to disclose material information at an *ex parte* hearing.⁶⁰

The following types of conduct have not been considered reprehensible:

- a reasonable delay resulting from a specific proceeding;⁶¹
- a defendant who had vigorously defended his position withdrew his defence on the date of the trial;⁶²
- a questionable but apparently serious action for which it was later shown there was no basis in law.⁶³

A judge who concludes that a party has behaved reprehensibly may award costs on a solicitor and client basis. The judge may limit such costs to certain expenses such as the costs incurred in the preparation of expert reports⁶⁴ or the adverse party's legal fees for the extra days of the hearing that the other party's reprehensible conduct caused.⁶⁵

The situation in Quebec civil law

The rule of awarding extrajudicial costs as costs to the winning party is unknown in civil law, in which the only costs that can be awarded under the *Code of Civil Procedure* and the *Tariff of judicial fees of advocates*⁶⁶ are judicial costs.

In Quebec, the law is codified in private law matters. Under the *Code of Civil Procedure*, the losing party may be ordered to pay costs⁶⁷ as set out in the *Tariff*.⁶⁸ The *Tariff* as such does not provide for any form of claim for extrajudicial costs, to which only lawyers are entitled.⁶⁹ There is in fact nothing that authorizes a judge to

⁶¹ *Charcoal Pit Ltd. v. Atlantic Insurance Co.* (1995), 123 Nfld. & P.E.I.R. 255 (Nfld. C.A.).

⁶² *Rose (T.) Construction Ltd. v. Omex International Inc.*, *supra* note 55.

⁶³ *Janes v. Deer Lake (Town)* (1994), 110 Nfld. & P.E.I.R. 202 (Nfld. C.A.).

⁶⁴ *H. v. W.* (1993), 13 O.R. (3d) 437 (Gen. Div.).

⁶⁵ *Young v. Young*, *supra* note 53.

⁶⁶ R.S.Q. 1981, c. B-1, s. 13 (hereinafter "*Tariff*").

⁶⁷ Arts. 477, 519, 522 C.C.P.

⁶⁸ Art. 480 C.C.P.

⁶⁹ *An Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1, s. 125.

⁷⁰ Mrs. Justice Rousseau of the Superior Court of Quebec accordingly stated as follows in *Coalition des citoyens et citoyennes du Val Saint-François v. Procureur général du Québec*, [1999] R.J.Q. 511 at 570 [translated]:

The court is not satisfied that the Superior Court has jurisdiction to order such

deviate from the provisions of the *Code of Civil Procedure* or the *Tariff*.⁷⁰

Aside from special fees⁷¹ and additional fees,⁷² the judge can only award judicial costs,⁷³ including experts' costs.⁷⁴ In civil law, therefore, the case law of the common law provinces cannot be relied on with respect to the awarding of costs.⁷⁵

However, the notion of "extrajudicial costs" itself is not unknown in Quebec civil law. When intended to sanction reprehensible behaviour, an order to pay extrajudicial costs is not made under the heading of costs but as damages further to an action for damages.⁷⁶

The *Comité de révision de la procédure civile* examined the rule of awarding extrajudicial costs but concluded that it was preferable to maintain the civil law rule and to sanction abuse not through the awarding of costs but through the awarding of damages further to an action for damages.⁷⁷

payment [of extrajudicial costs as costs] other than in the case of a claim for damages; and the court is not satisfied that the application before it, as made on the basis of the concept of "costs", constitutes a claim for damages. Accordingly, there will be no order to pay extrajudicial costs.

⁷¹ Granted for an important case, with no regard to the parties' conduct, s. 15 of the *Tariff*.

⁷² When the value under dispute is greater than \$100,000, s. 42 of the *Tariff*.

⁷³ Art. 477 C.C.P.

⁷⁴ S. 12 of the *Tariff*.

⁷⁵ *Kowarsky v. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.).

