

LA COMPETENCE LEGISLATIVE EN MATIERE DE FAILLITE ET D'INSOLVABILITE

PIERRE CARIGNAN*

Montréal

Dans les fédérations de tradition juridique anglo-saxonne, l'autorité centrale possède généralement une compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité. C'est le cas notamment au Canada, aux Etats-Unis et en Australie. Pourquoi ce degré de constance dans les aménagements constitutionnels? Sans doute les bâtisseurs de constitutions ont-ils cru qu'en matière de libération des débiteurs, l'uniformité du droit, en facilitant l'instauration d'un climat de confiance, favoriserait le développement des échanges entre commerçants d'Etats-membres différents.¹ Cette visée ne commandait pas que la compétence du Parlement soit exclusive.² Elle aurait pu être atteinte dans un système de compétence concurrente avec prépondérance de la législation fédérale, car, pour faire échec à une loi provinciale en matière de libération du débiteur, il aurait suffi au Parlement de poser comme règle que ni l'insolvabilité, ni la faillite d'une personne n'a pour effet d'éteindre ses obligations. Quoi qu'il en soit, tandis qu'aux Etats-Unis, la compétence en la matière est conjointe, au Canada, elle appartient uniquement au Parlement fédéral. Chez nous, en effet, l'exclusivité est la règle générale en matière d'aménagement constitutionnel et cette règle reçoit application, en particulier, dans le domaine sous considération. Les provinces ne peuvent donc pas exercer cette compétence même en l'absence de législation fédérale, car l'inaction de l'autorité centrale ne saurait avoir pour effet de la leur transférer.³

* Pierre Carignan, professeur, membre de l'Institut de recherche en Droit public, Faculté de Droit, Université de Montréal.

¹ Faillite et insolvabilité, rapport du Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité, Canada (1970), pp. 35-37 et surtout Albert Bohémier, *La faillite en droit constitutionnel canadien* (1972), pp. 19-27, cité Bohémier. Cette dernière étude, remarquable à tous égards, mérite d'être consultée non seulement sur le point en discussion, mais sur toute la matière faisant le sujet de ces quelques pages.

² Comp. Bohémier, pp. 27-30 et aussi 330.

³ Le Comité judiciaire du Conseil privé affirme ce principe en déclarant inconstitutionnelle le Debt Adjustment Act de la province d'Alberta, *A.G. for Alberta v. A. G. for Canada*, [1943] A.C. 356, à la p. 370: "... legislation coming in pith and substance within one of the classes specially enumerated in s. 91 is beyond the legislative competence of the provincial legislatures under s. 92. In such a case it is immaterial whether the Dominion has or has not dealt with the subject by legislation, or to use other well-known words, whether that legislative field has or

On ne saurait pour autant prétendre que les législatures ne peuvent, d'aucune façon, toucher au domaine de la faillite et de l'insolvabilité. Aussi est-il nécessaire d'examiner la compétence de chaque niveau d'autorité.

En matière de partage des compétences, deux méthodes d'interprétation ont tour à tour prévalu devant les tribunaux: l'une abstraite et l'autre concrète ou téléologique. Selon la première, les articles 91 et 92 du *British North America Act, 1867*⁴ énumèrent des domaines juridiques et c'est en fonction du champ où une règle de droit se situe dans l'abstrait qu'elle reçoit sa qualification constitutionnelle. Selon la seconde, ces articles énumèrent des fins législatives et toute règle juridique est qualifiée en fonction de la fin qu'elle vise à atteindre dans le concret. Selon la première, les deux niveaux d'autorité se partagent les domaines juridiques comme deux peuples un territoire ou deux voisins un lopin de terre; le droit fait, en quelque sorte, l'objet d'un lotissement où chaque règle trouve place dans un lot unique; à moins d'une disposition constitutionnelle au contraire, aucun niveau d'autorité ne peut sortir de son champ, car ce serait empiéter sur celui de l'autre. Selon la seconde, une règle de droit abstraite peut hypothétiquement servir des fins différentes, par exemple, se rattacher, sous un aspect, à une compétence fédérale et, sous un autre, à une compétence provinciale. Elle tire alors sa qualification constitutionnelle de celui des deux aspects qui, dans le concret, se révèle le plus important, compte tenu du contexte législatif dans lequel elle s'insère. En cas d'importance égale, la logique mène à conclure à une compétence concurrente.⁵

De toute évidence, ces deux méthodes n'accordent pas aux autorités législatives la même latitude dans l'exercice de leur fonction. L'optique abstraite, en cloisonnant le droit de façon étanche, met le législateur dans une camisole de force: elle l'empêche, à moins d'une disposition constitutionnelle au contraire, d'adopter à titre accessoire toute règle qui, considérée abstraitement, est extérieure à son champ, même si l'adoption de cette règle lui permettrait de mieux atteindre une fin législative de sa compétence. En revanche, la perspective concrète ou téléologique lui permet de

has not been occupied by the legislation of the Dominion Parliament." Cette position, notons-le, avait déjà été établie par une jurisprudence antérieure: voir *A.G. for Canada v. A. G. for Ontario*, [1898] A.C. 700, à la p. 715; *Union Colliery v. Bryden*, [1899] A.C. 580, à la p. 588.

⁴ 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

⁵ Selon le professeur Chevrete, il y a des lois "qui présentent deux aspects, l'un fédéral et l'autre provincial, tous deux d'égale importance, et à propos desquelles il faut logiquement conclure qu'elles peuvent indifféremment être adoptées par le parlement de l'un ou l'autre niveau de gouvernement". François Chevrete, *Etude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien* (1971), pp. 246-247.

choisir, parmi l'ensemble des mesures qui se peuvent concevoir, celles qu'il juge les plus appropriées à la fin recherchée. Plus particulièrement, il peut adopter une disposition accessoire qui, considérée abstraitement, fait partie du champ de l'autre niveau d'autorité. Selon ce second système, on pourrait tenir que, de par sa compétence relativement au "Criminal Law", le Parlement pourrait légiférer en vue de prévenir le crime et de réhabiliter les criminels et, ce faisant, organiser une école de réforme, même si, dans une optique abstraite, l'enseignement aux jeunes délinquants fait indiscutablement partie du domaine de l'éducation. Comme l'illustre cet exemple, la méthode téléologique accorde au législateur une entière liberté de manoeuvre dans la recherche des fins qui lui sont propres. En effet, il ne saurait heurter la Constitution que si, de façon ostensible ou sous un déguisement législatif, il légiférerait, en fait, relativement à l'une des fins propres à l'autre niveau d'autorité.

A l'examen, non seulement l'esprit, mais la lettre même des articles 91 et 92 invitent à un système d'interprétation fondé non pas sur des critères de matières, mais sur des critères de finalité. En effet, le texte établit la compétence législative non pas sur des catégories de sujets, mais "in relation to", c'est-à-dire relativement à de telles catégories. De plus, les règles générales d'interprétation favorisent l'optique téléologique. En vertu de ces règles, le Parlement légifère en vue de produire un effet. Quand il échafaude un système dans un texte ambigu, il faut choisir l'interprétation qui rende le système cohérent et efficace. Aussi, quand il confère un pouvoir, est-il normal de circonscrire ce pouvoir à la lumière de la fin poursuivie.⁶ Quelque grande que soit la force de ces arguments, les tribunaux eurent tout d'abord tendance à raisonner non pas en termes de fins législatives, mais de domaines juridiques. Ce faisant, ils étaient sans doute animés par le désir de prévenir les conflits de lois, conflits que la méthode d'interprétation abstraite rend impossibles, quand on l'applique dans toute sa rigueur. Néanmoins, c'était partir d'un fort mauvais pas en optant pour le système le moins fonctionnel. En dépit de cela, l'optique abstraite, facilement perceptible chez le Comité judiciaire du Conseil privé, demeura forte jusqu'à l'abolition des appels à cet organisme, après quoi la perspective téléologique finit par prévaloir sous la forme de la théorie du "pith and substance" ou de l'aspect principal.

Que l'on applique l'une ou l'autre méthode d'interprétation, il importe, au départ, de définir les termes utilisés dans les énumérations des articles 91 et 92. Pour les fins de la présente étude, il faut donc commencer par préciser le contenu des concepts de "Ban-

⁶ Comp. Sir P. B. Maxwell, *The Interpretation of Statutes* (12 éd., 1969), p. 45; Loi d'interprétation, S.R.Q., 1964, ch. 1, art. 57; Loi concernant l'interprétation des lois, S.R.C., 1970, ch. I-23, art. 26, par. 2.

krupcty and Insolvency'', gardant à l'esprit que, dans une optique abstraite, ces termes décrivent des critères de matières et, dans une perspective téléologique, des critères de finalité.

