

FAILLITE—SÛRETÉ RÉELLE SANS DÉPOSSESSION CONSTITUÉE EN VERTU D'UNE LOI ÉTRANGÈRE—OPPOSABILITÉ À LA FAILLITE DU DÉBITEUR QUÉBÉCOIS.—Le droit civil québécois progresse vers l'acceptation de principe du gage sans dépossession.<sup>1</sup> La mise en vigueur récente de la Loi sur les cessions de biens en stock étend notablement les possibilités de le constituer.<sup>2</sup>

La sécurité des tiers n'est pas uniquement fondée sur le rôle de la possession en droit civil, qui en tire une présomption de propriété;<sup>3</sup> on la fait alternativement reposer sur l'enregistrement des sûretés.

On constate une tendance similaire, mais plus ancienne,<sup>4</sup> à reconnaître librement au Québec les sûretés étrangères de ce type, qui pourtant n'y sont sujettes à aucune publicité. Pour protéger les tiers, il devient

---

<sup>1</sup> Voir art. 1979a C.c. (nantissement agricole et forestier); art. 1979e C.c. (nantissement commercial); Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q. c. P-16, arts. 27-34. Voir à ce sujet: R.A. Macdonald, *Exploiting the Pledge as a Security Device* (1985), 15 R.D.U.S. 551; Y. Renaud, *Loi des pouvoirs spéciaux des corporations: deux régimes de sûretés?* (1972), 74 R. du N. 383; L. Payette, *La charge flottante*, dans *Meredith Memorial Lectures* (1976-77) pp. 43-79.

<sup>2</sup> Voir Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock, L.R.Q. c. C-53, Section III (introduite par la Loi sur les cessions de biens en stock, L.Q. 1982, c. 55, ancien Projet de loi 97, sanctionné le 16 décembre 1982), en vigueur depuis le 3 juillet 1984 (décret n. 1474-84 du 20 juin 1984).

Voir à ce sujet: J. Auger, *Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stock en vertu de la Loi sur les banques et du droit québécois* (1983), 14 R.D.U.S. 221; Y. Pleau, *Commentaires sur la Loi sur les cessions de biens en stock*, [1983] C.P. du N. 269; Y. Renaud, *La cession de biens en stock: deux régimes, deux sûretés de même nature* (1984), 86 R. du N. 253, 409, 509; R.A. Macdonald, *Inventory Financing in Quebec after Bill 97* (1984), 9 C.B.L.J. 153; R.A. Macdonald, *Modernization of Personal Property Security Law: A Quebec Perspective* (1985), 10 C.B.L.J. 182; R. Demers, *La Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock: quelques problèmes substantiels* (1985), 26 C. de D. 493.

Pour la Loi sur les banques, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, arts. 178-189, voir R.A. Macdonald, *Security Under Section 178 of the Bank Act: A Civil Law Analysis* (1983), 43 R. du B. 1007.

<sup>3</sup> C.c., art. 2268.

<sup>4</sup> Voir par exemple: *Faubert c. Brown* (1938), 76 C.S. 328.

alors nécessaire de faire appel aux principes du droit civil qui donnent la primauté à l'apparence créée par la possession<sup>5</sup> et qui prohibent l'hypothèque mobilière<sup>6</sup> afin d'écarter ces droits étrangers au nom de l'ordre public. C'est ce mécanisme qu'a utilisé en 1983 la Cour supérieure dans l'arrêt *Bossé c. Garage Moreau*.<sup>7</sup>

Cependant, il est plus difficile de suivre ce raisonnement lorsqu'on recherche l'effet d'une telle sûreté au Québec dans le cadre de l'application d'une loi fédérale comme la Loi sur la faillite.<sup>8</sup> C'est ce qu'illustre l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier* jugée en 1983 par la Cour supérieure<sup>9</sup> dont la décision fut infirmée en 1985 par la Cour d'appel.<sup>10</sup>

### *Les faits et prétentions*

La Banque de Nouvelle-Écosse accorde un prêt à Fournier en Ontario. Pour garantir sa créance, celui-ci grève l'automobile, dont il est propriétaire, d'un *chattel mortgage* en faveur de la Banque. Par cette convention, le débiteur garde la possession de l'objet de la sûreté, mais il donne au créancier le droit, en cas de défaut de remboursement du prêt, de le saisir pour le faire vendre et se payer sur le produit de la vente. Le reliquat éventuel ira au débiteur qui conserve un droit de propriété grevé du droit réel du créancier.

Fournier déménage alors pour aller au Québec et y emmène son automobile. Il y fait une cession générale de biens. Il indique au syndic à sa faillite l'existence de la sûreté ontarienne.

La Banque de Nouvelle-Écosse présente une réclamation de bien au syndic, en se prévalant de sa garantie afin de la réaliser avant le partage des biens du failli. Le syndic rejette cette réclamation. Selon lui, la Banque ne détenait qu'une créance ordinaire et devait donc être colloquée avec les autres créanciers non garantis. La banque présente alors une requête en jugement déclaratoire pour se faire reconnaître le statut de créancier garanti, aux fins de la Loi sur la faillite. La Cour supérieure rejette cette requête le 31 mars 1983. La Cour d'appel infirme le jugement, le 29 avril 1985.

<sup>5</sup> C.c., art. 2268: "La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre."

<sup>6</sup> C.c., art. 2022: "Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque . . .".

<sup>7</sup> C.S. Kamouraska, n. 250-05-000099-804, 4 février 1982; (1983), 29 R.D. McGill 187. Voir G. Goldstein, L'arrêt *Bossé c. Garage Moreau* et la reconnaissance du *chattel mortgage* en droit international privé québécois (1983), 29 Rev. Dr. de McGill 164.

<sup>8</sup> Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B-3.

<sup>9</sup> C.S. Québec, n. 600-11-000066-82, 31 mars 1983 (inédit), suivi dans *Cloutier c. Trottier, Michaud & Associés, et Banque Royale du Canada, C.S. Trois-Rivières*, n. 400-11-000138-83, 27 octobre 1983.

<sup>10</sup> [1985] C.A. 301.

### *Les motifs de la Cour supérieure*

La Loi sur la faillite définit le “créancier garanti” dans l’article 2, qui énonce:

“créancier garanti” signifie une personne détenant un *mortgage*, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur . . . à titre de garantie d’une dette échue ou à échoir . . .

Selon la Cour supérieure, cependant, la définition même des droits réels, auxquels cette qualité fait référence, fait partie du domaine exclusif des droits provinciaux, puisque la loi fédérale sur la faillite se réfère aux lois provinciales quant à l’existence des droits réels susceptibles de constituer une garantie dont on peut se prévaloir en cas de faillite.<sup>11</sup> Or, en cas de reconnaissance au Québec d’une sûreté étrangère, c’est la règle de conflit québécoise qui y détermine sa validité et ses effets. Cette règle se trouve à l’article 6 alinéa 2 du Code civil qui se lit comme suit:

Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire. C’est cependant la loi du Bas Canada qu’on leur applique dans les cas où il s’agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et des droits de gage, des contestations sur la possession . . .

La Cour estime que le droit issu du *chattel mortgage* a la nature d’un “gage sans dépossession” avec clause de réserve de propriété.<sup>12</sup> Elle applique alors la disposition ci-dessus en l’interprétant comme si la seconde phrase de cet alinéa décidait que le facteur de localisation des gages était le lieu de situation du meuble grevé.<sup>13</sup> Par conséquent, le meuble se trouvant au Québec, c’est la loi “du Bas-Canada” qu’on lui applique. Or, l’article 2022 C.c. “écarte . . . la notion d’hypothèque, rendant inopérant le ‘chattel mortgage ontarien’”.<sup>14</sup>

Selon ce raisonnement, la Banque ne détient aucune garantie au Québec, même lors de l’application de la Loi sur la faillite puisque, comme le conclut la Cour:<sup>15</sup>

. . . l’existence de sûretés au Québec relève du droit civil et . . . la qualification de “créancier garanti” est assujettie à ses règles.

### *Les motifs de la Cour d’appel*

La Cour d’appel confirme d’abord partiellement le raisonnement de la Cour de première instance, relatif au partage de compétence entre la loi fédérale sur la faillite et la loi provinciale applicable. Selon elle, l’article 2 de la loi fédérale définit effectivement le “créancier garanti” par référence

<sup>11</sup> *Supra*, note 9, texte de la décision, à la p. 6, où le juge cite un passage de l’arrêt *Riordon Company, Ltd. c. John W. Danforth Company*, [1923] R.C.S. 319, à la p. 324.

<sup>12</sup> *Ibid.*, à la p. 3.

<sup>13</sup> *Ibid.*, à la p. 4.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, à la p. 7.

aux lois provinciales qui déterminent l'existence des droits réels. Mais la Cour ajoute:<sup>16</sup>

La juridiction de la *Loi sur la faillite* s'étend à tout le Canada . . . elle respecte toute convention à laquelle un failli a pu consentir et dans laquelle une garantie est créée, à la condition que cette convention soit conforme à la loi de la province où elle est conclue (*Re Ferme St-Antoine Ltée: Cité de Montréal c. Duclos* (1941) 70 B.R. 124, 128 et 129).

Ceci signifie premièrement que l'opinion de la Cour d'appel diverge de celle du tribunal de première instance au sujet de la loi provinciale gouvernant l'existence, ou la validité du droit réel. Pour la Cour d'appel, c'est la loi du lieu de conclusion du contrat qui détermine la création de la garantie et non celle du lieu de situation du meuble. Il s'agit en l'espèce de la loi de l'Ontario, et non plus de la loi québécoise. Deuxièmement, la Cour d'appel distingue de la question de l'existence du droit réel, celle de son effet, en matière de faillite. Quand cette Cour énonce, relativement à la loi fédérale qu'"elle respecte toute convention . . .", cela revient à affirmer qu'une fois la garantie *créée* selon la loi relative à sa création, celle du lieu de conclusion de l'acte, *seule* la loi de la faillite est apte à déterminer l'effet de cette sûreté en matière de faillite.<sup>17</sup> Ceci est en opposition avec l'opinion de la Cour supérieure qui déclarait que l'"existence de sûretés au Québec relève du droit civil".

En l'espèce, il suffisait, selon la Cour d'appel de vérifier que le contrat était valide selon la loi du lieu de sa passation (il l'était effectivement en Ontario) et qu'il créait un droit réel à titre de garantie sur le meuble.<sup>18</sup> Ces conditions étant réunies, le syndic devait en conséquence remettre l'automobile à la Banque.

Cette décision soulève un certain nombre de questions intéressant le droit constitutionnel, le droit international privé et le droit des biens. Dans ce commentaire nous nous concentrerons sur trois problèmes:

- 1) La délimitation des domaines de la Loi sur la faillite et de celle gouvernant la validité et l'effet de la sûreté réelle sans dépossession.
- 2) La loi applicable à la validité et à l'effet des droits réels étrangers dont on veut se prévaloir au Québec.
- 3) L'opposition actuelle du droit civil québécois à la reconnaissance d'une sûreté réelle étrangère sans dépossession.

<sup>16</sup> *Supra*, note 10, à la p. 302.

<sup>17</sup> Voir, dans le sens d'une telle délimitation, en droit international privé, au moins: P. Mayer, *Les conflits de lois en matière de réserve de propriété* après la loi du 12 mai 1980 (1981), J.C.P.I. 3019, n. 8. Voir aussi J.G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, (2<sup>ème</sup> ed., 1986), pp. 496-499; J. McLeod, *The Conflict of Laws* (1983), p. 440. On pourrait y voir une forme de "renvoi"; voir en ce sens E. Edinger, *Renvoi in Canada—Form and Availability* (1984), 14 Man. L.J. 35, à la p. 44.