⁷⁶ *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.) v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.); *Juneau v. Taillefer*, [1996] R.J.Q. 2219 (C.A.); *Pasquale v. Descôteaux*, [1990] R.R.A. 574 (Sup. Ct.); *Commission scolaire La Sapinière v. Blais*, [1992] R.R.A. 284 (Sup. Ct.); *Victor Parent inc. v. Compagnie Fondation du Canada ltée*, [1996] R.R.A. 738 (Sup. Ct.); *Pharmacentres Cumberland (Mérivale) ltée v. Pharmacie Cartier et Lebel* (12 July 1996), Montreal 500-05-012637-953 J.E. 96-1590 (Sup. Ct.); *Place des Galeries inc. v. Banque Nationale du Canada*, [1997] R.R.A. 438 (Sup. Ct.); *Bélanger v. Turcotte*, REJB 99-14169, online: Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Cour Supérieure) (under appeal) <<http://rejb.editionsyvonblais.com>>; *Miller v. Vêtements Dimitris inc.*, REJB 2000-16094, online: Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Cour du Québec) <<http://rejb.editionsyvonblais.com>>; *Guitouni v. Société Radio-Canada*, REJB 2000-20329, online: Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Cour supérieure) <<http://rejb.editionsyvonblais.com>>.

⁷⁷ Quebec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire* (Quebec: Government of Québec, 2001), at 158.

It is worth taking note here of the recent amendments to the *Civil Code of Québec* that have disregarded a line of **jurisprudence** [the word is used in this text as it is understood in a civil law system] indicating that a debtor against whom a creditor had exercised hypothecary rights could oppose the exercise of such rights by repaying the creditor that which is owed to him as well as the costs incurred, namely judicial and extrajudicial costs.⁷⁸

The situation with respect to subsection 197(2) B.I.A.

Subsection 197(2) B.I.A. provides that:

The court in awarding costs may direct that the costs shall be taxed and paid as between party and party or as between solicitor and client ...

Thus, in enacting subsection 197(2) B.I.A., Parliament has not abrogated the rule of equity, nor has it changed it or codified it.

For this provision to be considered a codification, it would have to encompass the primary components of the rule, including its most decisive element: the reprehensible conduct of one of the parties during a proceeding. The strongest reference the federal Parliament makes to the rule of equity is in borrowing its terminology and translating it for the benefit of French-speaking readers.

According to the rules of statutory construction, since this is an incorporation by reference, it is entirely appropriate, if not essential, to turn to the case law prior to the incorporation for the criteria of its application, since it is still relevant to the case law subsequent to incorporation.⁷⁹

For common law judges, subsection 197(2) B.I.A. confirms the application of the case law on equity:

⁷⁸ *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions*, S.Q. 2002, c. 19. See articles 2761, 2762, 2667 C.C.Q.

⁷⁹ Further to the instructions of Lord Hershell in *Governor & Co. of the Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

⁸⁰ *Re Waterloo Mechanical Contractors Ltd.* (1984), 49 C.B.R. (N.S.) 196 (Ont. S.C.); *Bank of Montreal v. AGT Mobility Inc. (c.o.b. ED Tel Mobility)* (1999), 9 C.B.R. (4th) 209 (Alta. Q.B.).

- extrajudicial costs are awarded as costs only in exceptional circumstances;⁸⁰
- extrajudicial costs are awarded as costs to reimburse a party that had to incur unnecessary expenses;⁸¹
- extrajudicial costs are awarded as costs only if a party is drawn into a lengthy legal proceeding for no reason.⁸²

For civil law judges, this provision may present a number of problems.

This rule is foreign to the rules generally set out in the *Code of Civil Procedure* and the *Tariff* with respect to costs.⁸³ To understand Parliament's intention and to ensure that the statute "works", a Quebec judge required to interpret subsection 197(2) *B.I.A.* would then have to consult the case law in the common law provinces and derive the equity rules therefrom.⁸⁴

Such an approach clearly runs counter to Canadian bijuralism, which is based on respect for the specific nature of the two

⁸¹ *Re Commonwealth Investors Syndicate Ltd.* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 147, additional reasons in (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 308 (B.C.S.C.).