I. *La compétence fédérale.*

A l'alinéa 21, l'article 91 du British North America Act, 1867 accorde au Parlement la compétence législative relativement à la catégorie de sujets décrite par les mots "Bankruptcy and Insolvency". Dans l'histoire législative, le premier de ces mots occupe la place d'honneur, car il figure dans le titre de la plupart des lois adoptées relativement à cette catégorie de sujets. Pourtant le dernier habille une notion beaucoup plus vaste. Si l'on se réfère au droit civil, une personne est insolvable lorsque le passif excède l'actif dans le bilan de son patrimoine. Toutefois, dans l'interprétation du British North America Act, 1867, loi votée par le Parlement impérial, ce n'est pas cette conception comptable qui peut servir de guide, ni la définition pot-pourri contenue dans la Loi sur la faillite,⁷ mais la tradition juridique anglaise.⁸ Selon cette tradition, toute personne incapable de payer ses dettes est insolvable, que l'incapacité résulte d'une déficience de l'actif ou d'un manque de liquidité. Notons enfin que cette incapacité, quelle qu'en soit la cause, se manifeste extérieurement par la cessation des paiements dont elle diffère comme la maladie diffère du symptôme. Dans cette optique, la faillite, qu'elle soit volontaire ou forcée, n'est qu'un des remèdes applicable à l'état d'insolvabilité d'un débiteur. De prime abord, le mot "Bankruptcy" semble donc, dans le contexte de l'alinéa 21, être sans portée réelle et servir tout au plus à illustrer la forme que peut prendre une législation en matière d'insolvabilité. Toutefois il faut se rappeler que, jusqu'à l'adoption en 1861 d'une loi intitulée "An Act to Amend the Law Relating to Bankruptcy and Insolvency in England",⁹ commerçants et non-commerçants étaient assujettis en Angleterre à des lois différentes. Par leur titre, les unes, applicables aux commerçants, prétendaient porter sur la faillite et les autres, régissant les non-commerçants, sur l'insolvabilité.¹⁰ Etant donné cette longue tradition prenant fin quelques années seulement avant l'adoption du British North America Act, 1867, il est possible

⁷ S.R.C., 1970, ch. B-3. Depuis 1919, la Loi sur la faillite donne de l'insolvable une définition qui en fait un monstre protéiforme. En effet, il peut prendre le visage soit de l'insolvable au sens du Code civil, soit de la personne incapable de payer ses dettes, soit du débiteur ayant cessé ses paiements.

⁸ Bohémier, pp. 34-39.

⁹ 1861, 24 & 25, Vict., c. 134.

¹⁰ Bohémier, p. 11; Sir William Holdsworth, *A History of English Law* (1965), vol. 15, p. 89. Comp. *A.G. for Alberta v. A.G. for Canada*, *supra*, note 3, à la p. 371.

que les mots "Bankruptcy" et "Insolvency" aient été insérés l'un et l'autre dans l'article 91 pour établir hors de tout doute la compétence fédérale à la fois sur la faillite commerciale et sur la faillite civile.

Indépendamment de la signification que présentent en eux-mêmes les mots "faillite" et "insolvabilité", la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu de les interpréter à la lumière de l'histoire législative antérieure à la Confédération. A cet égard, le Comité judiciaire reconnu que la compétence du Parlement relative aux conditions d'ouverture de la faillite n'est pas confinée au système en vigueur au moment de la Confédération.¹¹ Toutefois, dans l'ensemble, il adopta une interprétation restrictive dans une perspective historique. Ainsi, considérant que, dans tous les systèmes antérieurs, le désaisissement de l'insolvable pouvait être provoqué contre son gré, le Comité réduisit la portée de l'alinéa 21 à des arrangements présentant cette caractéristique. C'est là le sens de l'avis rendu, dès 1894, dans l'affaire des cessions volontaires.¹² Subséquemment, il est vrai, les tribunaux étendirent le champ au concordat et, de façon implicite, au moratoire.¹³ Tous ces cas, on le constate, ont pour

¹¹ "In a normal community it is certain that these conditions (which bring the bankruptcy law into operation) will require revision from time to time. Their Lordships are unable to hold that the statutory conditions of insolvency which enabled a creditor or the debtor to invoke the aid of the bankruptcy laws, or the classes to which these laws applied, were intended to be stereotyped under head 21 of section 91 of the British North America Act so as to confine the jurisdiction of the Parliament of Canada to the legislative provisions then existing as regards to these matters." Voir *A.G. for British Columbia v. A.G. for Canada (In re Farmers' Creditors Arrangement Act)*, [1937] A.C. 391, aux. pp. 402-403.

¹² "... it is a feature common to all the systems of bankruptcy and insolvency to which reference has been made, that the enactments are designed to secure that in the case of an insolvent person his assets shall be rateably distributed amongst his creditors whether he is willing that they shall be so distributed or not. Although provision may be made for a voluntary assignment as an alternative, it is only as an alternative. In reply to a question put by their Lordships the learned counsel for the respondent were unable to point to any scheme of bankruptcy or insolvency legislation which did not involve some power of compulsion by process of law to secure to the creditors the distribution amongst them of the insolvent debtor's estate.

In their Lordships' opinion these considerations must be borne in mind when interpreting the words "bankruptcy" and "insolvency" in the British North America Act. It appears to their Lordships that such provisions as are found in the enactment in question, relating as they do to assignments purely voluntary, do not infringe on the exclusive legislative power conferred upon the Dominion Parliament." *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200.

¹³ *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *A.G. for British Columbia v. A.G. for Canada (In re Farmers' Creditors Arrangement Act)*, *supra*, note 11; *A.G. for Alberta v. A.G. for Canada*, *supra*, note 3; *Reference re Canadian Bankers Association et al. v. A.G. for Saskatchewan*, [1956] S.C.R. 31; *Reference re Validity of the Orderly Payment of Debts Act*, [1960] S.C.R. 571; *Kozan Furniture (Yorktown) Ltd Estate v. Countrywide Factors Ltd* (1977), 14 N.R. 91.

dénominateur commun un réaménagement général des rapports juridiques de l'insolvable avec ses créanciers. Dans l'état actuel de la jurisprudence, les mots "Bankruptcy and Insolvency" sont donc interprétés en stricte référence à un réaménagement de ce type.

A la vérité, cette règle subit probablement un tempérament en matière d'endettement frauduleux. Il semble, en effet, que le Parlement puisse, en dehors du cadre du droit criminel, légiférer sur le sujet sans se soucier de réaménager le patrimoine du débiteur. La question n'est pas purement théorique, car la Loi sur la faillite a déjà prévu, à titre de sanction civile, l'emprisonnement pour dettes des personnes qui s'endettent tout en sachant qu'elles seront dans l'impossibilité de rembourser. Cet article fut invoqué, en l'absence de faillite, dans un litige porté en appel devant la Cour suprême du Canada.¹⁴ Cette dernière, il est vrai, n'eut pas à se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition, mais, à l'occasion de cet arrêt, la majorité des juges s'exprimèrent sur le point de façon affirmative. Pour justifier cette position, le juge Ritchie, alors juge en chef, invoqua le fait que, dans l'histoire du droit anglais, les premières lois sur la faillite avaient pour but unique de sévir contre le débiteur malhonnête. Tout comme le Comité judiciaire dans l'affaire des cessions volontaires, il circonscrivit la portée de l'alinéa 21 à partir d'une appréciation historique. En l'occurrence cependant, la même technique conduit à un résultat différent, car elle a pour effet non pas d'exclure, mais d'inclure un secteur étranger aux types de réaménagement général des rapports d'un insolvable avec ses créanciers.

Etant donné qu'à partir de considérations historiques, les tribunaux, dans l'ensemble, ont donné une interprétation restrictive aux mots "Bankruptcy and Insolvency", ni la cession volontaire de biens sans effet libératoire, ni les effets civils de l'insolvabilité ne sont de la compétence exclusive du Parlement. En déclarant constitutionnelle la loi ontarienne des cessions volontaires, le Comité judiciaire trancha le premier point, dès 1894, à une époque où il n'y avait pas encore de loi fédérale sur la faillite. Toutefois, en 1960, le juge Kerwin de la Cour suprême du Canada vint mettre en doute l'autorité de ce précédent dans une opinion partagée par cinq de ses collègues et exprimée à l'occasion du référé relatif au plan albertain visant au paiement méthodique des dettes.¹⁵ Cette remise en question, par voie d'*obiter dictum*, s'explique vraisemblablement

¹⁴ *Shields v. Peak* (1884), 8 S.C.R. 579.

¹⁵ "... it is doubtful whether, in view of the later pronouncements of the Judicial Committee, it would, at this date, be decided in the same sense, even in the absence of Dominion legislation upon the subject of bankruptcy and insolvency." *Reference re Validity of the Orderly Payment of Debts Act*, *supra*, note 13, aux pp. 576-577.

par le désir de justifier le sort différent réservé à deux lois qui ni l'une ni l'autre ne prétendaient s'appliquer uniquement à des insolvable. Il y avait cependant entre elles une distinction fondamentale conduisant logiquement à des conclusions opposées. En effet, si, comme l'a mis en lumière le juge Locke à l'occasion du même arrêt,¹⁶ le plan albertain aménageait une procédure de concordat et tendait, de ce fait, à modifier l'ensemble des relations contractuelles du débiteur, il n'en était pas ainsi de la loi ontarienne qui, ne prévoyant pas de libération, n'établissait, en somme, qu'un mode équitable, expéditif et peu onéreux de recouvrement de dettes. On ne pouvait donc pas déclarer la loi ontarienne inconstitutionnelle sans, du même coup, mettre en doute la compétence des provinces en matière d'exécution des jugements. Pour cette raison, l'avis rendu dans l'affaire des cessions volontaires tient encore contre vents et marées. Aussi pourrait-on l'invoquer, par analogie, pour établir la constitutionnalité de la loi québécoise des dépôts volontaires,¹⁷ car rien ne justifie qu'on la distingue de la loi ontarienne.¹⁸

Le second point, relatif aux effets civils de l'insolvabilité, fut longtemps controversé.¹⁹ Comme les tribunaux inférieurs étaient divisés sur la question, on pouvait encore soutenir jusqu'à récemment que toute règle de droit assujettie à une condition d'insolvabilité était, même indépendamment de tout réaménagement général des rapports du débiteur avec ses créanciers, de la compétence exclusive du Parlement. C'est dire qu'on pouvait mettre en doute la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec sur maints articles du Code civil. Mentionnons, à titre d'exemples, les règles de l'action paulienne et l'article 1092 sur la déchéance du terme. En déclarant constitutionnelle le *Fraudulent Preferences Act*²⁰ de la Saskatchewan, la Cour suprême du Canada vient de trancher la question dans l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors*.²¹ Dans cette affaire, le point en litige était la validité d'un paiement fait par un débiteur antérieurement à une faillite. Comme l'acte avait été posé plus de trois mois avant l'ordonnance de séquestre, il ne tombait pas sous le coup de l'article 73 de la Loi sur la faillite. En revanche, le *Fraudulent Preferences Act* prévoyait spécifiquement l'annulation des paiements faits par un débiteur en état d'insolvabilité. Saisie du litige, la Cour suprême du Canada eut

¹⁶ *Ibid.*, aux pp. 583-585.