<sup>18</sup> *Supra*, note 10, à la p. 302.

*La délimitation des domaines de la Loi sur la faillite  
et de la loi gouvernant la validité et les effets  
d'une sûreté réelle sans dépossession*

En définissant la qualité de créancier garanti, l'article 2 de la Loi sur la faillite a cherché à énumérer toutes les sûretés réelles créées par les différentes provinces pour uniformiser le droit de la faillite au Canada.<sup>19</sup> Il existe cependant une faille dans cette méthode: la loi fédérale ne tient pas compte du cas où un créancier bénéficie d'un droit réel créé valide-ment dans une première province, mais dont l'effet en matière de faillite est réclamé dans une seconde, qui ne reconnaît pas la validité de ce droit. Si la définition des droits réels, aux fins de l'article 2 de la loi fédérale, appartient aux droits provinciaux, de la même façon, on peut soutenir par extension que seul un droit provincial, celui du lieu où l'on cherche à se prévaloir de cette sûreté créée dans une autre province, doit décider si ce droit y aura des effets. C'est ce raisonnement que défend la Cour supérieure.

1) *La solution de la Cour supérieure*

La Cour supérieure suit sur ce point l'arrêt *John W. Danforth Co. c. The Riordon Co. Ltd.*<sup>20</sup> où la Cour d'appel, en 1923, dans une affaire purement interne au Québec, avait déclaré au sujet d'un privilège légal, qu'au sens de la loi sur la faillite, était créancier garanti au Québec celui qui, selon la loi québécoise, détenait à titre de garantie, un droit réel *reconnu par* le droit québécois.<sup>21</sup> Dans notre espèce, bien que le droit existât en Ontario selon la loi ontarienne, la faillite ayant été déclarée au Québec où se trouvait l'objet de la sûreté et le droit québécois ne reconnaissant pas l'existence de ce droit réel ontarien, le créancier n'était pas garanti au Québec.

La Cour se réfère aussi à des arrêts ontariens où l'on aurait reconnu en Ontario la validité de sûretés mobilières extraprovinciales, si toutefois le créancier les y avait enregistrées, ainsi que leur opposabilité soit à un

<sup>19</sup> Voir en ce sens, l'arrêt *Riordon Company, Ltd. c. John W. Danforth Company*, *supra*, note 11, où M. le juge Duff à la p. 324 cite un passage du jugement de la Cour d'appel ([1923] 1 D.L.R. 843, aux pp. 845-846 (M. le juge Greenshields)); voir aussi: A. Bohémier, *La faillite en droit constitutionnel* (1972), pp. 24 et *seq.*

<sup>20</sup> [1923] 1 D.L.R. 843 (C.A. Qué.).

<sup>21</sup> *Ibid.*, par M. le juge Greenshields, à la p. 846 (mots mis en italiques par l'auteur):

I take it that I am on safe ground when proceeding to decide whether a creditor in the Province of Quebec is a secured creditor within the meaning of the Act, to ascertain . . . whether under the law of this Province he is the holder of a privilege *recognised* by the law of this Province. If he is the holder of a privilege, then I should say he is a secured creditor within the meaning of sec. 2(*gg*) of the Act.

Incidemment, il apparaît curieusement que, dans le même extrait cité par la Cour supérieure, on a omis le passage crucial, selon nous, au soutien de cette thèse: "*recognised* by the law . . . holder of a privilege".

tiers, dans *Century Credit Corporation c. Richard*,<sup>22</sup> soit au syndic à la faillite du débiteur, dans *Re Fuhrmann and Miller*.<sup>23</sup> La Cour distingue cependant cette jurisprudence de celle du Québec, parce que le facteur de rattachement de la règle de conflit ontarienne, relative à la validité d'un droit réel, est différent de celui retenu par l'article 6 alinéa 2 du C.c.<sup>24</sup>

Cette question se retrouvera lorsque nous traiterons du second problème posé par l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*. Pour l'instant, il suffit d'ajouter que, dans le sens du résultat obtenu par la Cour supérieure, c'est-à-dire le refus d'opposabilité du *chattel mortgage* extraprovincial au syndic à la faillite du débiteur, la jurisprudence de *common law* la plus récente peut effectivement être citée. Ainsi, dans *Re Cameron and Cameron*,<sup>25</sup> il a été décidé en 1984 par la Cour suprême de Nouvelle-Écosse que le défaut d'enregistrement en cette province d'un *chattel mortgage*, valide et enregistré en Alberta au sujet d'un meuble en Nouvelle-Écosse au moment du procès, avait pour conséquence de retirer toute possibilité au créancier de l'opposer au syndic à la faillite en Nouvelle-Écosse.

Encore plus récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé en 1985 dans *Re Adair*<sup>26</sup> qu'un contrat de vente conditionnelle avec clause de réserve de propriété, passé en Floride, était inopposable au syndic à la faillite du débiteur dans l'Ontario parce que le créancier n'y avait pas enregistré sa sûreté, en application de l'article 22(1) du Personal Property Security Act ontarien.<sup>27</sup>

## 2) La solution selon la Cour d'appel

Pour la Cour d'appel, si l'existence de la validité de la sûreté dépendait d'une loi provinciale (celle du lieu de passation de l'acte), son effet en matière de faillite relevait d'une autre loi: la Loi sur la faillite qu'on peut implicitement analyser comme compétente en tant que loi du tribunal saisi (*lex fori*), identique, en l'espèce, dans tout le Canada.

En effet, estime la Cour d'appel à juste titre, si par le biais de l'enregistrement la loi ontarienne, par exemple, limite en Ontario l'effet en matière de faillite de la sûreté étrangère en la déclarant inopposable au syndic, ce type de loi n'atteint aucunement la *validité* en soi de la sûreté.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> (1962), 34 D.L.R. (2d) 291, [1962] O.R. 815 (C.A. Ont.).

<sup>23</sup> (1977), 24 C.B.R. (N.S.) 208 (C.S. Ont.).

<sup>24</sup> *Supra*, note 9, texte de la décision, aux pp. 5-6. La Cour supérieure estime que le facteur de rattachement des droits réels, en droit international privé de *common law*, est le lieu du transfert de propriété à la différence du Québec où, selon elle, on retient le lieu de situation du meuble. L'exactitude de ces deux propositions est loin d'être démontrée, comme nous le verrons, *infra*, à la p. 732.

<sup>25</sup> (1984), 63 N.S.R. (2d) 103 (C.S.N.E.).

<sup>26</sup> (1985), 54 C.B.R. (N.S.) 281 (C.A. Ont.).

<sup>27</sup> R.S.O. 1980, c. 375; am. par S.O. 1981, c. 2; S.O. 1981, c. 58.

<sup>28</sup> *Supra*, note 10, à la p. 303, citant *Re Fuhrmann and Miller*, *supra*, note 23: "[L]a

Mais au Québec, soutient implicitement la Cour, il n'existe aucune loi affectant l'effet en matière de faillite d'un droit réel dont la validité est reconnue. Autrement dit, en matière de faillite, la loi applicable à l'effet du droit réel, la loi du for qui se trouve être une loi fédérale, permet au créancier ontarien de s'en prévaloir au Québec.

Si la Cour d'appel distingue ces deux étapes, c'est parce qu'elle a choisi une autre règle de conflit, en matière de validité d'un droit réel, que la Cour supérieure. Pour cette dernière, puisque la loi québécoise ne reconnaît pas l'existence de la sûreté, il n'est pas nécessaire d'analyser son effet au Québec.

La Cour d'appel a donc choisi une règle de conflit de lois, la règle contractuelle, plus respectueuse des sûretés sans dépossession que ne le serait la règle de conflit réelle (l'article 6 alinéa 2 du C.c.), étant donné que le principe actuel de prohibition du gage sans dépossession du droit québécois pourrait conduire à les écarter purement et simplement, comme l'a décidé la Cour supérieure. Ceci constitue la différence fondamentale avec les provinces de *common law* qui, ayant adopté comme règle de conflit la loi du lieu de situation du meuble (*lex situs*),<sup>29</sup> appliquent leurs lois à partir du moment où ce meuble est situé dans leur juridiction, tout en maintenant un régime équitable envers toutes les parties au moyen de l'enregistrement des sûretés étrangères.

Dans ces provinces en effet, l'issue de la question de l'opposabilité de la sûreté au syndic dépendra soit de la possession effective du meuble, soit des formalités d'enregistrement.<sup>30</sup> Au Québec actuellement le seul

---

Cour suprême de l'Ontario trancha en faveur de la deuxième convention, laquelle était, par le fait même, reconnue valide quoique passée dans une autre province, vu qu'en l'occurrence et contrairement au cas de la vente conditionnelle, le *chattel mortgage* ne requerrait aucun enregistrement dans l'Ontario." Cette interprétation est très contestable, comme nous le montrerons, *infra*, aux pp 733-734. Mais cette décision ontarienne illustre néanmoins parfaitement cette proposition que la loi ontarienne (P.P.S.A.) n'affecte aucunement la validité (ou l'existence) de la sûreté extraprovinciale. En effet, dans cette affaire où deux créanciers se disputaient un meuble à l'occasion de la faillite du débiteur, la Cour d'appel reconnaît à une sûreté la primauté sur la seconde, parce que seule la première avait été enregistrée en Ontario. Mais la Cour décide aussi que le reliquat de la vente du meuble devait revenir au second créancier, "non enregistré", de préférence au syndic. Ceci démontre bien que la seconde sûreté même non enregistrée demeure valide en Ontario, bien que son effet y soit régi par la loi ontarienne.

<sup>29</sup> Voir notamment: *McAloney c. McInnis and General Motors Acceptance Corporation* (1955), 37 M.P.R. 131 (C.S.N.E.); *Century Credit Corporation c. Richard*, *supra*, note 22. Voir, plus récemment: *Maden c. Long*, [1983] 1 W.W.R. 649, 41 B.C.L.R. 6 (C.S.C.B.). Cette règle provient du droit anglais, notamment de l'arrêt *Cammell c. Sewell* (1860), 5 H. & N. 728, 157 E.R. 1371, suivi récemment dans *Winkworth c. Christie Manson and Woods Ltd.*, [1980] 1 Ch. 496.

<sup>30</sup> Voir par exemple: art. 22(1) du Personal Property Security Act de l'Ontario, *supra*, note 27; art. 22(1) du P.P.S.A. du Manitoba, (Personal Property Security Act, S.M. 1973, c. P-35, am. par S.M. 1977, c. 28; S.M. 1977, c. 61, art. 10; S.M. 1978, c. 21; S.M. 1979, c. 32); article 20(1)(d) du Personal Property Security Act de la Saskatchewan (S. Sask., 1979-80, c. P.6.1).

choix possible se limite soit à accepter en bloc ces sûretés étrangères, soit à les rejeter toutes. Par conséquent, au moins en ce qui concerne les faillites, la stratégie consiste à choisir la meilleure règle de conflit qui atteigne l'un ou l'autre but. C'est l'objet de notre second point.

*La loi applicable à la validité et à l'effet des droits réels étrangers dont on veut se prévaloir au Québec*

1) *La solution du Code civil*

Selon le Code civil, on peut utiliser deux articles pour localiser les situations internationales mettant en jeu des droits réels. Ou bien on les localise par leur source. Comme la source principale des droits réels se trouve être le contrat, on fera régir l'existence de ceux-ci par la loi gouvernant l'acte lui-même. C'est l'application de l'article 8 du Code civil, et la thèse choisie par la Cour d'appel dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*. Ou bien on a recours à la règle de l'article 6 alinéa 2 du Code civil, traitant des meubles, en les soumettant en principe à la loi du domicile du propriétaire. Mais le même article indique que, par exception, la loi québécoise s'applique aux questions de gages, de privilèges, de contestation sur la possession. Ce texte pose deux problèmes. Pratiquement, il est inutilisable lorsque l'objet du litige est justement de déterminer qui est le propriétaire des meubles. Logiquement, il est difficile de comprendre quels sont les cas "exceptionnels" où la loi québécoise s'applique, semble-t-il à l'exclusion de toute loi étrangère. De plus, le domaine couvert par ces exceptions semble si vaste qu'elles tendent à prendre figure de principe. La doctrine a éclairci le sens de cette disposition.