⁸² *Colborne Capital Corp. v. 542775 Alberta Ltd.* (1999), 45 B.L.R. (2d) 21 (Alta. C.A.); *Bank of Montreal v. AGT Mobility Inc. (c.o.b. ED Tel Mobility)*, *supra* note 80. Although subsection 197(2) *B.I.A.* does not specifically provide for this, it seems that the lawyers who worked for a trustee can be reimbursed for their extrajudicial costs on a solicitor-client basis even without reprehensible conduct on the part of a party. Since those lawyers do not have a client as such, it is the bankrupt estate that would have to repay such costs in a reasonable manner. L.W. Houlden & G.B. Morawetz, *The 2002 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 2001) at 747; *Scott (Syndic de)* (13 August 2001), Longueuil 500-11-002315-989 J.E. 2002-147 (Sup. Ct.).

⁸³ *Bank of Montreal v. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, [1996] Q.J. No. 496 (Sup. Ct.), online: QJ (QJ); *Biron v. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, [2001] Q.J. No. 4179 (C.A.), online: QJ (QJ).

⁸⁴ Mrs. Justice Deschamps, then of the Quebec Court of Appeal, stated in *Biron* that, in the absence of an order from a trial judge in this regard, the application of such a rule could not be recognized in Quebec, regardless of whether it is set out in the *B.I.A.* *Biron v. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, *ibid.* See also *re Liakas* (1994), 25 C.B.R. (3d) 101 (Qc. Sup. Ct.); *Bank of Montreal v. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, *ibid.*

⁸⁵ *Harmonization Act*, *supra* note 4, preamble; see L. Maguire Wellington, "Bijuralism in Canada: Harmonization Methodology and Terminology" in Department of Justice Canada, *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Department of Justice and Attorney General of Canada, 2001) booklet 4.

Canadian private law traditions.⁸⁵ In light of the recent amendments to the federal *Interpretation Act* brought about by the *Harmonization Act*,⁸⁶ since subsection 197(2) *B.I.A.* does not constitute a separate rule and since the suppletive application of civil law is not set aside, a Quebec judge required to interpret this provision would then have to turn to Quebec civil law and not to the case law of the common law provinces.⁸⁷

In civil law, according to the generally accepted rule concerning repayment to the winning party of extrajudicial costs incurred as a result of abusive behaviour on the part of the adverse party, such costs are deemed to be damages and the appropriate judicial channel is considered to be an action for damages.⁸⁸

Once again, it is appropriate to recall that, in bankruptcy and insolvency matters, neither the Superior Court of Quebec nor the Quebec Court of Appeal has jurisdiction in equity matters. This was confirmed by the amendments brought to the *B.I.A.* by the *Harmonization Act*. As a result, Quebec judges required to interpret subsection 197(2) *B.I.A.* cannot rely on equity for the authority to award costs. Rather, they have to apply the legislation, drawing on judicial precedent, but in no case do they have the discretion enjoyed by judges in the common law system.⁸⁹

Options under consideration

1. **Add the words “extrajudicial costs”.** From the point of view of terminology, the use of terms such as “taxed as between solicitor and client”, “extrajudicial costs”, “extraordinary costs”, “costs not provided for by the tariff” or “punitive costs” would not in any way alter the essence of the

⁸⁶ *Harmonization Act, ibid.*

⁸⁷ *Interpretation Act, supra* note 20; see Tardif & Leduc, *supra* note 45.

⁸⁸ *Biron v. Caisse populaire Desjardins Buckingham, supra* note 83; J.-L. Baudouin & P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5th ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1998) at para. 236; Comité de révision de la procédure civile, *supra* note 77 at 158.