¹⁷ Code de procédure civile, arts 652-659.

¹⁸ En ce sens, Bohémier, pp. 188-191; en sens contraire, A. H. Isaacson, (1961-62), 8 McGill. L.J. 220, aux pp. 230-231.

¹⁹ Jusqu'à récemment, la jurisprudence fut incertaine en matière d'actes frauduleux et de paiements préférentiels. Là-dessus voir Bohémier, pp. 242-251.

²⁰ R.S.S., 1965, c. 397.

²¹ (1977), 72 D.L.R. (3d) 500, à la p. 528.

ainsi à se prononcer sur la constitutionnalité d'une règle de droit édictée par une législature et assujettie à une condition d'insolvabilité. En des notes ralliant la majorité de ses collègues, le juge Spence déclare constitutionnelle la loi de la Saskatchewan. Justifiant sa position à la lumière de l'avis donné dans l'affaire des cessions volontaires, il invoque l'interprétation restrictive donnée aux mots "Bankruptcy and Insolvency" par le Comité judiciaire. Enfin, tout comme ce dernier, il reconnaît au Parlement le pouvoir de légiférer relativement à la matière en vertu de sa compétence accessoire. A la vérité, il était difficile d'établir plus clairement que les effets civils de l'insolvabilité n'étaient pas de la compétence exclusive du Parlement.

Que les mots "Bankruptcy and Insolvency" désignent des critères de finalité ou des critères de matières, ils doivent donc être interprétés, sous la réserve faite plus haut, en stricte référence à un réaménagement général du patrimoine de l'insolvable. Dans une perspective téléologique, le Parlement n'a donc pas compétence pour toucher, indépendamment d'un réaménagement de cette nature, aux effets civils de l'insolvabilité, à moins qu'il ne le fasse relativement à une autre fin fédérale, comme, par exemple, aux entreprises de banque. Cependant, à l'occasion d'un tel réaménagement, il peut prendre, parmi les multiples mesures susceptibles d'être envisagées, celles qu'il juge les plus propres à remédier à l'insolvabilité ou encore à la prévenir. Ce faisant, rien ne l'empêche d'adopter une règle qui, considérée abstraitement, ferait partie du domaine réservé aux provinces.

A la limite, le Parlement pourrait, semble-t-il, adopter une loi accordant un moratoire à tous les débiteurs d'une région sinistrée, c'est-à-dire aux solvables comme aux insolubles.²² Le moratoire étant une institution de droit et de procédure civils et le remède n'étant, par hypothèse, assujetti à aucune exigence d'insolvabilité, les provinces auraient indiscutablement compétence pour adopter une mesure de cette nature.²³ Par ailleurs, la législation ayant pour effet de prévenir l'insolvabilité et la faillite, le Parlement fédéral pourrait, lui aussi, se prétendre compétent, car, selon une formule du Comité judiciaire, qu'il s'agisse de prévention ou de remède, la compétence législative semble devoir se déterminer de la même

²² Dans un rapport déposé en 1970, le Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité recommanda au gouvernement fédéral l'adoption d'une législation à cet effet. Voir *op. cit.*, note 1, p. 100, no 3.1.41.

²³ Notons que le Comité judiciaire invoqua ces raisons, dans l'affaire des cessions volontaires, pour déclarer constitutionnelle la loi ontarienne. Voir *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*, *supra*, note 12, aux pp. 198 et 199. Voir aussi Bohémier, pp. 198-205; *Day v. Ville de Victoria*, [1938] 3 W.W.R. 161.

façon.²⁴ Or, hypothétiquement, un moratoire général peut être le seul moyen efficace d'empêcher une situation alarmante au départ de prendre par la suite des proportions exorbitantes. En effet, les victimes d'un cataclysme, sans être immédiatement réduites à l'insolvabilité, peuvent être vouées à le devenir à moins d'obtenir, pour rétablir leurs affaires, un répit leur permettant d'affecter leurs disponibilités à d'autres fins qu'au paiement de leurs dettes. De plus, il y a lieu de s'attendre à ce qu'un bon nombre d'habitants non immédiatement touchés par le sinistre soient entraînés dans un tourbillon de faillites à la chaîne par la suspension des paiements de ceux qui le sont. Enfin rien n'empêche que le Parlement, pour établir hors de tout doute son intention de légiférer en vue de prévenir la faillite, prévoie un mécanisme permettant de lever le moratoire à l'encontre du débiteur dont la solvabilité ne serait compromise par le sinistre ni directement, ni indirectement.

Si la méthode d'interprétation téléologique donne au législateur une entière liberté de manoeuvre, les tribunaux lui ont quand même préféré longtemps la méthode abstraite, pourtant beaucoup moins fonctionnelle. Selon cet autre système, le droit est cloisonné de façon étanche de telle sorte que chaque règle trouve place dans une case unique. On aboutit ainsi à une classification où la faillite et l'insolvabilité coiffent des chapitres sur les conditions d'ouverture de la faillite, le désaisissement du failli, sa libération et sa réhabilitation, l'exécution collective de ses biens, la distribution du produit, le concordat et le moratoire. Toutefois, à cause de l'interprétation étroite donnée par les tribunaux à partir de considérations historiques, le champ n'inclut ni la cession volontaire de biens sans libération du débiteur, ni les effets civils de l'insolvabilité.

A cause de l'unité du droit et de l'interfécondation de ses composantes, pareil cloisonnement était de nature à gêner le Parlement. Il l'aurait, en effet, empêché d'adopter, même aux fins de permettre un meilleur réaménagement du patrimoine de l'insolvable, une règle de droit qui, considérée abstraitement, était extérieure au champ législatif fédéral. Par exemple, il l'aurait empêché de légiférer en matière de cession volontaire de biens. Il en était ainsi, bien entendu, à moins qu'une disposition constitutionnelle n'apporte remède à cette compartimentation du droit. Cette disposition remédialrice, le Comité judiciaire crut la voir dans la clause finale de l'article 91. Cette clause se lit comme suit:

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local

²⁴ "... to legislate for prevention appears to be on the same base as legislation for cure." *A.G. for Ontario v. Can. Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 207; en sens contraire, voir Bohémier, pp. 192-193.

or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

En vue de redonner au Parlement une liberté d'action suffisante, le Comité judiciaire échauffa sur cette clause les théories de la compétence incidente ("incident power") et de la compétence accessoire ("ancillary" ou "trenching power"). En vertu de la première, le Parlement peut, en légiférant dans sa sphère, toucher à une catégorie de sujets exclusivement assignée aux provinces; en vertu de la seconde, il peut non seulement y toucher, mais l'envahir, lorsqu'il ne peut autrement légiférer efficacement dans son domaine. Entre l'une et l'autre, il existe donc non pas une différence de nature, mais uniquement une différence de degré.

Les théories de la compétence incidente et de la compétence accessoire sont complètement inutiles dans une perspective téléologique, car les conclusions auxquelles elles mènent s'imposent d'elles-mêmes sans l'appui de la clause finale de l'article 91. Dans cette perspective, l'autorité centrale et l'autorité provinciale légifèrent relativement à des fins législatives et non pas sur des champs de législation. Il ne saurait donc être question pour aucune d'elles ni de toucher au champ de l'autre, ni surtout d'empiéter sur lui. Ainsi donc ces théories doivent le jour à la préférence du Comité judiciaire pour l'optique abstraite. De par leur référence non pas à des critères de finalité, mais à des critères de domaines juridiques, elles tirent leur utilité de la nécessité de redonner au Parlement une certaine liberté de manoeuvre en lui permettant, à certaines conditions, de toucher aux domaines provinciaux et même de les envahir.

En vue de permettre au Parlement d'échapper au cloisonnement du droit, le Comité judiciaire dut interpréter la clause finale de l'article 91, à l'encontre de sa lettre, comme référant, non pas uniquement à l'alinéa 16 de l'article 92, mais à tout l'article.²⁵ Cette interprétation manifestement abusive eut pour effet de remédier, à l'égard du Parlement, aux inconvénients d'une méthode d'interprétation défectueuse, un peu comme en algèbre le produit de deux nombres négatifs est positif, pour prendre une comparaison boiteuse, mais frappante et, pour cela, peut-être porteuse de plus de vérité que la froide logique. Par un chemin tortueux, le Comité judiciaire reconnut ainsi à l'autorité centrale à peu près la même latitude que s'il avait appliqué le système d'interprétation téléologique aux compétences énumérées.²⁶ A titre d'illustration, lors même qu'ils

²⁵ *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*, [1896] A.C. 348, à la p. 359.