2) *L'apport de la doctrine*

La doctrine québécoise<sup>31</sup> a cherché à interpréter le sens de l'article 6 alinéa 2 C.c. à la lumière de l'Ancien Droit ainsi que par la logique. En effet, historiquement, avant la mise en vigueur du Code Napoléon, la loi du domicile du propriétaire ne régissait que les meubles en cas de dévolution successorale. Pour les autres cas, ils étaient régis par la loi du lieu de leur situation, comme les immeubles. Par ailleurs, le texte de l'article 6 alinéa 2 demande logiquement que l'on détermine le chef de compétence de la loi québécoise en ce qui concerne les "exceptions" comme les

---

<sup>31</sup> Voir J. Talpis, *The Law Governing the Domain of the "Statut Réel" in Contracts for the Transfer Inter Vivos of Moveable Property Ut Singuli in Quebec Private International Law* (1970), 73 R. du N. 275, aux pp. 356, 501; J. Talpis, *The Law Governing the "Statut Réel" in Contracts for the Transfer Inter Vivos of Moveables "Ut Singuli" in Quebec Private International Law* (1972), 13 C. de D. 305; J. Talpis, *Search for a Choice of Law Rule to Govern the Domain of the STATUT RÉEL in contracts for the Transfer Inter Vivos of Moveables UT SINGULI in Québec Private International Law* (1973), 8 R.J.T. 111.



questions de possession, etc. La réponse à ce problème donnera un facteur de rattachement bilatéralisable. On obtiendra ainsi le vrai principe régissant les questions de droit réel relatives aux meubles pris à titre particulier.

Comme l'étude historique le confirme, c'est le lieu de situation du meuble qui constitue le seul facteur de rattachement logique. Si la loi québécoise s'applique aux questions énumérées comme "exceptionnelles", c'est lorsque le meuble sur lequel elles portent est *situé* au Québec. A l'instar du droit français, la doctrine précise alors qu'il faut distinguer entre l'existence même du droit réel (sa validité), soumise à la loi du lieu de situation au moment de sa création, et ses effets, régis par la loi du lieu de situation, au moment où ils sont réclamés.<sup>32</sup>

### 3) Comment a réagi la jurisprudence?

#### a) La jurisprudence québécoise

Dans la quasi-majorité des cas,<sup>33</sup> la jurisprudence a évité le problème d'interprétation en appliquant la règle de conflit contractuelle de l'article 8 du Code civil.<sup>34</sup> Ceci est vrai lorsque le litige oppose les parties même au contrat à l'origine du droit réel, comme dans l'arrêt *Faubert c. Brown*,<sup>35</sup> mais également lorsqu'un propriétaire veut opposer son titre à un tiers

<sup>32</sup> Voir Talpis, *loc. cit.*, note 31, 13 C. de D. 305, à la p. 386 *et seq.*; V. Nabhan et J. Talpis, *Le droit international privé québécois et canadien de la protection juridique du consommateur* (1973), 33 R. du B. 330, aux pp. 356-358; J. Talpis, *Recognition of Non-Possessory Security Interests in Quebec Private International Law* (1977), 8 R.D.U.S. 165, aux pp. 181 *et seq.*

<sup>33</sup> *The Rhode Island Locomotive Works c. The South Eastern Railway Co.* (1887), 31 L.C.J. 86 (B.R. Qué.); *The United Shoe Co. c. Caron* (1904), 11 R. de J. 59, à la p. 64 (C.S. Qué.); *Williams c. Nadon* (1907), 32 C.S. 250; *In re Brupbacher Silk Mills Ltd.* (1933), 17 C.B.R. 201 (C.S. Qué.); *Faubert c. Brown* (1938), 76 C.S. 328; *Beaudoin et Sylvain c. J.W. MacDonald Limited*, [1953] C.S. 156; *Union Acceptance Corp. Ltd. c. Guay and MacDonald*, [1960] B.R. 827; *General Motors Acceptance Corporation c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017; *Bossé c. Garage Moreau*, *supra*, note 7; *Trans Canada Credit Corp. c. Lafrenière*, [1982] C.P. 247; *General Motors Acceptance Corporation c. Arnold*, [1984] R.L. 513 (C.P. Qué.); *contra: Gauthier c. Bergeron*, [1973] C.A. 77, à la p. 87 (commentaires: E. Groffier, *La responsabilité civile de fait d'autrui en droit québécois* (1973), 33 R. du B. 362, aux pp. 362-375, et par J. Talpis, *Conflit de juridictions—Conflit de lois—Responsabilité du propriétaire d'une automobile—Qualifications* (1973), 51 R. du B. can. 690.

<sup>34</sup> Talpis, *loc. cit.*, *supra*, note 31, 73 R. du N. 275, aux pp. 286-293; E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (3ème éd., 1984), no. 192; J.G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), pp. 363-364; Goldstein, *loc. cit.*, note 7.

<sup>35</sup> *Supra*, note 33; voir aussi *General Motors Acceptance Corporation c. Arnold*, *supra*, note 33. Voir G. Goldstein, *L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur: commentaire de G.M.A.C. c. Arnold* (1984), 30 R.D. McGill 143.

étranger au contrat, qui a acheté de bonne foi le meuble à un cocontractant malhonnête, comme dans *Union Acceptance Corp. Ltd. c. Guay and MacDonald*.<sup>36</sup>

On mesure donc l'originalité de la décision de la Cour supérieure, qui retient la qualification réelle de l'article 6 al. 2 C.c., avec le lieu de situation du meuble comme facteur de rattachement dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*: pour la première fois,<sup>37</sup> la jurisprudence allait clairement dans le même sens que la doctrine. Cependant, dans cette affaire de faillite, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour supérieure parce qu'il lui a semblé plus propice à l'uniformisation de la faillite au Canada de classer, comme d'habitude, la situation dans la catégorie "contractuelle".

Les deux cours prétendent par ailleurs rejoindre la jurisprudence de *common law*. Il faut donc examiner celle-ci pour saisir l'évolution générale de la reconnaissance des sûretés réelles au Canada et comprendre la position de chacune des cours dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*.

b) *La jurisprudence des provinces canadiennes de common law: aspect comparatif*

À l'origine, la *common law* reconnaît le droit du propriétaire étranger venant, par exemple dans l'Ontario, opposer sa sûreté à un tiers acheteur en cette province.<sup>38</sup> On applique alors la *lex situs*, c'est-à-dire la loi du lieu de situation au moment du transfert ou de la création d'un droit, pour déterminer, en Ontario par exemple, la validité de celui-ci. Lorsque le propriétaire s'est opposé au cocontractant à l'acte transférant ou créant un droit réel, on a préféré utiliser l'analyse contractuelle en matière de validité du droit réel, au lieu de situation actuelle du meuble.<sup>39</sup> À ce stade d'évolution, quelle que soit la règle de conflit, on a donc reconnu l'effet du droit réel créé selon l'une ou l'autre loi. Plus tard, des dispositions statutaires ont transformé le principe de *common law*, par lequel le propriétaire gardait son titre ("nemo dat quod non habet") de préférence au tiers acheteur, même de bonne foi: le propriétaire dû alors enregistrer son titre pour l'opposer à ce dernier.<sup>40</sup> Le propriétaire étranger fut d'abord exonéré de cette formalité. Plus tard, on lui a également

<sup>36</sup> *Supra*, note 33; voir aussi *The United Shoe Co. c. Caron*, *supra*, note 33; *Bossé c. Garage Moreau*, *supra*, note 7.

<sup>37</sup> Voir cependant: *Neugent c. Canadian Rock Products Ltd.*, arrêt non publié, C.A. Montréal, 1001, 29 février 1936, cité dans Talpis, *loc. cit.*, note 31. 73 R. du N., à la p. 357 et *seq.*, et dans Groffier, *op. cit.*, note 34, no. 193.

<sup>38</sup> Voir par exemple *Jones c. Tvohey* (1908), 8 W.L.R. 295, à la p. 297 (C.S. Alta.).

<sup>39</sup> Voir *Re Hudson Fashion Shoppe Ltd.*, [1926] 1 D.L.R. 199, à la p. 203 (D.A. Ont.).

<sup>40</sup> Voir Goldstein, *loc. cit.*, note 7, aux pp. 174-175.

<sup>41</sup> *Ibid.*

demandé de s'y plier.<sup>41</sup> Par conséquent, et cette solution se maintient de nos jours, si le propriétaire ou le créancier veut opposer son droit ou sa sûreté à un tiers au lieu de situation actuelle du meuble, il doit l'y enregistrer s'il n'en a pas la possession, en vertu de la règle de conflit de la "lex situs".<sup>42</sup> La loi du lieu de situation actuelle gouverne donc l'effet du droit réel ou de la sûreté, alors que sa validité est soumise à celle du lieu de situation originelle, lors du transfert du droit.

Au contraire, si le propriétaire ou le créancier veut se prévaloir de son droit ou de sa sûreté à l'encontre de son débiteur ou du cocontractant (affaire *inter partes*), il n'a pas besoin de l'enregistrer au lieu de situation actuelle du bien, même s'il n'en a pas la possession, et la loi de cette juridiction reconnaît l'effet de ce droit réel si sa validité est conforme à la loi du lieu de conclusion du contrat (plus précisément, à la "proper law" de celui-ci).<sup>43</sup>

Nous voyons donc clairement à quelle situation mène chaque règle du conflit, réelle ou contractuelle.

Un point reste cependant à déterminer: dans quelle catégorie, tiers ou partie au contrat créateur de droit réel, faut-il classer le syndic à la faillite du débiteur?

La jurisprudence québécoise et celle des provinces de *common law* s'accordent à décider que la position du syndic dépend de la fonction particulière qu'il remplit dans chaque opération. Au Québec, l'arrêt *In re Ménard*<sup>44</sup> a nettement affirmé que lorsque le syndic invoque les vices de forme ou de fond d'une garantie pour la déclarer inopposable à la faillite, il représente alors l'ensemble des créanciers et non la personne du débiteur. De la même façon, les lois des provinces canadiennes de *common law* assimilent le syndic à un tiers vis-à-vis du créancier muni d'une sûreté extraprovinciale et, si la validité de celle-ci est régie par la loi du lieu de situation au moment de sa création, son opposabilité au syndic est néanmoins strictement dépendante de l'accomplissement des formalités d'enregistrement.

<sup>42</sup> Voir par exemple: *Bank of Nova Scotia c. Gaudreau* (1984), 4 P.P.S.A.C. 158 (H.C. Ont.); *Alberta Treasury Branches c. Granoff* (1985), 58 B.C.L.R. 370 (C.A.C.B.); *Re Bédard* (1983), 3 P.P.S.A.C. 29 (C.S. Ont.); *Royal Bank of Canada c. 216200 Alberta Ltd.* (1983), 3 P.P.S.A.C. 112 (B.R. Sask.); *Trans Canada Credit Corp. Ltd. c. Bachand* (1980), 117 D.L.R. (3d) 653, 30 O.R. (2d) 40, 1 P.P.S.A.C. 185 (C.A. Ont.); *Demos c. Niagara Finance Co. Ltd.* (1980), 1 P.P.S.A.C. 96 (Co. Ct. Man.); *General Motors Acceptance Corporation of Canada Ltd. c. Hubbard* (1978), 87 D.L.R. (3d) 39, 37 A.P.R. 49 (D.A.N.B.). Voir aussi: Castel, *op. cit.*, notes 17, pp. 417-420, note 22 à 28.