⁸⁹ In short, this is the reasoning applied by the Superior Court of Quebec in *Bank of Montreal v. Hotels Côte de Liesse Inc. (Syndic de)*, *supra* note 83 at para. 58, in which Mr. Justice Gomery stated:

The concept of taxing costs as between solicitor and client is generally foreign to the civil law of Quebec, and we must look to cases decided in the common law provinces for the governing principles.

problem, which relates to the reimbursement to a party as costs for costs incurred during a hearing with respect to services that do not pertain to the holding of the proceeding itself and that have been paid by a party as a result of the reprehensible conduct of the adverse party. Moreover, it is quite likely that the “equitable” nature of this rule would remain despite such terminological changes. Finally, far from ensuring the harmonization of federal legislation with the Quebec civil law, this solution has instead the effect of standardizing the formulation of legislative policy for all Canadian provinces. It is not certain that the application criteria for such costs are clear for civil law practitioners.

2. **Abrogate the rule.** Since the awarding of costs on a solicitor-client basis is part of the law of the common law provinces, and since the awarding of extrajudicial costs as damages is part of the *jus commune* of the province of Quebec, it can be asked why, in essence, it would not be preferable to abrogate the reference to costs taxed as between solicitor and client and to turn to the *jus commune* as suppletive law. This question is in fact highly relevant, especially if we take into account the confusion in Quebec with regard to the awarding of such costs.
3. **Reflect the two legal traditions.** If abrogating the rule means that Parliament’s intended audience understands that the *jus commune* of the provinces would then serve as suppletive law, Parliament could simply indicate this by using a brief formulation that reflects the changing nature of the two legal traditions. For example:

In assessing costs, the court may award judicial costs at the applicable rate and, where applicable, extrajudicial costs if the law of the province in which the proceedings are held permits this and in accordance with such law.

This solution offers the advantage of respecting the specific nature of Canada’s two private law systems with respect to costs and the awarding of extrajudicial costs.

4. **Add a reference to claims for damages.** From a conceptual standpoint, in civil law, the extrajudicial costs incurred by one party to a proceeding as a result of the reprehensible conduct of the other one during a hearing can be repaid,

not as costs, but as damages in connection with a claim for damages. A full harmonization of the federal Parliament's legislative policy with Quebec civil law should entail the expression of this rule in the wording of subsection 197(2) *B.I.A.* The application of the rule would nonetheless need to be limited solely to the province of Quebec since such damages cannot be awarded under common law.

5. **Introduce an autonomous rule.** This solution would allow to circumvent the problem that the application of the rule poses for the civil law community but does not really enable the federal Parliament to set out its legislative policy while respecting civil law. At the same time, from the perspective of common law practitioners, the autonomy of the federal rule would be only relative since it would actually be a codification of the rule of equity with which common law practitioners are already familiar. As well, it would be necessary to ensure that Parliament takes all elements of the rule into account; this could be a complex task given the "equitable" nature of this rule.
6. **Limit the application of this rule to the common law provinces.** This solution would confine the application of the rule to those provinces that are familiar with it, namely the common law provinces. However, it raises the question as to why the federal Parliament's legislative policy should be limited to reproducing, and being in harmony only with the common law.

5. Application of Part XI of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to hypothecary creditors

Before 1992, the *B.I.A.* did not contain any provisions governing the remedies available to secured creditors. The latter were generally considered to be outsiders to the bankruptcy. The power struggle between secured creditors, other creditors and an insolvent debtor was not governed by any specific rules.

From Parliament's perspective, it thus seemed necessary to introduce new provisions in order to establish some guidelines by which secured creditors would take possession of a debtor's prop-

erty in order to protect both the debtor's rights and those of other creditors. In 1992, therefore, Parliament added to the *B.I.A.* an eleventh part consisting of an entire new set of rules to that effect.⁹⁰ Those rules are all imposed on the same person, namely the person who takes possession of a debtor's property on behalf of a secured creditor and to whom the powers of taking possession and administration are conferred by contract or by order.⁹¹ As we will see, the rules can also cover the creditor himself.

Part XI can raise a number of difficulties for civil law practitioners since, on the one hand, the *Civil Code of Québec* already provides for the rights that a hypothecary creditor can exercise and the conditions in which the latter is able to exercise them and, on the other hand, Part XI seems to be aimed only at third parties delegated to administer a debtor's property.