²⁶ *Comp. Bora Laskin, Peace, Order and Good Government Reexamined* (1947), 25 Can. Bar. Rev. 1054, aux pp. 1060 et 1061: "[The] use [of the 'trenching' doctrine] to explain a privileged encroachment of provincial legislative authority is purely gratuitous because once a court is satisfied that impugned legislation carried a

situaient la cession volontaire et la fraude civile des créanciers non pas dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité, mais dans celui de la propriété et des droits civils, les tribunaux prirent bien soin d'affirmer que le Parlement fédéral pouvait indubitablement légiférer en ces matières par voie incidente et accessoire.²⁷

Si on tient compte du palliatif apporté par le Comité judiciaire, le seul écart entre les deux méthodes d'interprétation provient du fait que la clause finale de l'article 91 se rapporte uniquement aux compétences fédérales faisant l'objet d'une énumération. Par voie de conséquence, les théories échafaudées sur ce texte ne peuvent logiquement être invoquées en faveur du Parlement, lorsqu'il légifère dans le cadre de sa compétence résiduelle. Cet écart, notons-le, est une lacune, car il est injustifiable qu'une autorité législative quelconque soit empêchée de légiférer de la façon la plus efficace dans la sphère de sa compétence. Cependant, si, sur le plan conceptuel, l'écart est d'envergure, à toutes fins pratiques, il est quasi inexistant. Dans toute la jurisprudence, il ne semble pas y avoir une seule décision émanant de la plus haute cour et déclarant inconstitutionnelle, pour raison d'empiètement, une loi votée par le Parlement en vue de légiférer efficacement relativement à une fin fédérale énumérée ou pas. Etant donné l'importance prise de nos jours par la théorie de l'aspect, il est nettement improbable que pareil jugement soit rendu à l'avenir.

Pour aller au fond des choses sans les compliquer inutilement, on est tenté de reprendre une formule utilisée par le Comité judiciaire dès 1880 dans une affaire de faillite.²⁸ Selon cette formule par la

federal 'aspect', no invasion of provincial legislative authority exists. . . . To say that the Dominion in legislating in relation to a matter coming within an enumerated class of subject in section 91 can also enact provisions which are necessarily incidental to effective legislation under the enumerated class is a tortuous method of explaining the 'aspect' doctrine. . . . Legislation, as the Judicial Committee has itself said from time to time, must be considered as a whole and its aspect ascertained in the light of all its provisions. To make what can only be an artificial distinction between those provisions of a federal enactment which are strictly in a federal aspect and those necessarily incidental to the effective operation of the legislation, is to trifle with legislative objectives and with the draftsman's efforts to realize them."

²⁷ *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*, *supra*, note 12, aux pp. 200-201; *Robinson c. Countrywide Factors*, *supra*, note 21, à la p. 528.

²⁸ "It would be impossible to advance a step in the constitution of a scheme for the administration of insolvent estates without interfering with and modifying the ordinary rights of property, and other civil rights, nor without providing some mode of special procedure for the vesting, realization and distribution of the estate, and the settlement of liabilities of the insolvent. Procedure must necessarily form an essential part of any law dealing with insolvency. It is therefore to be presumed, indeed it is a necessary implication, that the Imperial Statute, in assigning to the Dominion Parliament the subjects of bankruptcy and insolvency, intended to confer on it legislative power to interfere with property, civil rights and procedure within the provinces so far as a general law relating to these subjects might affect them. Their

suite abandonnée, l'article 91, en assignant au Parlement fédéral certaines catégories particulières de sujets, lui accorde "by necessary implication", c'est-à-dire de façon implicite, toute la compétence voulue pour légiférer efficacement relativement à ces fins. Si les tribunaux s'étaient toujours exprimés de la sorte, le droit constitutionnel canadien n'eut pas différé substantiellement de ce qu'il est, mais il eut été rationnel, simple et clair.

II. *La compétence provinciale.*

Comme l'a révélé incidemment l'analyse faite plus haut de la compétence fédérale, rien n'empêche les législatures d'adopter, dans leur sphère propre, des lois générales qui affectent les insolvable. Ainsi elles peuvent accorder aux débiteurs un moratoire non assujéti à une exigence d'insolvabilité²⁹ ou encore leur permettre de faire, au bénéfice de leurs créanciers, soit une cession de biens sans effet libératoire,³⁰ soit le dépôt, en conformité de la loi, de la partie saisissable de leur traitement.³¹ Bien plus, si on donne au mot "insolvabilité" non pas l'interprétation restrictive qu'il a reçue en droit constitutionnel, mais l'extension plus vaste qu'il présente en droit civil, elles peuvent légiférer, relativement à la matière, en dedans de certaines limites. Considérons donc les limites de leur compétence, puis les problèmes relatifs aux conflits susceptibles de surgir entre une loi provinciale valide et la législation fédérale.

1. *Les possibilités d'intervention législative.*

Malgré la généralité des termes utilisés à l'alinéa 21 et la règle de l'exclusivité en matière de partage des compétences, les législatures possèdent quand même une certaine marge d'action. En effet, elles peuvent invoquer le principe de la souveraineté des provinces dans la sphère de leur compétence pour légiférer quant à l'insolvabilité des organismes étatiques provinciaux. De plus, elles peuvent se prévaloir de la compétence qu'accorde l'alinéa 13 de l'article 92 relativement à cette catégorie de sujets décrite par les mots "Property and Civil Rights".

A cause de la souveraineté des Etats-membres de la fédération dans la sphère de leur compétence, l'Etat provincial et les organismes qui en assurent le prolongement échappent, quant à leur

Lordships, therefore, think that the Parliament of Canada would not infringe the exclusive powers given to the provincial legislature by enacting that the judgment of the Court of Queen's Bench in matters of insolvency should be final . . .". *Cushing v. Dupuy*, [1880] 5 A.C. 409, à la p. 415.

²⁹ Voir *supra*, p. 54.

³⁰ Voir *supra*, pp. 51 et s.

³¹ Voir *supra*, note 21.

existence et à leur fonctionnement, au contrôle de l'autorité centrale. Ce principe, notons-le, n'est pas incompatible avec la compétence fédérale sur les rapports de la Couronne provinciale avec ses débiteurs insolvable. Le Parlement assujettit d'ailleurs ces rapports à la Loi sur la faillite en y stipulant qu'elle lie la Couronne du chef du Canada ou d'une province.³² Toutefois, malgré cette disposition, il semble que les provinces ne sauraient être mises en faillite en vertu d'une loi fédérale. Il en irait de même pour les institutions de droit public et les sociétés de la Couronne qui, émanant d'elles, remplissent des fonctions gouvernementales. Relativement à l'insolvabilité de ces organismes, seule la province concernée serait compétente pour légiférer.³³ Il n'est donc pas surprenant que, dans l'affaire *Ladore v. Bennett*,³⁴ le Comité judiciaire ait déclaré valide une loi ontarienne fusionnant quatre corporations municipales en difficultés financières et modifiant non seulement l'échéance de leurs obligations, mais aussi certaines modalités de ces dernières comme, notamment, le taux de l'intérêt. Sur le point en discussion, la jurisprudence, il est vrai, n'est guère explicite, mais, dans l'ensemble, elle laisse l'impression que l'alinéa 21 de l'article 91 attribue une compétence strictement de droit privé, comme si elle constituait une exception à l'alinéa 13 de l'article 92 habilitant les provinces à légiférer relativement à la catégorie de sujets décrite par les mots "Property and Civil Rights".

L'alinéa 13 de l'article 92 permet également aux provinces de légiférer relativement à l'insolvabilité, même si, en l'interprétant, la portée des mots "Property and Civil Rights" doit être amputée de celle qu'ont "Bankruptcy and Insolvency". Ces derniers, en effet, à cause de l'interprétation restrictive adoptée par les tribunaux dans une perspective historique, doivent être entendus, sous l'unique réserve faite plus haut, en stricte référence à un réaménagement général du patrimoine du débiteur. Par voie de conséquence, les effets civils de l'insolvabilité considérés indépendamment de tel

³² *Supra*, note 7, art. 187.

³³ *In re Bricault* (1935), 58 B.R. 100; *Sarrazin v. Curé et Marguilliers de Saint-Gabriel de Brandon* (1935), 58 B.R. 123; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; comp., en droit américain, *Ashton v. Cameron County Water Improvement Dis.* (1935), 298 U.S. 513, 55 Sup. Ct. 892; *United States v. Bekins* (1937), 304 U.S. 27, 58 Sup. Ct. 811. Voir aussi Bohémier, pp. 58-72.

³⁴ "Sovereign within its constitutional powers, the Province is charged with the local government of its inhabitants by means of municipal institutions. If local government in any particular area becomes ineffective or non-existent because of the financial difficulties of one or more municipal institutions, or for any other reason, it is not only the right, but it would appear to be the duty, of the Provincial Legislature to provide the necessary remedy, so that the health of the inhabitants and the necessities of organized life in communities should be preserved." *Ibid.*, aux pp. 480-481.

réaménagement relèvent de l'alinéa 13 de l'article 92. Ce point, nous l'avons vu, ressort du jugement rendu récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Robinson*.³⁵

Il reste à préciser si, outre leur compétence relative aux effets civils de l'insolvabilité, les provinces peuvent, de façon incidente et accessoire, réaménager de façon générale le patrimoine d'un insolvable. Si on aborde le problème dans une optique téléologique, il faut répondre par l'affirmative. En effet, comme l'insolvabilité se répercute de façon marquante sur les rapports juridiques en général, on conçoit mal que les législatures puissent s'acquitter de leurs responsabilités sans se soucier du problème qu'elle pose. A la vérité, si on excepte le principe de la libération du failli, il est difficile d'imaginer une règle du droit de la faillite qu'elles ne pourraient valablement adopter à titre incident ou accessoire. Ce résultat, à première vue étonnant, résulte du fait que le droit de la faillite fait partie organique du droit privé dont il ne peut être détaché sans porter atteinte à l'harmonie et à la cohésion de l'ensemble.³⁶

A titre d'illustration, considérons une loi provinciale permettant de réaménager de façon générale le patrimoine des compagnies d'assurances insolvable. Vu la compétence bien établie des Etats-membres sur ce type de commerce, ne pourrait-on pas tenir la législation pour valide dans la mesure où elle tendrait à le réglementer efficacement? Dans le cas où elle serait non pas limitée aux assurances, mais d'application générale, ne pourrait-on pas en venir à la même conclusion dans la mesure où, en l'adoptant, le législateur provincial viserait à légiférer efficacement relativement à la propriété et aux droits civils? Est-il possible, dans une société comme la nôtre, de légiférer efficacement en matière d'obligations sans prévoir une procédure forcée d'exécution collective en cas d'insolvabilité d'un débiteur? Sur tous ces points, la réponse affirmative ressortirait clairement en l'absence de toute législation fédérale. Pourtant, quand on se demande si l'adoption, par une législature, d'une règle de droit donnée se justifie, à titre incident ou accessoire, en raison de la fin poursuivie, il convient de faire abstraction de la législation fédérale. Seule cette méthode d'analyse pose le problème avec le dépouillement qui s'impose, car le fait que le Parlement ait légiféré ne saurait en rien affecter la validité de la loi provinciale.³⁷ Le seul effet, en toute logique, devrait être de la rendre inopérante en cas de conflit.