<sup>43</sup> Voir en ce sens: *Re Fuhrmann and Miller*, *supra*, note 23.

<sup>44</sup> (1962), 3 C.B.R. (N.S.) 309 (C.S. Qué.); voir Y.J. Goldstein, Le créancier garanti face au syndic, [1983] C.P. du N. 238, n. 48; R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 9 C.B.L.J. 153, à la p. 167, note 38.

Nous avons vu, par exemple, que dans *Re Cameron*<sup>45</sup> et dans *Re Adain*<sup>46</sup> l'absence d'enregistrement fut jugée fatale à un *chattel mortgage* et à une clause de réserve de propriété, déclarés inopposables au syndic à la faillite du débiteur.

Curieusement, la Cour supérieure, dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fourni*, a estimé que la seule différence entre le droit civil québécois et ceux des autres provinces canadiennes, en cette matière, consistait en ce qu'à l'opposé de l'article 6 alinéa 2 C.c., retenait, selon elle, la règle de la loi du lieu de situation, la jurisprudence inspirée du droit anglais consacrait la loi "contractuelle", celle du "lieu du transfert de propriété".<sup>47</sup>

A cet effet, la Cour supérieure cite l'arrêt ontarien *Century Credit Corporation c. Richard*.<sup>48</sup> Or il se trouve, avec tout le respect dû au juge de la Cour supérieure, que la règle de conflit des provinces de *common law*, relative aux litiges opposant un créancier ou un propriétaire à un tiers au contrat ayant créé la sûreté, consacre bien la loi du lieu de situation du meuble lors de chaque transfert et non celle du "lieu du transfert de propriété".<sup>49</sup> Il se trouve aussi que l'arrêt *Century Credit Corporation c. Richard* est l'autorité la plus citée depuis vingt ans au soutien de la loi du lieu de situation. Il n'est pas de même, en général, au Québec, malgré l'affirmation de la Cour supérieure, à l'effet qu'"au Québec, . . . l'on favorise la loi du 'situs' du bien".<sup>50</sup>

C'est précisément ce que se charge de rappeler la Cour d'appel, qui choisit résolument la qualification contractuelle.

On comprend pourquoi: puisqu'au Québec, le syndic à la faillite du débiteur est également considéré comme un tiers vis-à-vis du créancier muni d'une garantie mobilière, dans une affaire opposant ce tiers particulier au créancier, il faudrait se résigner à appliquer la loi du lieu de situation actuelle. Celle-ci, loi québécoise, permettrait au syndic, par le biais de l'article 2022 C.c., d'écarter systématiquement toute sûreté étrangère sans dépossession non prévue par le droit civil (ou par l'article 178 de la Loi sur les banques<sup>51</sup>).

Le Cour d'appel cite trois espèces de *common law*, parmi lesquelles l'arrêt *Re Fuhrmann and Miller*,<sup>52</sup> qui applique en matière de *chattel mortgage* les solutions de l'arrêt *Century Credit Corporation c. Richard*.

<sup>45</sup> *Supra*, note 25.

<sup>46</sup> *Supra*, note 26.

<sup>47</sup> *Supra*, note 9, texte de la décision, à la p. 5.

<sup>48</sup> *Supra*, note 22.

<sup>49</sup> Voir *Maden v. Long*, *supra*, note 29.

<sup>50</sup> *Supra*, note 9, texte de la décision, aux pp. 5 et 6.

<sup>51</sup> *Supra*, note 2.

Elle tire sa solution de cette jurisprudence. Elle cite l'affaire *Farley and Grant*,<sup>53</sup> relative à un conflit mobile entre le Québec et l'Ontario, où le vendeur conditionnel québécois s'était vu refuser l'exercice de sa garantie sur le meuble en Ontario à cause du défaut d'enregistrement en cette dernière province. La Cour conclut:<sup>54</sup>

*A contrario*, . . . si l'article 10 [relatif à l'enregistrement dans l'Ontario] avait été respecté, le jugement aurait reconnu l'application de la garantie accordée par la loi du lieu d'origine de la convention.

Elle poursuit en interprétant l'affaire *Re Fuhrmann and Miller*<sup>55</sup> comme une autre application de cette règle: un *chattel mortgage* passé en Colombie Britannique est reconnu en Ontario, selon la Cour, malgré le défaut d'enregistrement. Elle permet au vendeur originel d'y exercer sa garantie, de préférence au détenteur d'une vente conditionnelle, également extraprovinciale et non enregistrée en Ontario, parce que la première garantie, au contraire de la seconde, ne devait pas y être enregistrée.<sup>56</sup>

Incidentement, il semble que la Cour d'appel ait été fortement induite en erreur relativement aux faits de cet arrêt. En réalité, il s'agissait d'une opposition entre un vendeur conditionnel de la Colombie Britannique qui, sans y avoir enregistré son contrat, cherchait à obtenir préférence en Ontario sur un créancier de son acheteur conditionnel, muni d'un *chattel mortgage* passé postérieurement en Ontario et bien enregistré. La Cour ontarienne donne effet au *chattel mortgage*, de préférence à la vente conditionnelle, pour l'unique raison que seul le premier y avait été enregistré. Dans *Re Fuhrmann and Miller*, la Cour suprême de l'Ontario réaffirme cependant la règle énoncée dans *Century Credit Corporation c. Richard*, à savoir qu'à l'époque, la vente conditionnelle extraprovinciale n'avait pas à être enregistrée dans l'Ontario pour y être valide et exécutoire.<sup>57</sup> L'arrêt conclut d'ailleurs que le syndic à la faillite de l'acheteur, qui demandait à la Cour à quel créancier remettre l'objet de la garantie, n'avait donc aucun droit sur celui-ci, dans le cas où sa vente ferait

<sup>52</sup> *Supra*, note 23.

<sup>53</sup> (1936), 17 C.B.R. 87 (C.S. Ont.).

<sup>54</sup> *Supra*, note 10, à la p. 303.

<sup>55</sup> *Supra*, note 23.

<sup>56</sup> *Supra*, note 10, à la p. 303.

<sup>57</sup> *Supra*, note 23, à la p. 210:

The principle laid down by the Court of Appeal in the *Century Credit* case is that stated by the rules in Dickey's Conflict of Laws, 7th ed., rules 86 and 88, the effect of which is, in the words of Kelly J.A. (*supra*, note 22, aux pp. 239 (D.L.R.), 817 (O.R.)):

Applying these rules to the present facts, the absence of registration in Ontario is not a circumstance invalidating the contract in Ontario and the title reserved by the respondent will remain valid in Ontario unless and until it is superseded by a valid title acquired in accordance with the laws of Ontario.

apparaître un surplus par rapport à la dette envers le détenteur de *chattel mortgage*, et qu'il faudrait remettre ce surplus au vendeur conditionnel.<sup>58</sup> Ceci va donc dans le sens du principe retenu par la Cour d'appel du Québec, selon lequel, en l'absence de disposition spéciale exigeant l'enregistrement, on doit reconnaître au lieu de la situation actuelle du meuble, l'effet créateur de garantie d'un contrat valablement passé selon une *lex contractus* extraprovinciale. Or, le droit québécois actuel ne réclame aucun enregistrement de sûreté extraprovinciale sans dépossession. Il faut donc donner ici un effet à cette garantie, en matière de faillite, tout au moins.

À cet effet, la Cour cite encore l'arrêt *Century Credit Corp. c. Richard* et souligne qu'en l'absence d'un article du Sale of Goods Act de l'Ontario,<sup>59</sup> créant un droit semblable à celui de l'article 2268 C.c. en droit québécois, la vente conditionnelle passée au Québec aurait été reconnue dans l'Ontario malgré le défaut d'enregistrement parce qu'une telle vente extraprovinciale ne devait pas y être enregistrée.<sup>60</sup>

Par ailleurs, on peut s'interroger aussi sur la qualification utilisée par la Cour d'appel. En effet, celle-ci affirme que:<sup>61</sup>

. . . l'erreur de droit commise par le premier juge découle du fait qu'il a construit son raisonnement sur l'application de l'article 6 C.C. alors qu'il aurait dû le faire à partir de l'article 7.

Pourquoi l'article 7 du Code civil, relatif à la validité formelle des actes, et non l'article 8, régissant leur fond? Il est clair qu'un contrat étranger, pour être valable au Québec, doit remplir à la fois les conditions de validité formelle et celle de validité de fond. La Cour d'appel semble ici considérer comme une question purement formelle l'enregistrement d'une sûreté. Si cette qualification peut se défendre dans le cas des dispositions statutaires des provinces de *common law*, comme le Personal Property Security Act de l'Ontario,<sup>62</sup> il est moins certain que la reconnaissance d'une sûreté mobilière extraprovinciale sans dépossession puisse être perçue comme une simple question de formalité au Québec. En effet, si l'article 2022 C.c. exclut le droit de suite par hypothèque mobilière, c'est en raison du rôle central joué en droit civil par la possession.<sup>63</sup> On touche ici à un motif *fondamental* pour le droit civil. C'était bien l'opinion de la Cour supérieure. Cependant, il faut bien reconnaître actuellement que l'interdiction de principe du gage sans dépossession a été bien compromise au Québec après l'adoption d'un nombre grandissant d'exceptions

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> R.S.O. 1980, c. 462.

<sup>60</sup> *Supra*, note 10, à la p. 303.

<sup>61</sup> *Ibid.*, à la p. 302.

<sup>62</sup> Voir *supra*, note 30.

<sup>63</sup> Voir art. 2268 C.c.: "La possession actuelle d'un meuble corporel à titre de propriétaire fait présumer le juste titre."

dont la plus importante (celle édictée par la Loi sur les cessions de biens en stock) est aussi la plus récente.<sup>64</sup> Or chacune de ces “dérogations” est bâtie sur une procédure d’enregistrement de la sûreté sans dépossession. De là à considérer que la nullité, ou l’inopposabilité, d’une sûreté étrangère de ce type n’est plus qu’un défaut de forme, il n’y a qu’une faible distance que la Cour d’appel semble avoir franchie. Cette qualification particulièrement compréhensible envers le créancier garanti, aux fins de la faillite, reste néanmoins choquante aux yeux des créanciers québécois. Ceux-ci, en effet, n’ont eu aucun moyen de s’informer de l’existence de cette sûreté étrangère sans dépossession, à l’opposé des garanties analogues créées au Québec. Nous rejoignons ainsi le troisième aspect de notre étude.

### *L’opposition actuelle du droit civil québécois à la reconnaissance d’une sûreté réelle étrangère sans dépossession*

Le droit civil québécois évolue dans le sens de l’acceptation, de plus en plus affirmée, du principe du gage sans dépossession. On devrait donc voir d’un oeil plus favorable les sûretés étrangères semblables.

En effet, après les nantissements agricoles, forestiers et commerciaux, limitativement prévus à l’article 1979 C.c., après l’article 178 de la *Loi sur les banques*<sup>65</sup> créant une sûreté dite “bancaire”,<sup>66</sup> après la “charge flottante” issue de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*,<sup>67</sup> la *Loi sur les cessions de biens en stock*<sup>68</sup> vient élargir sensiblement la possibilité de constituer un gage sans dépossession.<sup>69</sup> Toutefois, il n’existe pas encore de registre central pour toutes ces sûretés, bien que la dernière loi crée un registre informatisé.<sup>70</sup>

Ceci dit, il n’est pas certain que le principe de l’article 2022 C.c. soit remis en question par ces sûretés.<sup>71</sup> Si l’article 27 de la *Loi sur les*

<sup>64</sup> Voir pour ces exceptions, *supra*, notes 1 et 2.