We will therefore begin by identifying the party to whom Part XI of the *B.I.A.* is intended to apply in Québec civil law. We will then compare the obligations imposed under this part with those already provided for under the Civil Code. Finally, we will address a number of questions that arise in this regard.

Identification of the "sequestrator"

In civil law, a *séquestre* ("sequestration") is "the deposit by which persons place property over which they are in dispute in the hands of another person chosen by them, who binds himself to restore it, once the issue is decided, to the person who will then be entitled to it."⁹² In French, the word *séquestre* refers to both the action of placing the property ("sequestration" in English) and the person in whose hands the property has been placed ("sequestrator").⁹³ In short, a "sequestrator" is a person who holds property for a set period of time and who has an obligation to eventually restore it.

When it introduced Part XI of the *B.I.A.* with the intent of providing a framework for the rights of secured creditors, Parliament was surely not referring to this notion of sequestration but rather to situations in which a person is charged with acting on behalf of

⁹⁰ S.C. 1992, c. 27, s. 89; ss. 243ff. *B.I.A.*

⁹¹ S. 243 *B.I.A.*

⁹² Art. 2305 C.C.Q.

⁹³ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2d ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 2001) s.v. "séquestre".

a creditor to take possession of a debtor's property in order to realize on the assets. This function is closer to the role traditionally held in English law by the receiver.⁹⁴

It should be noted that, in principle, the *Civil Code of Québec* prohibits administrators of the property of others from delegating generally the conduct of their administration.⁹⁵ However, in the exceptional circumstance of taking possession for purposes of administration, in which a creditor is deemed to be an administrator of the property of others,⁹⁶ the Code provides that administration of the property may be delegated to a third party.⁹⁷ This exception makes it possible to reflect the practice whereby hypothecary creditors designate representatives to act on their behalf in administering a charged property.⁹⁸

The federal Parliament defines the meaning of "receiver / *séquestre*" for the purposes of Part XI of the *B.I.A.* in subsection 243(2). That subsection reads:

Subject to subsection (3), in this Part, "receiver" means a person who has been appointed to take, or has taken, possession or control, pursuant to

(a) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a "security agreement"), or

(b) an order of a court made under any law that provides for or authorizes the appointment of a receiver or receiver-manager,

of all or substantially all of

(c) the inventory,

(d) the accounts receivable, or

(e) the other property

of an insolvent person or a bankrupt that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person or bankrupt.

⁹⁴ F. Bennett, *Bennett on Receiverships*, 2d ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1999) at 1ff.

⁹⁵ Art. 1337 C.C.Q.

⁹⁶ Art. 2773 C.C.Q.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2001) at para. 1778. Such representatives in fact have a role that is substantially similar to that of the receivers of common law. However, the notion of receivership, in itself, is unknown in civil law. Only the administration of the property of others can serve as a point of comparison.

Two basic elements emerge from this definition. First, a “receiver / *séquestre*” is the person who takes possession of an insolvent debtor’s property. Second, in order to take possession, the “receiver / *séquestre*” must have been appointed to do so pursuant to a court order or security agreement. The wording of the definition is ambiguous, however, and gives rise to two contradictory interpretations.

According to a broad interpretation, the phrase “a person who has been appointed to take” possession of the property, or who “has taken” such possession suggest two different conceptual choices: the “receiver / *séquestre*” as traditionally recognized and what would be a new conception of “receiver / *séquestre*”. Accordingly, the “receiver / *séquestre*” referred to by this definition may be a person traditionally appointed by a security agreement or court order but could also be a creditor who takes possession of property subject to a security agreement in order to realize on it without being specifically appointed to do so.

According to a strict interpretation, on the contrary, subsection 243(2) *B.I.A.* refers only to the “receiver / *séquestre*” as traditionally recognized. It flows from this that a “receiver / *séquestre*” referred to by this definition is a person who takes possession of an insolvent debtor’s property in accordance with the wording of a security agreement or an order of a court.