Ce système, notons-le est fonctionnel. Quelle que soit la latitude accordée aux provinces, le Parlement ne risque pas d'être

³⁵ *Supra*, note 21, aux pp. 528 et 535-539.

³⁶ Sur ce point, voir les notes du juge Beetz dans l'arrêt *Robinson*, *ibid.*, aux pp. 535-539.

contrecarré dans la poursuite de ses fins législatives, car il peut toujours faire échec à une loi provinciale en adoptant une disposition créatrice de conflits. C'est ce qu'il fit notamment en matière de cessions volontaires en adoptant la disposition suivante:

Toute cession de biens, autre qu'une cession consentie conformément à la présente loi, faite par un débiteur insolvable à l'avantage de ses créanciers en général, est nulle.³⁸

Cet article est constitutionnel, car, comme le Comité judiciaire l'affirma, dès 1894, dans un *obiter dictum*, à l'occasion de l'affaire des cessions volontaires, le Parlement a compétence pour légiférer relativement à la matière par voie incidente et accessoire.³⁹ Or cette disposition a pour effet de créer un conflit entre toute loi provinciale et la Loi sur la faillite, au moins en regard des personnes susceptibles de faire une cession volontaire en vertu de la loi fédérale.⁴⁰ Il en résulte donc que la loi ontarienne des cessions volontaires, déclarée constitutionnelle en 1894, serait aujourd'hui inopérante au moins en partie.

Quelque fonctionnel que soit le système téléologique, les tribunaux eurent longtemps tendance à raisonner dans une optique purement abstraite, c'est-à-dire en termes de domaines juridiques et non de fins législatives. Par voie de conséquence, le législateur provincial, malgré l'unité du droit privé et l'interpénétration de ses composantes, malgré, quant au Québec, l'indivisibilité conceptuelle du Code civil, se vit, en quelque sorte, imposer une camisole de force. Pour s'en libérer, les théories de la compétence incidente et de la compétence accessoire ne lui étaient d'aucun secours, parce que assises, bien qu'en vertu d'une interprétation abusive, sur la clause finale de l'article 91. Peut-être est-ce pour limiter les dégâts que les tribunaux, donnant une interprétation juridico-historique à l'alinéa 21 de l'article 91, en ont restreint la portée au profit de l'alinéa 13 de l'article 92. Ce faisant, ils refusaient de reconnaître que l'alinéa 21 donne compétence au Parlement pour toucher aux effets civils de l'insolvabilité indépendamment d'un réaménagement général du patrimoine d'un insolvable. Cette attitude des tribunaux, considérée isolément, est décentralisatrice, mais ils semblent avoir été amenés à

³⁷ "... from the standpoint of paramountcy the question of [provincial] legislative power *vel non* must be judged in the assumed absence of federal legislation, even where such legislation is in fact present." Bora Laskin, *Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation* (1963), 41 R. du B. can. 234, à la p. 240.

³⁸ Loi sur la faillite, *supra*, note 7, art. 24, par. 2.

³⁹ *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*, *supra*, note 12, aux pp. 200-201. Pour la doctrine, voir en ce sens Bohémier, pp. 98-100; comp. Duncan & Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3e éd., 1961), pp. 203-204; De la Durantaye, *Traité de la faillite en la Province de Québec* (1934), p. 137, note 10.

⁴⁰ Sur la portée exacte de la disposition, voir Bohémier, pp. 94-98.

la prendre pour faire échec, sur un point crucial et dans un domaine bien délimité, à un système d'interprétation dans l'ensemble nettement défavorable aux provinces. En d'autres termes, c'était faire marche arrière d'un pas après avoir fait des enjambées dans la direction opposée.

Il est vrai que, contre toute logique, les tribunaux ont parfois paru flirter avec l'idée d'appliquer aux provinces les théories de la compétence incidente et de la compétence accessoire. Ainsi, dans l'affaire *Ladore v. Bennett*, le Comité judiciaire a reconnu à la législature ontarienne non seulement le pouvoir de légiférer relativement à l'insolvabilité des institutions municipales, mais ce faisant, celui d'affecter, de façon incidente ou accessoire, le taux de l'intérêt ainsi que des droits civils extérieurs à la province.⁴¹ Sur tous ces points, la décision peut s'expliquer par la volonté de respecter la souveraineté de l'Etat provincial⁴² ou encore par la théorie de l'aspect,⁴³ mais on a cru aussi y voir une application aux provinces des théories de la compétence incidente et de la compétence accessoire.⁴⁴ Faire reposer l'arrêt sur cette dernière base, c'est

⁴¹ "... though [the statutes] affect rights outside the Province, they only so affect them collaterally, as a necessary incident to their lawful powers of good government within the Province. . . . If the Provincial Legislature can dissolve a municipal corporation and create a new one to take its place, it can invest the new corporation with such powers of incurring obligations as it pleases, and incidentally may define the amount of interest which such obligations may bear." *Ladore v. Bennett*, *supra*, note 33, aux pp. 482-483.

⁴² En effet, le principe de la souveraineté de l'Etat provincial a amené le Comité judiciaire à reconnaître à l'Ontario le pouvoir de remplacer une ou plusieurs corporations municipales par une nouvelle. En entraînant une substitution de débiteurs, l'exercice de ce pouvoir affecte nécessairement les droits des détenteurs d'obligations domiciliés en dehors de l'Ontario. De là à reconnaître à l'Ontario le pouvoir de modifier certaines modalités de ces obligations, il n'y a qu'un pas: *plus vel minus non mutat speciem*. "Where the former bodies are dissolved it is inevitable that the old debts disappear, to be replaced by new obligations of the new body. And in creating the new corporation with the powers of assuming new obligations it is implicit in the powers of the Legislature (sovereign in this respect) that it should place restrictions and qualifications on the obligations to be assumed. Efficient local government could not be provided in similar circumstances unless the Province were armed with these very powers, and if for strictly Provincial purposes debts may be destroyed and new debts created, it is inevitable that debtors should be affected whether the original creditors reside within or without the Province." *Ladore v. Bennett*, *ibid.*, à la p. 481.

⁴³ "In other words, the pith and substance of both the Amalgamation Acts and the *Municipal Board Act, 1932* and the *Department of Municipal Affairs Act, 1935* are that the Acts are passed in relation to municipal institutions in the Province." *Ladore v. Bennett*, *ibid.*, à la p. 482. Voir aussi l'interprétation que le Comité judiciaire a donné de cette décision dans *Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters and A.G. for Canada*, [1940] A.C. 513, aux pp. 531-532.

⁴⁴ En ce sens, Chevette, *op. cit.*, note 4, p. 252.

soutenir, alors qu'il est possible de le justifier rationnellement, qu'ici encore le Comité judiciaire procède de façon pseudo-algébrique, c'est-à-dire corrige, par un nouveau faux-pas, les inconvénients résultant du choix d'une méthode d'interprétation défectueuse.

Quoi qu'il en soit, des décisions postérieures rendues en matière de faillite sont défavorables aux provinces. Ainsi les tribunaux déclarent successivement trois lois provinciales non pas inopérantes, mais invalides *in se*⁴⁵ sans examiner vraiment la question de savoir si, en vue de mieux assurer le respect des obligations, les législatures ne pouvaient incidemment réaménager l'ensemble des rapports d'un insolvable avec ses créanciers. Enfin le moins qu'on puisse dire de l'arrêt *Wentworth*,⁴⁶ c'est que, malgré la division des juges, il ne renverse pas le courant. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada eut à juger de la constitutionnalité d'une loi ontarienne dans le domaine des assurances. Cette loi forçait les compagnies à déposer des valeurs en garantie de leurs obligations et, en cas d'insolvabilité, établissait, quant aux paiements à même ce fonds, un ordre de priorité entre les créanciers, ordre qui différerait de celui de la législation fédérale. Malgré le caractère évidemment accessoire des dispositions relatives à l'ordre de priorité, cinq juges sur neuf se déclarèrent d'accord avec la Cour d'Appel de l'Ontario pour les juger invalides *in se* ou, en tout cas, inopérantes.⁴⁷

Si tant de lois provinciales furent déclarées invalides par comparaison au nombre de lois fédérales, l'explication semble résider en bonne partie dans la plus grande liberté de manoeuvre que le Parlement posséda, par comparaison aux législatures, dans l'exercice de la fonction législative. A l'intérieur du système d'interprétation abstraite, lui seul conserva intacte cette liberté grâce aux théories de la compétence incidente et de la compétence accessoire. Aujourd'hui encore ce système continue de hanter les provinces, car, si, en matière constitutionnelle, le *stare decisis* ne règne plus en monarque absolu comme naguère,⁴⁸ il conserve néanmoins la force d'une longue tradition. Aussi, depuis que prévaut la théorie de l'aspect, c'est-à-dire la méthode téléologique, ce n'est ni résolument ni avec constance que les tribunaux l'ont appliquée en

⁴⁵ *A.G. for Alberta v. A.G. for Canada*, *supra*, note 3; *Reference re Canadian Bankers Association et al. v. A.G. for Saskatchewan*, *supra*, note 13; *Reference re Validity of the Orderly Payment of Debts Act*, *supra*, note 13.