<sup>65</sup> *Supra*, note 2.

<sup>66</sup> Voir Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 43 R. du B. 1007; Auger, *loc. cit.*, note 2.

<sup>67</sup> *Supra*, note 1.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Voir notamment: Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 10 C.B.L.J., à la p. 187: “This device . . . constitutes the first generalized régime of non-possessory security over moveables . . .”.

<sup>70</sup> Voir la Loi sur les cessions de biens en stock, *supra*, note 2, art. 20 *et seq.*, arts. 45-56. Voir notamment: Renaud, *loc. cit.*, note 2, aux pp. 291-294; Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 9 C.B.L.J., aux pp. 167-168; Auger, *loc. cit.*, note 2, à la p. 232 (tableau de publicité selon les différentes lois), pp. 254 *et seq.*

<sup>71</sup> Voir Auger, *loc. cit.*, note 2, aux pp. 314-322. L’auteur conteste que la Loi sur les cessions de biens en stock ait pu ou ait voulu créer un véritable droit de suite, parce que la publicité organisée par cette loi lui apparaît insuffisante, en tout cas vis-à-vis des tiers acquéreurs (à la p. 319): ceux-ci ne sont pas obligés de se renseigner au bureau d’enregistrement (à la p. 317), et d’autre part, les biens en stock, en raison de leur caractère

*cessions de biens en stock* affirme que les droits du cessionnaire *suivent* le bien "en quelques mains qu'il passe", l'exception notable de l'article 26 énonce que cette cession, même enregistrée, est inopposable à celui qui achète le bien grevé dans le "cours normal des affaires" du cédant.<sup>72</sup> Qui pourrait invoquer cet article 27? Le premier acheteur, ou tout tiers postérieur à l'enregistrement de la sûreté?

Alors que le professeur Macdonald soutient qu'en ce qui concerne la garantie bancaire, il n'existe aucune raison de limiter l'opposabilité de la sûreté au premier tiers après l'enregistrement,<sup>73</sup> la jurisprudence a décidé à plusieurs reprises de permettre à des tiers successifs (autres que le premier tiers postérieur à l'enregistrement) d'obtenir un titre libre du droit de garantie "bancaire".<sup>74</sup>

Bien que l'article 27(2) de la Loi sur les cessions de biens en stock et que l'article 179(1) de la Loi sur les banques établissent le principe selon lequel le créancier garanti a priorité sur tout droit acquis postérieurement à l'enregistrement de la sûreté sans dépossession, pour le moment en tous cas, la jurisprudence semble maintenir le principe selon lequel la possession de bonne foi fait présumer le titre, tout en le limitant exceptionnellement dans le cas où le créancier garanti s'oppose au premier tiers.

En droit international privé, à supposer que la loi québécoise ne soit applicable ni en tant que loi contractuelle, ni en tant que loi du lieu de situation du meuble, ne pourrait-on pas faire appel à l'article 2022 C.c. ou au principe de l'article 2268 alinéa 1 C.c. pour fonder l'intervention de la loi québécoise à titre d'exception d'ordre public international?

1) *Le principe de l'article 2022 C.c.  
est-il d'ordre public international?*

Quatre espèces permettent de répondre à cette question.

Dans *Faubert c. Brown*,<sup>75</sup> affaire de saisie conservatoire au Québec de meubles entre les mains du débiteur, alors que le créancier détenait un

---

fongible, ne permettent pas de spécialisation suffisante pour créer un véritable droit réel (aux pp. 318-319). L'auteur semble admettre que la Loi sur les banques crée un véritable droit de suite (à la p. 321), mais il estime "invraisemblable" qu'elle puisse l'exercer "entre les mains d'un tiers acquéreur ayant transigé avec le débiteur dans le cours normal de ses affaires" (*ibid.*).

<sup>72</sup> Selon le professeur Auger, *ibid.*, à la p. 321: "Les cas non couverts par l'exception seront peu nombreux et si l'on fait abstraction de la fraude sur laquelle on ne peut jamais fonder de droits, il ne restera en fait que les cas de ventes en bloc des biens grevés qui échapperont à cette exception."

<sup>73</sup> Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 43 R. du B., aux pp. 1043 et seq., pp. 1100-1101.

<sup>74</sup> *Attorney-General of Canada c. Mandigo*, [1965] B.R. 259; *Dionne c. Banque Provinciale*, [1957] C.S. 167; voir Macdonald, *loc. cit.*, note 2, 10 C.B.L.J., aux pp. 193-194.

<sup>75</sup> *Supra*, note 3.



*chattel mortgage* new-yorkais, le Cour supérieure applique simplement la loi new-yorkaise et ordonne la vente des meubles pour que le créancier soit payé "selon son rang".<sup>76</sup> Puisque ce litige ne mettait en jeu que les parties du contrat de *chattel mortgage*, il n'était pas nécessaire de "suivre" le bien entre les mains d'un tiers. La Cour supérieure a justement repoussé la prétention du débiteur, à l'effet que l'article 2022 C.c. devait intervenir au nom de l'ordre public.

Dans *Union Acceptance Corp. Ltd. c. Guay and MacDonald*,<sup>77</sup> la Cour d'appel a implicitement écarté la thèse de l'exception d'ordre public. Dans cette espèce, un québécois avait acheté de bonne foi une automobile dans l'Ontario. Le vendeur l'avait cependant déjà grevé d'un *chattel mortgage*. Le créancier ontarien vient le saisir au Québec. La majorité de la Cour d'appel donne effet au *chattel mortgage*, en appliquant la loi ontarienne. Le tiers québécois perd son droit puisque le créancier était protégé contre tout acheteur dans l'Ontario. Le Cour applique ici aussi la loi ontarienne en tant que loi "contractuelle". On peut critiquer cette qualification parce que le tiers était étranger au contrat de *chattel mortgage* et l'ignorait.<sup>78</sup> Cependant, l'article 2022 C.c. n'est pas intervenu, sous forme d'exception d'ordre public, pour rendre inopérant un *chattel mortgage* sur un meuble situé au Québec lors du procès. Au contraire, dans *Bossé c. Garage Moreau*<sup>79</sup> la Cour supérieure estime que l'article 2022 C.c. rend inopérant au Québec, au nom de l'ordre public, un *chattel mortgage* passé dans le Nouveau Brunswick sur des meubles qui y étaient alors situés mais qui se trouvaient au Québec lors d'une revente à un tiers québécois de bonne foi.

La Cour supérieure, dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier*, estime aussi, dans cette affaire opposant le créancier à ce tiers particulier qu'est le syndic à la faillite du débiteur, que l'article 2022 C.c. rend "inopérant" le *chattel mortgage* ontarien, suivant ainsi *Bossé c. Moreau*.<sup>80</sup>

Au contraire, la Cour d'appel raisonne comme dans *Faubert c. Brown*, considérant qu'il s'agit d'une simple affaire *inter partes*, ou comme dans *Union Acceptance Corp. Ltd. c. Guay and MacDonald*, bien que dans cette dernière espèce le transfert au tiers ne se soit pas effectué au Québec mais dans l'Ontario.

De ceci, on peut déduire que l'article 2022 C.c. ne doit pas s'opposer à la reconnaissance d'un *chattel mortgage* au Québec, sauf dans la

<sup>76</sup> *Ibid.*, à la p. 331.

<sup>77</sup> *Supra*, note 33.

<sup>78</sup> Voir en ce sens: Talpis, *loc. cit.*, note 31, 73 R. du N., aux pp. 292 et 363; Goldstein, *loc. cit.*, note 7, aux pp. 184-185.

<sup>79</sup> *Supra*, note 4.

<sup>80</sup> *Supra*, note 9, texte de la décision, à la p. 4.

mesure où la loi québécoise est la loi régissant le litige, en tant que loi contractuelle ou que loi du lieu de situation du meuble. Il semble également que l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse* renverse le tendance amorcée par *Bossé c. Garage Moreau*, à refuser de reconnaître au Québec des sûretés étrangères sans dépossession à l'égard des tiers, puisque dans ces deux espèces, il s'agissait de litiges opposant un créancier à un tiers. Dans ce dernier arrêt, il aurait fallu dire que la loi québécoise s'appliquait normalement en vertu de la règle de conflit réelle (article 6, alinéa 2, C.c.).<sup>81</sup> Il faut espérer cependant que la solution de la Cour d'appel dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier* ne s'étendra pas à une espèce similaire à *Bossé c. Garage Moreau*, mais se limitera à l'opposabilité au syndic à la faillite du débiteur, en attendant que le droit civil québécois s'enrichisse des dispositions du Projet de Code civil.<sup>82</sup> Celles-ci en effet prévoient, aux articles 39 à 42 du livre IX, l'enregistrement au Québec des sûretés étrangères, comme dans les autres provinces canadiennes.

Enfin, une dernière question peut se poser: peut-on soutenir que le principe général de l'acquisition de bonne foi d'un meuble en possession d'un tiers (article 2268, alinéa 1 C.c. et article 1489 C.c.) soulève un motif d'exception d'ordre public international, susceptible d'écarter les droits du propriétaire originel?

2) *Le principe de l'article 2268 alinéa 1 C.c.  
est-il d'ordre public international?*

La jurisprudence de la Cour d'appel permet de répondre à cette question par la négative.

En effet, dans *Union Acceptance Corp. Ltd. c. Guay and MacDonald*<sup>83</sup>, où il s'agissait de l'acquisition par un Québécois en Ontario d'un meuble situé en Ontario, qui avait auparavant été grevé d'une sûreté sans dépossession (un *chattel mortgage*), également créée en cette province, la Cour d'appel a refusé au Québécois de se prévaloir de l'article 1489 C.c.<sup>84</sup> M. le juge Montgomery a alors affirmé que la loi québécoise (c'est-à-dire le principe de la protection de l'acheteur de bonne foi en raison de l'apparence créée par la possession du meuble) n'aurait pu être appliquée que si le second contrat avait été conclu au Québec. En d'autres

<sup>81</sup> Voir Goldstein, *loc. cit.*, note 7, aux pp. 169 et 185.

<sup>82</sup> Office de Révision de Code Civil, Rapport sur le Code Civil du Québec (1978), t. 1, livre 9, pp. 595 *et seq.*

<sup>83</sup> *Supra*, note 33.

<sup>84</sup> Art. 1489 C.c.:

Si une chose perdue ou volée est achetée de bonne foi dans une foire, marché, ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières, le propriétaire ne peut la revendiquer sans rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé.

termes, la loi québécoise en cette matière ne régit le litige qu'en tant que loi contractuelle et non par le biais de l'exception d'ordre public.<sup>85</sup>

Cette proposition est confirmée par l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Fournier* puisque la Cour autorise un créancier muni d'une sûreté étrangère à s'en prévaloir au Québec, à l'encontre des autres créanciers qui n'en connaissent pas l'existence, bien qu'ils aient pu se fier à l'apparence de propriété créée par la possession pour s'engager envers le failli. Par ailleurs, la Cour d'appel autorise ce résultat à l'encontre des intérêts du tiers particulier qu'est le syndic, bien que celui-ci eût connu l'existence du *chattel mortgage*.

### Conclusion

1) En matière d'opposabilité à la faillite au Québec d'une sûreté mobilière étrangère sans dépossession, la Cour d'appel poursuit avec zèle les objectifs d'égalité, par classe, des créanciers canadiens lors d'une procédure de faillite. Quel que soit le lieu de situation des meubles grevés, l'effet, en matière de faillite, d'une garantie mobilière contractée valablement dans une province canadienne sera le même au Québec ou ailleurs.