These interpretations were submitted to the Saskatchewan Court of Queen’s Bench. Mr. Justice Baynton began by acknowledging the validity of the two interpretations but went on to rule in favour of the strict one. He nonetheless added, taking into account the objects of Part XI of the *B.I.A.*, that a secured creditor could be a receiver within the meaning of subsection 243(2) *B.I.A.* as long as the latter has been appointed pursuant to a security agreement or a court order to take possession of his debtor’s property.⁹⁹

This decision, which for the moment constitutes the state of the law in Canada, means that Part XI of the *B.I.A.* does not apply to all secured creditors but only to those who take possession of a debtor’s property, in accordance with the authorization obtained pursuant to a security agreement or court order.

⁹⁹ *Farm Credit Corporation v. Corriveau* (1993), 20 C.B.R. (3d) 124 (Sask. Q.B.).

The situation in Quebec civil law

In Quebec, since the Civil Code reform in 1994, the only security constituting a real right is the hypothec:

*A hypothec is a real right on a movable or immovable property made liable for the performance of an obligation. It confers on the creditor the right to follow the property into whose hands it may be, to take possession of it or to take it in payment, or to sell it or cause it to be sold and, in that case, to have a preference upon the proceeds of the sale ranking as determined in this Code.*¹⁰⁰

However, before exercising one of those four hypothecary rights,¹⁰¹ the creditor shall serve prior notice on the debtor¹⁰² and call upon him to surrender the charged property.¹⁰³ Once he has obtained surrender of the property, the creditor has simple administration of it "until the hypothecary right he intends to exercise has in fact been exercised."¹⁰⁴

In short, since it is possible for a hypothecary creditor in civil law to obtain the surrender of the debtor's property and to take possession of it in execution of his security, it could be concluded that he is subject to the rules of Part XI of the *B.I.A.* However, with respect to their application in Quebec, Mr. Justice Baynton's findings in *Farm Credit Corporation*¹⁰⁵ seem to indicate that subsection 243(2) *B.I.A.* cannot be applied to the situation of hypothecary creditors under civil law. According to one school of thought, the legal basis according to which hypothecary creditors are able to exercise their rights in the event that a debtor is in default is not found in an agreement or a court order but in the *Civil Code of Québec*.¹⁰⁶ Since Parliament has not provided for such a possibility, it would have to be concluded that it must be excluded from the application of Part XI of the *B.I.A.*¹⁰⁷

¹⁰⁰ Art. 2660 C.C.Q.

¹⁰¹ These rights are (1) taking possession for purposes of administration, art. 2773ff. C.C.Q., (2) taking in payment, art. 2778ff. C.C.Q., (3) sale by the creditor, art. 2784ff. C.C.Q., and (4) sale by judicial authority, art. 2791ff. C.C.Q.

¹⁰² Art. 2757ff. C.C.Q.

¹⁰³ Art. 2763ff. C.C.Q. Surrender can be voluntary or forced.

¹⁰⁴ Art. 2768 C.C.Q.

¹⁰⁵ *Farm Credit Corporation v. Corriveau*, *supra* note 99.

¹⁰⁶ A. Riendeau, "L'insolvabilité et l'exécution des garanties" (Faculty of Law, McGill University, 1996) at 24.

¹⁰⁷ However, in the event that a hypothecary creditor who is taking possession delegates by contract to a third party the responsibility of administering the

Since a hypothecary creditor is the only secured creditor who holds accessory real rights over the debtor's property, there is reason to ask to what situation Part XI of the *B.I.A.* applies in Quebec. Before the reform of the Civil Code in Quebec, the procedure for realizing on security referred to by subsection 243(2) *B.I.A.* was the taking of possession of a business pursuant to a trust deed intended to wind up a debtor's inventories, accounts receivable and property. Under *An Act respecting the special powers of legal persons* it was possible to create a trust deed on behalf of creditors (holders of bonds or debentures) whereby the trustee of the latter could take possession of the debtor (issuer of bonds or debentures) property, administer it and wind it up in the event of the latter's default.¹⁰⁸ The disappearance of this trust deed with the Civil Code reform may give the impression that Part XI of the *B.I.A.* is a dead letter in Quebec.¹⁰⁹