⁴⁶ *A.G. for Ontario v. Policyholders of Wentworth Insurance Co.*, [1969] S.C.R. 779.

⁴⁷ "... invalid *per se* or, in any event, ... overborne by the distribution provisions of the Winding Up Act." *A.G. for Ontario v. Policyholders of Wentworth Insurance Co.*, *ibid.*, à la p. 785.

⁴⁸ Laskin, *op. cit.*, note 37, à la p. 236.

faveur des provinces même dans ses conséquences les plus logiques.⁴⁹

2. *Les problèmes résultant des conflits.*

Si le principe de l'exclusivité des compétences vise à restreindre les conflits entre lois de sources différentes, il est bien loin de les éliminer. En effet, il arrive fréquemment que le Parlement et une législature traitent d'une même question et il se peut même qu'ils le fassent chacun dans l'exercice d'une compétence de prime abord fort distincte de celle de l'autre.⁵⁰ Malgré l'exclusivité du partage, deux lois valides, l'une fédérale et l'autre provinciale, peuvent donc se heurter et il en est ainsi indépendamment du système d'interprétation appliqué aux articles 91 et 92. Dans une perspective téléologique, pareille possibilité résulte du fait qu'une même question peut être envisagée sous des aspects différents par les deux niveaux d'autorité. A l'intérieur du système purement abstrait, cette éventualité, il est vrai, semble *a priori* exclue, car la compartimentation du droit assigne à chaque règle une place unique. Toutefois, étant donné le complément apporté à ce système par la théorie des compétences incidente et accessoire, le fait par le Parlement de pouvoir effleurer ou envahir le domaine des législatures suscite des possibilités de conflits.

Quand un heurt survient, la loi fédérale, en vertu de la primauté du Parlement sur les législatures, l'emporte sur la loi provinciale. Sans être pour autant invalidée, cette dernière devient alors inopérante pour l'étendue et la durée du conflit. Ce mode de règlement, on a cru en trouver l'explication dans la clause introductive de l'article 91 aux mots "... nonobstant toute disposition du présent acte . . .". Cependant, même en l'absence de texte, on arriverait vraisemblablement à la même conclusion, car il semble normal qu'une loi fédérale applicable à l'ensemble du territoire ait le même sens partout au Canada.⁵¹ Quel que soit le fondement de la suprématie fédérale, la règle est claire: en cas de heurt, la loi fédérale prévaut. Aussi n'est-ce pas le mode de solution des conflits qui pose des difficultés, mais bien plutôt leur mode d'identification.

⁴⁹ Pour une application nette et claire de la méthode téléologique à une loi provinciale, voir *A.G. for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570, aux pp. 577-578.

⁵⁰ Comme l'a affirmé le juge Marshall de la Cour suprême des Etats-Unis, "... all experience shows that the same measures, or measures scarcely distinguishable from each other, may flow from distinct powers; but this does not prove that the powers themselves are identical. . . ." *Gibbons v. Ogden* (1824), 22 U.S. 1.

⁵¹ C'est là une constance dans l'aménagement constitutionnel des fédérations. Là-dessus voir Laskin, *op. cit.*, note 37.

Les difficultés que pose cette identification ont été mises en lumière par le professeur Chevrette dans le texte suivant:

Que veut-on dire exactement quand on parle de conflit de lois? Faut-il donner de cette notion une définition large ou étroite? Ainsi faudrait-il considérer qu'il y a conflit dès que deux lois, fédérale et provinciale, portent sur un même champ législatif (conflit au niveau du champ) ou ne faut-il pas considérer plutôt qu'il n'y a conflit que lorsque les traitements législatifs accordés par l'une et l'autre au champ en question sont de quelque façon inconciliables (conflit au niveau du traitement législatif)? Et en ce dernier cas qu'entend-t-on par des traitements législatifs inconciliables? On peut fort bien imaginer, et il s'en trouve dans la réalité, des lois qui ne soient pas contradictoires mais bien seulement complémentaires les unes des autres, ou encore des lois dont l'une ne soit que la répétition de l'autre et qui dès lors, loin de se contredire, ne font que se doubler. Doit-on entendre le conflit de lois dans le sens étroit d'un conflit par contradiction, ou dans un sens plus large, incluant aussi le conflit par identité? Et qu'est-ce donc que le conflit par contradiction? La notion n'en est claire qu'en apparence, car va-t-on considérer par exemple qu'il y a conflit entre d'une part une loi criminelle fédérale qui punit un acte d'une certaine peine et d'autre part une loi provinciale qui punit un acte du même genre d'une peine plus sévère, au motif que le parlement fédéral, imposant une certaine peine, aurait implicitement interdit aux provinces d'en prévoir une qui soit plus lourde que la sienne? Ou ne va-t-on pas considérer plutôt la loi provinciale comme complémentaire de la loi fédérale? Ou encore, interprétant cette fois la notion de conflit dans le sens le plus étroit possible, on pourra soutenir que deux lois ne sont en conflit l'une avec l'autre que lorsqu'il est logiquement impossible de les mettre toutes deux en application, comme dans le cas d'un créancier qui, quant à la même dette d'un même débiteur, devrait en vertu d'une loi fédérale être au premier rang dans l'ordre de collocation des créanciers et au troisième en vertu d'une loi provinciale (conflit par incompatibilité opérationnelle).⁵²

Comme cet exposé le fait voir, on peut se faire du conflit de lois une conception large ou étroite.

Selon la conception la plus large, il suffit, pour rendre une loi provinciale inopérante, que les deux niveaux d'autorité aient l'un et l'autre légiféré relativement à un même champ. C'est le cas, par exemple, si une loi provinciale, en vue de mieux assurer le respect des obligations, empêche un insolvable de dilapider son patrimoine en frappant de nullité les donations qu'il fait et qu'une loi fédérale, en vue d'assurer l'égalité entre les créanciers, invalide les paiements préférentiels accordés par un débiteur antérieurement à la faillite. Par hypothèse, chacune permet d'annuler une catégorie d'actes juridiques dont l'autre ne traite pas du moins expressément. On peut quand même voir là un conflit en matière d'actes posés en fraude des créanciers par un débiteur acculé à la faillite. En effet, le Parlement, en ne prévoyant l'annulation que des paiements préférentiels, a pu vouloir que les actes d'une autre nature ne puissent être invalidés. Conclure ainsi, c'est situer le débat au niveau du champ législatif.

Entendu dans un sens un peu moins large, le conflit suppose non

⁵² *Op. cit.*, note 4, pp. 265-266.

seulement que les deux niveaux d'autorité aient légiféré relativement à un même champ, par exemple, la fraude des créanciers, mais, en outre, qu'à l'intérieur d'un même champ, ils aient abordé une même question, par exemple, les paiements préférentiels effectués avant une faillite. A titre d'exemple, on peut imaginer le cas où, comme conditions d'annulation de l'acte, la loi fédérale exigerait sa survenance au cours du mois précédant la faillite et aussi la preuve directe de l'intention frauduleuse, tandis que la loi provinciale, ne fixant aucun délai, se contenterait de requérir que l'acte ait pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres. Ici, par hypothèse, chaque loi traite d'une même question, mais avec un degré variable de rigueur, la loi provinciale permettant d'invalider deux catégories d'actes dont la loi fédérale ne traite pas expressément: les paiements préférentiels faits avec ou sans intention de fraude plus d'un mois avant la faillite ou encore effectués sans cette intention au cours du mois la précédant immédiatement. Même relativement à ces deux catégories d'actes, on peut prétendre à l'existence d'un conflit. En effet, en stipulant des conditions d'annulation strictes, le Parlement a pu implicitement exprimer l'intention que, sans leur réunion, aucun paiement préférentiel effectué avant une faillite ne puisse être invalidé. En venir à cette conclusion, c'est placer le débat au niveau du traitement législatif.

Enfin, si on entend le conflit de façon étroite, on refuse de voir dans une réticence du Parlement l'intention de restreindre la liberté d'action des législatures. Considérées sous cet angle, les circonstances imaginées plus haut ne révèlent aucun conflit. Par hypothèse, le Parlement se contente d'édicter qu'à certaines conditions, des actes déterminés seront annulés. Quant aux actes de nature différente ou ne réunissant pas les conditions prescrites, sans en permettre l'invalidation, il évite de les déclarer valides. Comme il s'abstient d'en traiter, rien n'empêche de donner effet à une législation provinciale qui prévoit leur annulation. En effet, le moins qu'on puisse dire, c'est que la réticence du Parlement peut s'expliquer autant par la volonté de préserver la liberté de manoeuvre des législatures que par celle de la restreindre. En revanche, la loi provinciale serait incontestablement inopérante, si elle déclarait valides les actes que la loi fédérale considère annulables, car il serait alors logiquement impossible d'appliquer l'une sans aller à l'encontre de l'autre. Il en irait de même si l'une colloquait un créancier à un rang différent de l'autre pour les fins du recouvrement de sa créance contre un failli.⁵³

⁵³ Cette situation a été considérée en dernier ressort par le Conseil privé dans *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187 et par la Cour suprême du Canada dans *A.G. for Ontario v. Policyholders of Wenworth Insurance Co.*, *supra*, note 46. Dans le premier cas, la loi provinciale fut jugée inopérante et, dans le second, invalide, sinon inopérante.