2) Cependant, au plan des principes du droit civil, le Québec est la seule province où ce genre de sûreté n'est connu qu'exceptionnellement, quand il existe une publicité pour rétablir la sécurité des tiers. Or après cet arrêt, il devient plus simple, paradoxalement, d'opposer ici une sûreté réelle étrangère sans dépossession à la faillite du débiteur, que dans les autres provinces qui connaissent ces sûretés depuis longtemps et où il est nécessaire de l'enregistrer pour l'opposer au syndic.

Le Projet de Code civil remédiera à cette lacune. Il prévoit l'enregistrement des sûretés étrangères au Québec.<sup>86</sup>

À ce moment, rien ne s'opposera à ce qu'on décide que la loi relative aux droits réels soit la loi du lieu de situation (actuelle pour leurs effets, ancienne pour leur existence), puisqu'au Québec on aura une règle conciliant les intérêts du créancier et ceux du tiers, syndic ou autre.

3) Finalement, en ce qui concerne la règle de conflit relative à la validité et à l'exercice des droits réels, alors que la doctrine soutient l'application de la qualification "réelle" des situations internationales mettant en jeu des droits réels, l'arrêt de la Cour d'appel impose l'utilisation de la règle de conflit contractuelle, au moins en ce qui concerne les litiges opposant un créancier détenteur d'un droit réel au syndic à la faillite de son débiteur. Ceci est injuste pour les tiers québécois étrangers

<sup>85</sup> *Supra*, note 33, à la p. 830. Voir Goldstein, *loc. cit.*, note 7, à la p. 179.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, note 82, aux articles 39 à 49 du livre 9.

à ces contrats créant des sûretés sans dépossession inconnues, sur lesquelles ils n'ont aucun moyen de se renseigner.

Cependant, la Cour d'appel n'a pas écarté en principe, c'est-à-dire en dehors d'un cas de faillite, le recours à la règle de conflit réelle (article 6 C.c.) telle que la Cour supérieure l'a interprétée, dans la sens de la *lex rei sitae*. Tout espoir n'est pas perdu pour la doctrine, d'autant plus que le Projet de Code civil,<sup>87</sup> livre IX, article 33, retient le lieu de situation du meuble comme facteur de rattachement des droits réels mobiliers.

GERALD GOLDSTEIN\*

\* \* \*

CRIMINAL LAW—OBSCENITY—INTERPRETATION OF CRIMINAL STATUTES.—On October 10, 1985, the Supreme Court of Canada gave judgment in *Germain v. The Queen*,<sup>1</sup> affirming the appellant's conviction under section 159(2)(a) of the Criminal Code.<sup>2</sup> Mr. Germain had offered for sale various sexual devices and this conduct was held to offend the obscenity provisions of the Code. This decision raises a number of questions, both on specific and general levels.

A specific issue arises with respect to the application of the Criminal Code obscenity sections to sex aids. In dealing with this issue, the court reviewed and affirmed *Dechow v. The Queen*,<sup>3</sup> although with the same split amongst the judges which occurred in that case. The general issue in the judgment is the interpretation of criminal statutes, particularly the degree of leeway to be given to Parliament in drafting such provisions. While these issues are not easily severable, I will attempt to deal with them separately.

The principal problem confronted by the court in *Germain* and *Dechow*, was the application of section 159 to objects. The relevant definition section, section 159(8), refers to publications.<sup>4</sup> Thus a conceptual prob-

<sup>87</sup> *Ibid.*

\* Gerald Goldstein, Chercheur au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, Montréal, Québec. Nous remercions Mme Groffier, Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill, de ses commentaires et suggestions.

<sup>1</sup> [1985] 2 S.C.R. 241, (1985), 21 D.L.R. (4th) 296.

<sup>2</sup> R.S.C. 1970, c. C-34, as amended. Subsequent references to sections are to sections of the Code, unless there is a contrary indication.

<sup>3</sup> [1978] 1 S.C.R. 951, (1977), 76 D.L.R. (3d) 1.

<sup>4</sup> Section 159(8) provides:

For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following

lem is presented in that a tangible thing is not easily thought of as being a publication. The Supreme Court resolved this question in favour of inclusion. However, while the court was unanimous on the disposition of the case, it split 5:3:1 on the proper interpretation of section 159(8).<sup>5</sup> This parallels the split in *Dechow*, which was 5:4.

The majority of the court in *Germain*, led by Chouinard J., was of the opinion that the display of an object was publication and thus within section 159(8). On the other hand, the minority read down the section, holding that it would apply even if publication were not involved.

The judgment may be criticized in two ways. Perhaps of greatest concern is the court's approach to the interpretation of a criminal statute. Specifically, the court appears to relax the usual standard of strict construction. The second point of criticism is the lack of development of a theory for the inclusion of the impugned objects under section 159. That is, no connection is made between the conduct of the appellant and the objectives of obscenity laws.

In this comment, I will briefly review the history of the case and discuss the judgments rendered in the Supreme Court. I will then analyze the opinion in terms of statutory interpretation and obscenity law.

### *The Facts and the Lower Court Judgments*

The appellant operated a store in Montreal called the "National Sex Boutique" which, as the name clearly suggests, specialized in the sale of erotic materials. Amongst the merchandise were sex aids such as dildoes, vibrators and other sexual paraphernalia. These articles were openly displayed in the store. A sign over the entrance contained the warning, "For Adults Only". In July 1977, the Montreal police conducted a search of the premises and seized forty-five articles on the basis that they were obscene.

At first instance, the Municipal Court judge ruled that seventeen of the objects were obscene under section 159 and entered a conviction. Appeals to the Superior Court and the Quebec Court of Appeals were unsuccessful.<sup>6</sup> Each of those judgments followed *Dechow* without extensive comment or analysis.

### *The Supreme Court of Canada—Dechow Revisited*

The primary problem confronted by the Supreme Court was the application of section 159 to sexual devices. In particular, the relevant

---

subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

<sup>5</sup> The rather odd calculus of the judgment results from the fact that Wilson J. concurred with both sides of the split.

<sup>6</sup> C.S. Mt. No. 500-36-000256-795, April 1, 1980; C.A. Mt. No. 500-10-000178-804, January 10, 1983.

definition section, 159(8),<sup>7</sup> refers to publications. An argument thus arose as to whether a thing can be a publication. Complicating the issue is the view that section 159(8) is the exhaustive definition of obscenity for the purposes of the Criminal Code, and therefore no resort may be had to broader common law definitions.<sup>8</sup>

It is the interpretation of the word "publication" which produced the split amongst the judges in both *Dechow* and *Germain*. On what might be called the positivistic side of the split are Ritchie J.<sup>9</sup> in *Dechow* and Chouinard J.<sup>10</sup> in *Germain*. In the earlier case, Ritchie J. referred to the Shorter Oxford English Dictionary<sup>11</sup> apparently stressing that the definition of "publication" contained therein included the "act of making publically known" and explicitly referred to ". . . a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale". The fact that the accused in *Dechow* advertised the wares for sale by means of exterior signs and provided descriptions of the objects was regarded as bringing him within the definition, as he had made "publically known" that objects "otherwise produced" were available for sale. This reasoning was adopted by Chouinard in *Germain*.<sup>12</sup>

The other side of this interpretative split was represented by Laskin C.J.C. in *Dechow* and LaForest J. in *Germain*. Theirs is a more expansive approach, which might be said to accord with the mischief rule of

<sup>7</sup> The section is reproduced, *supra*, footnote 4.

<sup>8</sup> See *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494. There would, however, appear to still be room to argue that this point has not been firmly decided. See, e.g., *Dechow*, *supra*, footnote 3, (per Ritchie J.) and *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681. Nonetheless, a survey of judgments following *Brodie* reveal a tendency to apply section 159(8) exclusively, given that the dominant common law test, that found in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, has been widely criticized. See *Germain v. The Queen*, *supra*, footnote 1, at pp. 253 (S.C.R.), 305 (D.L.R.); *Towne Cinema, supra*, at p. 502; *Brodie, supra*, at p. 702.

Of historical interest is the fact that the Attorney-General at the time when section 159(8) was enacted believed that section 159(8) would only supplement *Hicklin* and not replace it. See Anne M.K. Curtis, *Criminal Law: Obscenity: Test of Obscenity: . . .* (1979), 11 *Ottawa L. Rev.* 501, at p. 502, citing 5 H.C. Deb. 5517 (1959).

<sup>9</sup> Ritchie J. was joined by Martland, Pigeon, Beetz and DeGrandpré JJ.

<sup>10</sup> Chouinard J. was joined by Beetz, Estey, McIntyre and LeDain JJ.

<sup>11</sup> *Supra*, footnote 3, at pp. 966 (S.C.R.), 12 (D.L.R.). The complete definition employed is:

The action of publishing or that which is published. 1. The action of making publicly known; public notification or announcement; promulgation. Notification or communication to those concerned, or to a limited number regarded as representing the public . . .

2. The issuing or offering to the public, of a book, map, engraving, piece of music, etc.; also the work or business of producing and issuing copies of such works . . . b. a work published; a book or the like printed or otherwise produced and issued for public sale . . .

<sup>12</sup> *Supra*, footnote 1, at pp. 247-248 (S.C.R.), 301 (D.L.R.).

statutory interpretation.<sup>13</sup> That is, there is a departure from a formalistic analysis of the words used. Rather, the opinions focus on what Parliament was attempting to accomplish with the enactment of section 159(8).

In *Dechow*, Laskin C.J.C. expressed difficulty with the Ritchie approach. Specifically he stated:<sup>14</sup>

Displaying wares is not publishing them, nor can a manufactured article, having no communicative character, be termed a "publication" without a statutory enlargement of the ordinary meaning of that word.

Laskin C.J.C. went on to find that the articles in issue were not publications.<sup>15</sup> Nonetheless, he held that section 159(8) applied with attractively simple reasoning. Relying on the amendment of the Criminal Code in 1959 and the need for an exhaustive definition of obscenity, Laskin C.J.C. held that section 159(8) should apply irrespective of whether a publication was involved. In the Chief Justice's view this would promote fairness as a universal standard and would permit easier ascertainment of the law.<sup>16</sup> In addition, disregard of the word "publication" would end the judicial "pressing" to fit various matters within the section.<sup>17</sup> Exhaustiveness would also finally put an end to the *Hicklin* test.<sup>18</sup> In *Germain*, LaForest J. followed Laskin C.J.C.'s reasoning.<sup>19</sup>

The second issue of interest in the case produced no disagreement. Relying on *R. v. Sudbury News Service Ltd.*,<sup>20</sup> the appellant argued that the specific nature of the audience must be considered in determining whether contemporary community tolerance was offended. In essence,

<sup>13</sup> See E.A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), 62 ff.; S.G.G. Edgar (ed.), *Craies on Statute Law* (7th ed., 1971), 96 ff.

<sup>14</sup> *Supra*, footnote 3, at pp. 956 (S.C.R.), 5 (D.L.R.).

<sup>15</sup> *Ibid.*, at pp. 957 (S.C.R.), 5 (D.L.R.).

<sup>16</sup> *Ibid.*, at pp. 960-962 (S.C.R.), 7-9 (D.L.R.), citing *Brodie*, *supra*, footnote 8.