However, Parliament's intention in introducing Part XI of the *B.I.A.* was to provide a framework for the rights of secured creditors in the event of bankruptcy or insolvency in order to protect the rights of other creditors and of the debtor. Hypothecary creditors

debtor's property on his behalf, that third party would clearly be subject to the conditions imposed by Part XI of the *B.I.A.* It is therefore easy to imagine that a hypothecary creditor himself would be subject to the conditions of the *Civil Code of Québec* whereas the third party would be subject to the conditions of the *B.I.A.* This is an anomaly arising from the fact that the Code is silent about this third party. Are the latter subject to rules governing the administration of the property of others? Does receiving such authority through delegation by contract not characterize a mandatary instead? A service provider? Given the uncertainty that such questions raise, it is no doubt preferable to treat such a third party in the same manner as the receiver of Part XI, with whom the former shares the principal characteristics. Payette, *supra* note 98 at para. 1783.

¹⁰⁸ R.S.Q. 1977, c. P-16, ss. 27ff. (formerly the *Special Corporate Powers Act*). The sections in question were amended by *An Act respecting the application of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, ss. 642ff. Before these amendments, authorization to take possession of a debtor's property had to be specifically provided in the trust deed in the event of the latter's default. L. Lévesque, *L'acte de fiducie* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1991) at 28ff. This taking of possession did not transfer the right of ownership that remained in the debtor's hands. *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7. Interesting point: it has been asserted that a trustee can act directly without having to appoint a receiver. Y. Caron, "De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la province de Québec" in J.S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law* (Toronto: Butterworths, 1967) at 142. See also P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3d ed. (Montreal: Thémis, 1999) at para. 3.47, at 251ff.

¹⁰⁹ Riendeau, *supra* note 106 at 24.

are on the other hand subject to the rules that govern the exercising of their rights provided for in the *Civil Code of Québec*. We will now examine this matter.

Rules governing the exercising of recourses of hypothecary creditors with regard to bankruptcy

The rules governing the exercise of remedies available to secured creditors under Part XI of the *B.I.A.* impose an obligation to give ten days prior notice before taking possession,¹¹⁰ to administer property that has been seized with honesty and good faith, in a “commercially reasonable manner”,¹¹¹ and to prepare reports relating to the receivership.¹¹² The provisions of the *Civil Code of Québec* with respect to the exercising of hypothecary recourses serve similar purposes.¹¹³

With respect to prior notice of the exercising of a hypothecary right, the Code requires a period of twenty days in the case of a movable property, sixty days in the case of an immovable property, or ten days if the creditor intends to take possession of the property.¹¹⁴ It is established that the prior notice required under the Civil Code is equivalent in its object and its spirit to that required under the *B.I.A.*¹¹⁵

With respect to the administration of the property itself, under the *Civil Code of Québec* a hypothecary creditor who has obtained the surrender of the property from a debtor and, in particular, who has taken possession for purposes of administration, is deemed to be an administrator of the property of others¹¹⁶ and is subject to the obligations of prudence, diligence, honesty and faithfulness in the best interest of the beneficiary or the object pursued.¹¹⁷ At first glance, it would seem that the obligations to which a receiver under the *B.I.A.* is subject are less demanding than those to which an administrator of the property of others is subject under the Civil

¹¹⁰ Ss. 244-245 *B.I.A.*

¹¹¹ S. 247 *B.I.A.*

¹¹² S. 246 *B.I.A.*

¹¹³ Riendeau, *supra* note 106 at 28ff.

¹¹⁴ Art. 2758 C.C.Q.

¹¹⁵ *Société en fiducie de la Banque de Hongkong v. Développements sociaux du Sud-Ouest*, [1996] R.D.I. 331 (Sup. Ct.).

¹¹⁶ Arts. 2768, 2773 C.C.Q.