La divergence fondamentale entre ces diverses conceptions réside dans une interprétation différente de la volonté même du Parlement. En se faisant du conflit une conception plus ou moins large, on soutient qu'en légiférant relativement à un champ ou encore en accordant à une question particulière un traitement déterminé, le Parlement, de façon implicite, a entendu consacrer le principe de la liberté individuelle au-delà de ce qu'il réglemente expressément. C'est un raisonnement de ce type qui justifie l'adage: "Tout ce qui n'est pas défendu est permis". Cependant, qu'il s'agisse de réglementation ou de défense, il faut, en appliquant pareil raisonnement à une régime fédéral, tenir compte de l'existence de deux sources de règles. En régime fédéral, on peut soutenir que le Parlement a entendu, au-delà de ce qu'il réglemente de façon expresse, ménager la latitude des législatures dans l'exercice de leur compétence. Comme on le voit, les diverses conceptions accordent également la primauté à la volonté du Parlement, mais, ne l'interprétant pas de la même façon, mènent à des conclusions différentes quant à l'existence et à l'étendue de conflits entre les deux ordres de législation. Dans cette optique, on peut prétendre qu'elles se situent toutes au niveau de l'incompatibilité opérationnelle dans la zone qu'elles assignent respectivement à des conflits.

Quel que soit le système envisagé, rien ne saurait empêcher le Parlement de mettre les points sur les i pour faire échec à la volonté qu'on lui prête. Dans un système où on interprète ses réticences en faveur de la liberté d'action des législatures, rien ne l'empêche d'établir de façon non équivoque la liberté individuelle en adoptant une disposition créatrice de conflit comme il a fait en matière de cessions volontaires.⁵⁴ Inversement, dans un système où les réticences du Parlement sont interprétées en faveur de la liberté individuelle, il peut, par une manifestation nette de volonté, rétablir la liberté d'action des législatures. C'est là la portée qu'à l'occasion de l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors*,⁵⁵ l'honorable juge Spence et quatre de ses collègues ont donné de la disposition suivante de la Loi sur la faillite:

Les dispositions de la présente loi ne sont pas censées abroger ou remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec les dispositions de la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.⁵⁶

⁵⁴ Voir *supra*, note 38.

⁵⁵ *Supra*, note 21, aux pp. 523, 528 et 539; voir aussi *Totem Radio Supply Co. Ltd v. Stone* (1959-60), 38 C.B.R. 112, à la p. 113; *In re Panfab Corporation Ltd*, [1971] 2 O.R. 202, à la p. 207; en sens contraire, voir la dissidence du juge Laskin à l'occasion de l'arrêt *Robinson*, à la p. 513 et aussi *Nash v. Guelph Engineering Company* (1964), 50 W.W.R. 155, aux pp. 162-163.

⁵⁶ Loi sur la faillite, *supra*, note 7, art. 50, par. 6.

Si, en stricte logique, on peut se faire du conflit de lois une conception plus ou moins large, deux raisons militent *a priori* en faveur de la conception la plus étroite. Cette dernière, en effet, est, sur le plan pratique, la plus facile à appliquer et, sur le plan politique, la plus souple et la plus fonctionnelle. Sur le plan de l'application du droit, on ne peut situer le conflit ni au niveau du champ, ni à celui du traitement législatif sans donner naissance à des difficultés fort complexes. Pour fins d'analyse, plaçons-nous au niveau du champ et reconsiderons l'hypothèse où une loi provinciale annule les donations faites par un débiteur insolvable et une loi fédérale les paiements préférentiels effectués à la veille d'une faillite. Si l'une et l'autre ont pour champ la fraude des créanciers, elles viennent en conflit; en revanche, elles ne se rencontrent pas si la première porte sur la donation frauduleuse et la seconde sur le paiement frauduleux. Cette méthode de dépistage conduit, on le voit, à l'arbitraire. En effet, la solution dépend de la distance avec laquelle on envisage le problème. Plus on prend de recul pour fins d'analyse, plus le champ s'agrandit, plus les risques de conflit augmentent, et vice-versa. A la vérité, il ne saurait en être autrement, car, dans le domaine du droit, chaque matière fait conceptuellement partie d'une plus grande qui l'englobe.

En situant le conflit au niveau du traitement législatif, on utilise comme instrument de dépistage le téléobjectif de préférence à la grande angulaire. Le champ de vision s'en trouve rétréci et le nombre de conflits réduit. Pour autant toute difficulté d'application n'est pas éliminée, car, si une question est moins vaste qu'un champ, ses frontières dépendent, elles aussi, du recul pris pour envisager le problème et, en outre, de l'angle de vision choisi. A titre d'illustration, reprenons l'hypothèse où, comme conditions d'annulation d'un paiement préférentiel, la loi fédérale requiert sa survenance au cours du mois précédant la faillite et aussi la preuve directe de l'intention frauduleuse, tandis que la loi provinciale, sans fixer de délai, se contente d'exiger que l'acte ait pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres. En pareil cas, quelle est la question traitée par les deux niveaux d'autorité? Certes, pourra-t-on dire, elle s'étend aux paiements préférentiels en général. Mais, avec un peu moins de recul et selon l'angle envisagé, on pourra aussi la limiter soit aux actes effectués dans les trois mois précédant la faillite, soit aux actes posés avec une intention réelle de fraude. Entre ces trois solutions, le choix n'est pas facile. Pourtant il paraît quelque peu anormal de circonscrire une question, selon l'angle envisagé, à partir de l'une ou l'autre de ses modalités de solution. S'il en était ainsi, pourquoi s'attacherait-on à telle modalité plutôt qu'à telle autre? Dans l'exemple sous considération, pourquoi restreindre le domaine du chevauchement aux paiements préférentiels immédiatement antérieurs à la faillite plutôt qu'à ceux que vicia

une intention réelle de fraude? A la vérité, la seule façon d'éviter un choix arbitraire consiste à prendre un peu plus de recul et, ainsi, à étendre la question aux paiements préférentiels en général. Quelle que soit la force de ces arguments, ils ne brillent sans doute pas par leur évidence, car jurisprudence et doctrine ont parfois raisonné autrement.⁵⁷ Cette divergence de vues illustre combien il est difficile de situer le débat au niveau du champ législatif.

En revanche, toute difficulté disparaît, si on axe le conflit de lois sur l'incompatibilité opérationnelle entendue au sens le plus strict. Alors le dépistage devient presque mécanique: pas de conflit à moins que l'application de la loi provinciale rende impossible le respect d'une volonté que le Parlement a manifestée de façon non équivoque. En une matière aussi importante que complexe, la facilité d'application de ce critère constitue un avantage si grand que cette raison, à elle seule, suffit pour faire pencher la balance en faveur de la conception étroite du conflit. Ce choix s'impose toutefois aussi pour d'autres considérations, celles-là d'ordre politique.

En saine théorie du fédéralisme, les deux niveaux d'autorité, appelés à collaborer entre eux, se doivent confiance et collaboration. *A priori*, le Parlement doit donc considérer qu'en exerçant leur compétence, les législatures manifesteront le même souci qu'il a lui-même de l'intérêt public. Dans cet esprit, il doit éviter de limiter inconsidérément leur liberté d'action, car c'est elle qui permet à chaque province d'harmoniser les standards nationaux établis par le Parlement avec l'ensemble de la législation provinciale. Ainsi, dans les exemples considérés plus haut, la conception large du conflit mène à un manque d'harmonisation. En effet, les règles applicables en matière de fraude des créanciers seront moins sévères si le débiteur est en faillite que s'il ne l'est pas. Pourtant aucune raison ne justifie cette différence de traitement; l'intérêt du débiteur n'est pas ici en jeu et le but poursuivi est uniquement l'équité entre les créanciers. Si irrationnel soit-il, cet écart de traitement pourra influencer les rapports juridiques. Ainsi un créancier partiellement remboursé grâce à un paiement considéré frauduleux uniquement par la loi provinciale aura intérêt à mettre son débiteur en faillite pour passer sous le régime moins sévère de la loi fédérale. Ce faisant, il échappera à toute poursuite, mais, pour y parvenir, il lui faudra se résoudre à infliger au débiteur un sort qu'autrement il lui eût peut-être volontiers épargné.

Il est vrai que, quelle que soit la conception du conflit qui prévaille, le Parlement pourra laisser intacte la liberté d'action des

⁵⁷ Pour la jurisprudence québécoise: *Trahan c. Lamarre*, [1956] B.R. 1; *Grobstein c. Banque Canadienne Nationale*, [1963] B.R. 215; pour la jurisprudence des autres provinces: *In re Pommier* (1929-30), 11 C.B.R. 449; *Totem Radio Supply Co. Ltd v. Stone*, *supra*, note 55; pour la doctrine: Bohémier, pp. 256, 263 et 264.

législatures en s'exprimant, s'il le faut, de façon expresse sur le point. Néanmoins la conception qu'on se fait du conflit entre en ligne de compte. L'interpréter de façon large, c'est, en effet, adopter un système où soit l'inertie, soit le doute suffit à paralyser en partie les législatures dans l'accomplissement de leur fonction. Pourtant l'enjeu est important et la question délicate. Il ne s'agit pas, ici, de permettre aux législatures d'empiéter sur le domaine fédéral, mais uniquement de les laisser exercer leur compétence propre de la façon la plus efficace. Il n'est pas impossible que, par leur action, elles contrecarrent les fins poursuivies par le Parlement, mais il se peut aussi qu'elles les servent. Pourquoi favoriser le système qui, à l'avance, présume le pire, alors qu'il est plus facile d'apprécier après coup? Pourquoi rejeter le système qui fait confiance aux législatures et laisse le Parlement les juger à leur performance?