<sup>17</sup> *Ibid.*, at pp. 959-960 (S.C.R.), 7 (D.L.R.). Laskin C.J.C. cites the following cases where courts had difficulty applying the definition: *R. v. Goldberg and Reitman*, [1971] 3 O.R. 323, (1971), 4 C.C.C. (2d) 187 (Ont. C.A.) (movies); *R. v. Times Square Cinema Ltd.*, [1971] 3 O.R. 688, (1971), 4 C.C.C. (2d) 229 (Ont. C.A.) (videos); *R. v. O'Reilly* (1970), 13 D.L.R. (3d) 257, [1970] 3 O.R. 429, (1970), 1 C.C.C. (2d) 24 (Ont. Co. Ct.) (play); *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 130 (Ont. Co. Ct.) (theatrical performance); *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen* (1973), 48 D.L.R. (3d) 390, 17 C.C.C. (2d) 451, 24 C.R.N.S. 368 (Sask. D.C.) (movies). For a more recently decided case, which holds that publication is not essential to a charge under S.159, see *R. v. Hankshaw* (1986), 66 N.R. 350 (S.C.C.).

<sup>18</sup> The test is "whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort might fall." *R. v. Hicklin*, *supra*, footnote 8, at p. 371. As noted, the test has been widely criticized.

<sup>19</sup> In *Dechow* Laskin C.J.C. was joined by Judson, Spence and Dickson JJ. In *Germain* LaForest J. was joined by Dickson and Lamer JJ.

<sup>20</sup> (1978), 39 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.).

the argument was that since there was a sign on the premises stating, "For Adults Only", a higher standard of tolerance would apply since sensitive audiences would not be subjected to the allegedly obscene articles. This argument was rejected by citing *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*,<sup>21</sup> in which it was held that audience was not relevant in applying the test.

### *Statutory Interpretation*

The cases raise a number of questions about the interpretation of statutes. In particular, the court's approach to the wording of section 159 and its general view of the construction of criminal statutes can be criticized.

Ritchie and Chouinard J.J. applied a dictionary definition<sup>22</sup> to the word "publication" in section 159(8). However, when that definition is read closely, it becomes apparent that it was improperly employed. Primarily, a minimalist view has been taken of the phrase, ". . . a book or the like printed or otherwise produced . . .". Giving a plain reading to the phrase, in order to be within the definition something which is not a book must still be like a book. This allows some leeway, as many things could be considered to be similar to books, but there must also be a reasonable end to the analogies. For instance, a movie may be like a book as it employs words and depictions.<sup>23</sup> On the other hand, a hammer is not like a book, there are no similarities between the two and thus it is difficult to consider such an implement as "published". Obviously, a parallel argument applies to sex devices. They are more similar to a hammer than a book.

In *Dechow*, Ritchie J. avoided this argument by stressing the words used in conjunction with the objects. Given there was advertising outside the store and the implements were accompanied by descriptions, some degree of analogy might be made to books. Nonetheless, a leap in semantic logic is required to move from the advertisement or description of an object to a conclusion that the object itself is a publication.<sup>24</sup> Logically, there remains a separateness between the thing and the words spoken about it. This gap in reasoning was either not noticed or was ignored by Ritchie J. as, without analysis of the semantics, he merely concludes the relevant paragraph with the statement:<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> *Supra*, footnote 8.

<sup>22</sup> *Supra*, footnote 11.

<sup>23</sup> See *R. v. Fraser, Harris and Fraser Book Bin Ltd.*, [1966] 1 C.C.C. 110 (B.C.C.A.), aff'd, [1967] S.C.R. 38.

<sup>24</sup> See Laskin C.J.C.'s concurrence in *Dechow, supra*, footnote 3, at pp. 956 (S.C.R.), 5 (D.L.R.).

<sup>25</sup> *Ibid.*, at pp. 967 (S.C.R.), 13 (D.L.R.).



The articles in question were, therefore, in my opinion, publications within the meaning of s. 159(8) of the *Criminal Code*.

Chouinard J. faced an additional difficulty applying the definition of "publication" in *Germain* as only one of the objects was accompanied by a description. In order to solve this problem, the Ritchie reasoning was read to minimize the importance of associated words. Emphasis was placed on the aspect of making known, with the conclusion that any object, the character of which is made public, is itself a "publication".<sup>26</sup> This view, however, marks a departure from the use of the dictionary definition in *Dechow*. The first part of that definition<sup>27</sup> clearly refers to the *action* of making known and does not extend to an underlying object. For instance, if a hammer is advertised there is an act of making something known, but, according to the definition, only the advertisement, not the hammer is a publication. Chouinard J. held otherwise in concluding that advising the public of the availability of sex devices made those devices publications.<sup>28</sup>

There are thus two problems with the Ritchie-Chouinard approach. A vibrator is not like a book. In itself it communicates nothing, and no amount of communication about it can alter its essential character.

Perhaps more importantly, the two judgments highlight the familiar problem of a judge saying he or she is doing one thing while in fact doing something else. That is, the true course of judicial reasoning is hidden from the reader. The problem surfaces in these cases, as a superficial reading of the opinions may leave the impression that a very conventional method of reasoning is being followed. The court has looked up a dictionary definition and applied it to a statutory provision. It is only after a very close reading of the definition that one realizes it does not apply at all, and that more has been read into it than is there. Thus, the opinions are far less positivistic than they seem.

This does not mean that the Laskin-LaForest approach is to be preferred. As noted above, this approach is attractive due to its simplicity. Courts are having difficulty with the interpretation of the word "publication" so that word is effectively read out of the section.

A criticism of the Laskin-LaForest reasoning necessarily leads to a general criticism of *Dechow* and *Germain*. Principally, two concerns arise: the role of the court in interpreting statutes and the treatment of criminal statutes.

---

<sup>26</sup> *Supra*, footnote 1, at pp. 248 (S.C.R.), 301 (D.L.R.).

<sup>27</sup> *Supra*, footnote 11.

<sup>28</sup> It might be noted that the opinion avoids the problem of interpreting the phrase, "... book or the like . . .". In the absence of words accompanying the objects, this would have presented even greater difficulty than it did in *Dechow*.

Removing the word "publication" from section 159(8) clearly involves the judicial amendment of legislation, while the usual model for an interpreting court is one of passivity. Words are to be given their natural meanings, unless to do so would lead to injustice or absurdity;<sup>29</sup> only then might alternative meanings be given.<sup>30</sup> In the words of Professor Driedger:<sup>31</sup>

If the meaning is clear, the consequences of the application of the words to specific facts are immaterial.

The Supreme Court in *Dechow* and *Germain* was active in curing a poor choice of words by Parliament. The authority against such use of judicial power is both overwhelming and recent. For instance, in *The Attorney General for Ontario et al. v. The Regional Municipality of Peel*,<sup>32</sup> a challenge against certain provisions of the Juvenile Delinquents Act,<sup>33</sup> Laskin C.J.C. stated for the court:

Courts cannot turn their role of construction into one of naked legislating, however well-disposed they may be to solutions proposed for problems which arise under deficient legislation. The proper recourse in such situations is to the legislature to repair the deficiencies in its statute.<sup>34</sup>

Nonetheless, the court has done precisely what authority dictates it may not do. Faced with a perceived underinclusiveness in the coverage of the section, the words used have either been given an expanded meaning, as by Ritchie and Chouinard JJ., or have been ignored as by Laskin C.J.C. and LaForest J.

An argument available to the court, but one apparently not adopted, was that a literal reading of the section would lead to absurdity. This argument was most cogently stated by Gale C.J.O. in the Ontario Court of Appeal judgment in *Dechow*<sup>35</sup> as follows:

It appears to us that to conclude that this subsection does not extend to articles such as these would be quite illogical. In other words, it would be nonsensical to hold that while pictures of the articles would be included in the terms of s. 159(8) of the

<sup>29</sup> Driedger, *op. cit.*, footnote 13, pp. 61 ff.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 66, citing *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1965] A.C. 182 (H.L.), per Lord Reid at p. 222.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> [1979] 2 S.C.R. 1134, at p. 1139, (1979), 49 C.C.C. (2d) 103, at p. 107.

<sup>33</sup> R.S.C. 1970, c. J.3, repealed and replaced by the Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

<sup>34</sup> See also *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 58 N.R. 1, at p. 22 ("... it is not the function of this court to re-write the Act. Nor is it in its power."); per Beetz J.); Edgar, *op. cit.*, footnote 13, p. 91, wherein it is stated:

It is not, however, competent to a judge to modify the language of an Act of Parliament in order to bring it into accordance with his own views as to what is right or reasonable.

<sup>35</sup> (1974), 18 C.C.C. (2d) 106, at p. 116, 26 C.R.N.S. 234, at p. 235 (Ont. C.A.).

*Criminal Code*, the subjects of the pictures themselves would not come within that subsection.<sup>36</sup>

While this argument may appear reasonable, it is nonetheless legally flawed.

As accepted by Laskin C.J.C. in *Dechow*, section 159(8) defines obscenity for all purposes under the *Criminal Code*.<sup>37</sup> The focus of that section is on publication, that is, the action of making known or issuing to the public a book or the like.<sup>38</sup> Thus, it is the dissemination of such material which might reasonably be regarded as being at the core of the prohibition. This view of the section may solve Gale C.J.O.'s dilemma. On a plain reading of the section, it may be argued that it is not the possession or the offering for sale of a sex device which Parliament has prohibited, rather, the section penalizes placing such facts in the public domain. Granted, this leaves the law in a curious state. Possession and sale of sex devices would be legal whereas advertisements such as catalogues would not. Such curiosities are not unheard of, prostitution being but one.<sup>39</sup> Furthermore, the Parliamentary emphasis on publication may make sense. Given the wording of the section, it is not unreasonable to assume that only the widespread dissemination of obscene material was to attract penal consequences, whereas quasi-private dealings were not to be regarded as criminal. While such an interpretation may strain the concept of Parliamentary intention, it is a method to give meaning to the words employed in section 159(8).

It may be objected that this argument loses applicability when applied to the specific prohibition contained in section 159(2)(a) as that subsection specifically refers to the sale, public exposure or possession for such purposes of any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatsoever. Particularly, the inclusion of the words "model" and "other thing whatsoever" support a strong argument that a thing can be obscene. While the argument makes intuitive sense, it does not withstand scrutiny. As is implicit in all the opinions in *Dechow* and *Germain*, section 159(2)(a) must be read subject to section 159(8). Indeed, it is this finding that produces the laboured search for an interpretation of the latter provision. This is due to the fact that the word "obscene" which modified the list in section 159(2)(a) is, of course, a defined term. Therefore,

---

<sup>36</sup> The passage is cited by Laskin C.J.C. in *Dechow*, *supra*, footnote 3, at pp. 954 (S.C.R.), 3 (D.L.R.).

<sup>37</sup> *Ibid.*, at pp. 962 (S.C.R.), 9 (D.L.R.). Attention is drawn to the opening words of the section: "For the purposes of the Act . . ."; see *supra*, footnote 4.

<sup>38</sup> See footnote 11.

<sup>39</sup> Prostitution itself is not illegal in Canada. Procuring prostitutes, living off the avails, communicating in public for the purpose of obtaining a prostitute and a variety of related conduct is. See the *Criminal Code*, section 195, as amended.

the argument becomes circular. Under section 159(2)(a) a thing may be obscene but, according to the definition section, something is obscene only if it is a publication. Thus, emphasis on the phrasing of section 159(2)(a) provides no solution.