¹¹⁷ Art. 1309 C.C.Q.

Code. The test of “commercial reasonableness” appears less demanding than that of seeking the “best interest” of the beneficiary. It is worth noting that the test of “commercial reasonableness” under the *B.I.A.* is unknown in civil law and originates with the legislation of the common law provinces on personal property security.¹¹⁸

Lastly, with respect to the rendering of account, there are provisions similar to those of the *B.I.A.* in the *C.C.Q.*¹¹⁹ Accordingly, as professor Jacques Deslauriers points out:

*In 1992 and 1994 the legislators had similar motivations. However, while once there were those who asserted that they were subject to law of the jungle in relation to some of their creditors, now we must navigate through a multitude of systems of notices and control.*¹²⁰

If the concurrent application of the rules of Part XI of the *B.I.A.* and of the Civil Code with respect to hypothecary creditors appears to the civil law practitioner to be a “multitude of systems of notices and control”, it is probably because a genuine harmonization of the federal legislation with the Quebec civil law is necessary. Such harmonization becomes indispensable when the confusion is such that “we can no longer agree, however, at least in the province of Quebec, in the identification of those security mechanisms whose enforcement brings into play the rules governing receivers under Part XI”.¹²¹

We thus propose the following questions or options.

Option of harmonization

The application of Part XI of the *B.I.A.* could be extended to hypothecary creditors under the *Civil Code of Québec* by adding a provision that defines the expression “hypothecary creditor” for the purposes of Part XI. This would be made necessary by the use of the term in the follow-up to Part XI but at the same time in other provisions of the *B.I.A.*, such as paragraph 11.1(1)(d) and subsection 81.1(1).

¹¹⁸ Bennett, *supra* note 94 at 696-697.

¹¹⁹ Art. 1363 *C.C.Q.*

¹²⁰ Deslauriers, *supra* note 25 at 15 [translated].

¹²¹ *Ibid.* [translated].

In this context, should this option address all recourses available to hypothecary creditors or only some of them?

It would no doubt then be necessary to refer to the obligations of good faith under the Civil Code. In our view, it would be preferable to apply the law as set out by the Quebec legislature in the interest of simplifying the system. As well, this would avoid to subject hypothecary creditors to a test borrowed from the laws of the common law provinces with respect to personal property securities (“commercial reasonableness”).

Lastly, the requirement to render an account would need to be maintained as it currently exists. In our view, such a rendering of account, which is similar in its object and its spirit to that imposed by the Civil Code, nonetheless entails specific requirements in bankruptcy matters. This would simply be a matter of ensuring that hypothecary creditors are henceforth clearly subject to it.

Option of dissociation with the civil law

If the *status quo* is maintained and it is decided not to make hypothecary creditors subject to the provisions governing receivers, it might be advisable to indicate this clearly. Only the provisions with respect to prior notice would then be applicable.

In the event that either of these options be chosen, it should be asked whether hypothecary creditors should nevertheless be included in certain provisions of the *B.I.A.* that deal with receivers, such as section 81.1.

Conclusion

We have seen some of the issues which have been raised by the *B.I.A.* but for which at this stage we have not presented any solutions with respect to harmonization.

To these issues must be added those addressed by professors Albert Bohémier and Jacques Auger regarding the status of the trustee in bankruptcy and the bankruptcy of a trust that constitutes an autonomous patrimony by appropriation.

We will present these issues in the context of a public consultation during the winter of 2003 in order to indicate the complexity of the harmonization effort as well as its ongoing and dynamic nature. Although we raise questions that could lead to an extensive revision of the *B.I.A.*, we think it is necessary to solicit the views of the Canadian public, and in particular the legal community, regarding the appropriateness of and the need for such an undertaking.

Clearly, the work is not yet over. We therefore hope to contribute to the dialogue between the Departments of Justice and Industry in order to clarify certain aspects of the law of bankruptcy and insolvency that remain unclear. We would like and we solicit your collaboration and your comments in order to achieve our goal.