Quoi qu'il advienne, c'est le Parlement qui aura le dernier mot, car rien ne l'empêche de faire échec à une loi provinciale en adoptant une disposition créatrice de conflits.⁵⁸ Dans les exemples discutés plus haut, il pourrait être justifié de le faire si certaines dispositions des lois provinciales, en multipliant les procès, avaient pour effet de ralentir à l'excès l'administration des faillites. En pareilles circonstances, la sagesse politique lui imposerait le devoir de rédiger la clause de façon à ne restreindre la liberté de manoeuvre des législatures que dans la mesure nécessaire pour remédier à la situation.

Pour certains, les tribunaux ne sauraient tenir compte de ces considérations d'ordre politique. Pareil jugement révèle une conception bien étroite du rôle des juges. Ces derniers, il est vrai, doivent, d'abord et avant tout appliquer la loi. Mais quand cette loi, comme dans le cas sous considération, se prête, par sa réticence, à diverses interprétations toutes défendables sur le plan logique, n'est-ce pas leur devoir de choisir, entre les diverses solutions possibles, celle qui leur paraît législativement la meilleure?⁵⁹ Quand cette loi, en l'occurrence, le *British North America Act*, 1867, établit les rouages d'une fédération, n'est-ce pas leur devoir de combler les interstices du texte en choisissant l'option qui convient le mieux au bon fonctionnement du régime? A la vérité, ces considérations sont d'une telle importance que lors même que les tribunaux les passent sous silence, il est difficile d'imaginer qu'ils n'en tiennent aucun compte.

⁵⁸ Ce sera le cas si le Bill S-11, présentement devant le Parlement est adopté tel quel. En effet, ce projet de loi contient la disposition suivante: "167. Lorsqu'une ordonnance de faillite est rendue à l'égard d'un débiteur, aucune personne ne peut, sauf en conformité des articles 168 à 185 et de l'article 246, engager ou continuer une procédure visant à réviser ou annuler un transfert auquel le débiteur est partie au motif qu'il constitue une cession ou un traitement préférentiel frauduleux."

⁵⁹ René David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (1948), p. 173, note 7.

Si on examine la jurisprudence constitutionnelle dans son ensemble, il semble bien que les tribunaux, sans jamais se prêter à aucun essai de systématisation, aient généralement éprouvé de la répugnance à admettre l'existence d'un conflit sans qu'il y ait incompatibilité opérationnelle entre les deux niveaux de législation.⁶⁰ Mais si on s'en tient aux arrêts touchant le domaine de la faillite, ce n'est qu'avec l'arrêt *Robinson*, c'est-à-dire tout récemment, que cette conception étroite paraît s'imposer. Auparavant la question s'était posée à maintes reprises de savoir si, en matière de paiements préférentiels, les deux niveaux de législation se heurtaient. Depuis l'arrêt *Hoffar* rendu en 1929,⁶¹ les tribunaux, avec constance, avaient situé le débat au niveau du conflit législatif. Dans cette affaire où un paiement préférentiel avait été exécuté dans les trois mois précédant immédiatement la faillite, il n'y avait pas, à y regarder de près, d'inconciliabilité logique. En effet, la loi provinciale n'allait pas à l'encontre de la loi fédérale dans la protection des créanciers, mais, bien au contraire, allait au-delà: la première établissant, selon l'interprétation douteuse des tribunaux, une présomption absolue de fraude et la seconde une présomption simplement relative. Au lieu de donner raison à la Cour d'Appel de la Colombie Britannique en refusant la permission d'en appeler, la Cour suprême du Canada aurait pu tenir que le Parlement, en dehors des cas où la présomption ne pouvait pas être repoussée, laissait les législatures harmoniser ce standard minimum établi par lui avec leurs législations respectives.

Pour en venir à cette conclusion, les arguments ne manquaient pas. Ainsi, comme une cour inférieure l'avait déjà fait remarquer,⁶² la Loi sur la faillite réfère à des transports frauduleux autres que ceux pour lesquels elle prévoit elle-même une sanction. Prenant une voie différente, la Cour suprême du Canada vit un conflit dans le fait pour une législature de rejeter une preuve que le Parlement permettait. C'était oublier que la Loi sur la faillite et la législation provinciale instituent des recours distincts l'une de l'autre et que, de toute évidence, la présomption établie par le Parlement ne concerne que le recours fédéral. D'ailleurs une législature peut, par seul souci

⁶⁰ Chevrette, *op. cit.*, note 4, pp. 272-285; Laskin, *op. cit.*, note 37.

⁶¹ *Hoffar Ltd v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd*, [1929] S.C.R. 180.

⁶² "There is nothing in sec. 31 or in any other part of the Bankruptcy Act which either expressly or impliedly abrogates the existing law of each Province as to the invalidity of fraudulent transactions. On the contrary, in the enumeration of the different kinds of acts of bankruptcy in sec. 3, para. (b), it is clearly intended to include cases of fraudulent conveyances which are fraudulent quite independently of the Bankruptcy Act, those which are fraudulent under the Act being mentioned in para. (c)." *In re Davidson* (1924-25), 5 C.B.R. 860, à la p. 861.

d'accorder aux créanciers un traitement égalitaire et sans égard à tout élément intentionnel, vouloir annuler les paiements ayant pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres. Légiférer en ce sens, ce n'est pas établir une présomption absolue de fraude. Or, en pareille hypothèse, il serait clair que la présomption établie par le Parlement ne concernerait que le recours fédéral, car elle ne serait même pas susceptible d'application à la loi provinciale. A la vérité, que la loi provinciale édicte ou non une présomption absolue de fraude, il n'y a ni dans un cas, ni dans l'autre, d'incompatibilité opérationnelle. Le Parlement, en effet, annule des paiements à des conditions précises. Quant à ceux qui ne réunissent pas ces conditions, comme il n'en traite pas expressément, on peut supposer qu'il a voulu laisser libre champ aux législatures.

Même si on peut mettre en doute le bien-fondé de la décision rendue dans l'affaire *Hoffar*, les tribunaux subséquemment se sont sentis liés par elle. En s'en inspirant, ils n'ont cependant pas toujours donné la même ampleur à la zone de chevauchement. En effet, tantôt ils l'ont étendue à tout le domaine des paiements préférentiels,⁶³ tantôt ils l'ont restreinte aux seuls actes posés dans les trois mois précédant la faillite.⁶⁴ En 1977, l'arrêt *Robinson* vint donner un coup de barre. Dans cette affaire, il est vrai, le paiement avait été effectué plus de trois mois avant la faillite, mais il semble que cette circonstance n'ait pas été déterminante. Invitée à se prononcer sur l'existence ou la non-existence d'un conflit entre les deux niveaux de législation, la Cour suprême du Canada, à la majorité de ses juges, conclut à la négative sans établir de distinction quant à la date du paiement et en préconisant une interprétation étroite du conflit. Ce faisant, elle s'appuie, au moins en partie, sur une disposition adoptée par le Parlement en 1949, c'est-à-dire bien après l'arrêt *Hoffar*, disposition dont le texte, reproduit plus haut, constitue aujourd'hui l'alinéa 6 de l'article 50.⁶⁵ Dans ce texte, la Cour voit la volonté bien arrêtée du Parlement de ménager la liberté d'action des législatures.⁶⁶ Pour cette raison, l'arrêt ne saurait être invoqué prudemment que dans le contexte de pareille disposition. Mais le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il remet en cause à la fois l'arrêt *Hoffar* rendu avant 1949 et la jurisprudence qui s'en inspire.

A la lumière de l'arrêt *Robinson*, il semble qu'une loi provinciale ne puisse être tenue pour inopérante du seul fait qu'elle

⁶³ *Re Trenwich* (1933-34), 15 C.B.R. 372; *In re Bozanich*, [1942] S.C.R. 130; *Re McIntosh-Marshall Equipment Ltd*; *Nash v. Guelph Engineering Co.* (1965), 7 C.B.R. n.s. 92.

⁶⁴ Voir *supra*, note 57.

⁶⁵ Voir *supra*, note 56.

⁶⁶ Voir *supra*, note 55.

prévoit, pour l'annulation d'un paiement préférentiel, des conditions plus faciles que la loi fédérale et ce indépendamment de toute circonstance de temps. Au bout de cette analyse, on peut donc soutenir qu'en cherchant, à travers les différends surgissant en matière de faillite, une méthode d'identification des conflits tout comme un mode de partage des compétences, la jurisprudence, en fin de compte, parvint à bon port, mais, tout comme Ulysse, non sans avoir été ballottée de Charybde en Scylla, ni sans avoir su éviter à l'embarcation de sérieuses avaries.

* * *

Il ressort de ce qui précède que le principe de l'exclusivité des compétences, sans gêner le Parlement, entrave les législatures dans l'accomplissement de leur fonction. Pour corriger sur ce point l'aménagement constitutionnel, il suffirait d'établir une compétence conjointe avec prépondérance des lois fédérales⁶⁷ tout en limitant les conflits aux cas d'incompatibilité logique la plus stricte. Une modification en ce sens, sans affaiblir le pouvoir central, rendrait le système plus fonctionnel. Toutefois, si, à l'occasion d'une révision de la constitution, on visait, par une remise en question de l'équilibre des forces, à renforcer l'autorité provinciale, alors il pourrait être utile de distinguer entre les faillites commerciales et les faillites purement civiles. Tandis que la compétence du Parlement sur les premières contribue, par l'uniformisation du droit, à l'efficacité du marché commun canadien, la compétence sur les secondes pourrait être transférée aux législatures sans incidence appréciable sur l'efficacité de ce marché. La détermination du caractère commercial ou purement civil d'une faillite suscite, il est vrai, des difficultés techniques, mais il est possible de les contourner. En effet, comme les entreprises importantes sont presque toutes constituées en corporation, on pourrait atteindre pratiquement le résultat visé en donnant compétence au Parlement sur la faillite des corporations et aux législatures sur la faillite des personnes physiques.

⁶⁷ Comp. Bohémier, pp. 389-396.