Beyond the technical attempts to interpret the obscenity provisions in these cases, a very important general principle is also raised. *Dechow* and *Germain* involve criminal legislation. Despite that fact, both sides of the interpretive split expand the coverage of the prohibition and give every doubt to the drafter. This, of course, raises serious questions. While the old rule of strict construction of criminal statutes<sup>40</sup> has been relaxed somewhat,<sup>41</sup> the rule remains that the words employed must evidence an unequivocal intention to include the impugned conduct.<sup>42</sup> Given the use of the word "publication" in section 159(8), it is not at all clear that it was intended that objects would fall within the obscenity provisions. At a minimum, any doubt (and the judgments indicate quite a bit of doubt) should have been resolved in favour of the accused in each case. This position is strengthened by the fact that if Parliament did intend to prohibit sex devices, a specific provision to that effect could be drafted without undue difficulty. All that would be required is another deeming provision in the nature of section 159(8) specifying the types of objects which are considered obscene. Granted, a comprehensive definition might not be attainable. Nonetheless, Parliament could more clearly specify the scope of the prohibition.<sup>43</sup>

A related issue raised by the judgments is their failure to consider adequately the rule that criminal prohibitions be easily ascertainable.<sup>44</sup> This rule is firmly based in criminal law theory and reflects the view that

---

<sup>40</sup> Edgar, *op. cit.*, footnote 13, p. 529, citing *Tuck & Sons v. Priester* (1887), 19 Q.B.D. 629, at p. 638, wherein Lord Esher M.R. stated:

If there is a reasonable interpretation which will avoid the penalty in any particular case we must adopt that construction.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 531; *McGregor v. Canadian Consolidated Mines, Ltd.* (1906), 12 B.C.R. 116 (B.C.S.C.), *aff'd.* (1907), 12 B.C.R. 373 (B.C.C.A.).

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 532; *Carey v. Smith* (1903), 5 O.L.R. 209 (Ont. H.C.); *R. v. Negridge* (1980), 6 M.V.R. 255 (Ont. C.A.).

<sup>43</sup> This has been done in Georgia where s. 26-2101(c) of the Georgia Code (1975) provides:

. . . any device designed or marketed as useful primarily for the stimulation of human genital organs is obscene material under this section.

See *Sewell v. The State*, 233 S.E. 2d 187 (S.C. Ga., 1977), appeal dismissed 435 U.S. 982 (1978); *Speight v. The State*, 251 S.E. 2d 36 (C.A. Ga., 1978), *cert. denied* 444 U.S. 886 (1979); *Paperback Book Mart, Inc. v. The State*, 251 S.E. 2d 396 (C.A. Ga., 1978).

<sup>44</sup> See, e.g., *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36, at p. 41 (B.C.C.A.). Although Laskin C.J.C. referred to the clarity of the law in *Dechow*, see text, *supra*, footnote 16, he was referring to the need for an exhaustive definition of obscenity, not the clarity of the words employed in the definition.

a citizen should not be convicted of an offence unless he can clearly determine what the prohibited conduct is. By taking an expansive view of the definition of "publication" in section 159(8), as was done by Ritchie and Chouinard J.J., or by ignoring the word altogether in accord with Laskin C.J.C. and LaForest J., the practical effect of the section becomes different from what the words say. As such, prior attempts at compliance would have been difficult if not impossible.<sup>45</sup>

### *The Law of Obscenity*

*Germain* establishes that objects themselves may fall within the obscenity provisions of the Criminal Code. The point was left open in *Dechow* as the majority in that case placed emphasis on the written descriptions and advertisements which accompanied the sex devices.

There are two issues in *Germain* concerning the law of obscenity which might be briefly commented upon. The first matter is the identification of the goals advanced by including sex devices within section 159. The second is the argument raised by the appellant that the context in which sexually oriented material is displayed is relevant in determining whether the standard of community tolerance has been breached.

It is well beyond the scope of a comment of this length to fully rehearse the theory of obscenity law and the justifications for state intervention in the area.<sup>46</sup> Nonetheless, before expanding the scope of the obscenity provisions it is extremely important to consider the societal objectives of the law, since they can impede upon other values such as privacy and speech. The justification for obscenity laws can be broadly grouped into two categories: the protection of persons who purchase the offending material, and the protection of third parties including society as a whole.<sup>47</sup> The former category proceeds from the thesis that the morals of consumers of pornography will be corrupted and is therefore necessarily a paternalistic theory. The latter category goes the next step and posits

---

<sup>45</sup> An additional difficulty with the cases is their failure to apply the rest of the definition to obscene objects. That is, even if the word publication is given an expansive reading or is read out of the definition, it still must be determined if there is an undue exploitation of sex, or if the other criteria in section 159(8) are present. Implicit in the convictions in the cases is a finding that the section has been met. However, it would have been instructive if the court had explained how the remainder of the section applied to objects.

<sup>46</sup> See Kathleen E. Mahoney, *Obscenity, Morals and the Law: A Feminist Critique* (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 33; Joel Balkan, *Pornography, Law and Moral Theory* (1984), 17 *Ottawa L. Rev.* 1; Sheila Noonan, *Pornography: Preferring the Feminist Approach of the British Columbia Court of Appeal to that of the Fraser Committee* (1985), 45 *C.R.* (3d) 61; H. Kalven, Jr., *The Metaphysics of the Law of Obscenity*, [1960] *Sup. Ct. Rev.* 1.

<sup>47</sup> See Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law* (3rd ed., 1981), p. 965.

that pornography consumers are likely to commit offences against innocent persons, or that the very existence of obscene materials may offend members of society either through unwanted exposure or degradation of the general quality of life.<sup>48</sup>

Resolution of the question whether the prohibition of sex devices falls within the justifications involves some difficulty as courts generally must proceed on the basis of impression and not conclusive evidence. There is an additional difficulty with *Dechow* and *Germain* as none of the judgments specifically explain the theoretical bases for their decisions.

With respect to the first category, it may be that the Supreme Court was of the opinion that the use of sex aids is implicitly immoral and therefore tending to corrupt users of such implements. If this is the reasoning of the court, clearly the individual right to privacy and free choice is reduced. If it is assumed that the sexual devices sold by Mr. Germain were employed only by consenting adults in the privacy of their own homes, then questions arise concerning the state's right to intervene. In *R. v. Sutherland Amitay and Bowie*,<sup>49</sup> Hogg Co. Ct. J. directed an acquittal in a case involving sex devices partially on this reasoning. In that case it was stated:<sup>50</sup>

It is the right of our citizens to have the privacy of their homes and their personal acts exempt from the directions of their neighbours. It is the right of our citizens to perform sexual acts with their spouses in private as they see fit. The community has no right, privilege or interest in controlling or directing such activities in the privacy of a home.

The judgments in *Dechow* and *Germain* could have profitted from a discussion of these values and an explanation of how the necessary balancing came out in favour of prohibition.

Use of the second category of justifications would require some connection between sale of the offending articles and general harm either to identifiable individuals or to society as a whole. On the first aspect there is no conclusive evidence that exposure to obscene material leads to criminal or other undesirable conduct. It has been argued, principally by feminist theorists,<sup>51</sup> that such exposure creates and reinforces negative

---

<sup>48</sup> Each of these theories can be criticized. See The United States Commission on Obscenity and Pornography, Report (1970). But also see the Minority Report at p. 390. It should be noted that the research methodology of the Commission has been criticized. See Gunther, *op. cit.*, footnote 47, p. 976, n. 4. See also R.B. Cairns, J.C.N. Paul, and J. Wishner, *Sex Censorship: The Assumptions of Anti-Obscenity Laws and the Empirical Evidence* (1962), 46 *Minn. L. Rev.* 1009.

<sup>49</sup> (1974), 18 C.C.C. (2d) 117 (Ont. Co. Ct.).

<sup>50</sup> *Ibid.*, at pp. 121-122. See also Law Reform Commission of Canada, *Limits of the Criminal Law: Obscenity: A Test Case* (1975), p. 15.

<sup>51</sup> See Mahoney, *loc. cit.*, footnote 46; Noonan, *loc. cit.*, footnote 46. But also see the authorities cited in note 48.

attitudes towards women, and while the argument warrants attention, it is somewhat difficult to apply to objects. The feminist view is that depictions of women in sexually degrading situations is de-humanizing and leads to an acceptance of the view that women are inferior and may be treated as such. Even if this is true, it tells us nothing of a sex device which in itself depicts nothing. Granted, exposure to sex implements may provoke salacious thoughts based on sexual inequality; however, to employ this potential effect to justify criminal sanctions is dangerous as the true object of prohibition becomes opinion. Furthermore, in this context, can a sex implement be adequately distinguished from newspaper and television advertisements which might also provoke sexual thoughts?

A broader application of the second category of justifications could focus on the effect that sex shops have generally on the environment and the quality of life. It could be argued that permitting these shops to operate leads to a form of urban pollution and interferes with the freedom of others as there is unwanted exposure to sexual material. Even if these arguments are accepted, it is questionable whether they support prohibition. The legitimate concerns raised can be solved through less restrictive alternatives such as the regulation of how the shops operate. This could be accomplished through zoning laws<sup>52</sup> and control over exterior displays of explicit material.<sup>53</sup>

The foregoing casts doubt on the court's conclusions in *Dechow* and *Germain*. The analysis is speculative, however, as in neither case are we told why the judges believed sex devices should be considered obscene. There is no discussion of the theory or objectives of section 159, and

---

<sup>52</sup> *Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50, 96 S. Ct. 2440 (1976). The zoning must, however, only be regulatory, not prohibitory. See *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61, 101 S. Ct. 2176 (1981). The recent litigation concerning Toronto's G-string by-law would not appear to prevent the use of zoning to regulate sex shops if a legitimate municipal objective is disclosed and there is no attempt to legislate with respect to the criminal law. See, e.g., *Re Koumoudouros et al. and the Municipality of Metropolitan Toronto* (1984), 45 O.R. (2d) 426 (Ont. Div. Ct.), reversed (1985), 24 D.L.R. (4th) 638 (Ont. C.A.), leave to the Supreme Court refused, January 27, 1986.

<sup>53</sup> Section 159(2)(b) of the Criminal Code could apply to such situations, although it may be preferable to consider a specific section dealing with the street advertisements of sex shops. With respect to legitimate state control in this context, see *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975), although in that case the relevant law was found to be unconstitutional as it was overbroad.

The balancing calculus becomes much different when sexually explicit material is thrust upon audiences who may not wish to be exposed to it. The privacy and free choice arguments cannot justify such an imposition and thus public displays may be subject to prohibition. While a store may be regarded as a public place, the balancing is further altered when there is a warning concerning its contents such as "For Adults Only" and one chooses to enter. In *Germain* there was such a warning and there is no reference in the case to exterior display of sexual devices.

consequently no application of those theories and objectives to the facts.<sup>54</sup> This is unfortunate, as judicial comment on these aspects of the obscenity legislation would promote better understanding of the provisions and lead to greater certainty in an area characterized by grey lines.

The final issue raised in *Germain* relates to the standards to be applied to the element of community tolerance. Specifically, the appellant argued that since there was a warning posted outside the store stating that only adults could enter, there would be greater tolerance by the public since any one who did enter would be forewarned.

The argument has some intuitive appeal, since it is not unreasonable to expect that members of society would be more tolerant of mature adults voluntarily exposing themselves to explicit material so long as children and unwilling persons are not so exposed. Authority for this position was found in *R. v. Sudbury News Service Ltd.*<sup>55</sup> In that case, Howland C.J.O. held that the manner and circumstances of distributing sexual materials was relevant in determining whether the legal standard for obscenity was offended. In particular, it was held that the community might tolerate otherwise obscene material if its distribution was restricted to mature audiences.<sup>56</sup> Since the standard is tolerance,<sup>57</sup> context would appear to be an important element for a finding of illegality. Despite the apparent reasonableness of the argument it was summarily rejected on the authority of *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*,<sup>58</sup> wherein the majority held

---

<sup>54</sup> Identifying the theory and objectives of obscenity law has not been easy. See *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, *supra*, footnote 8, wherein Wilson J. stated at p. 525:

What is the vicious purpose aimed at in the case of obscenity legislation? The statutory definition does not provide an answer nor, with respect, does the existing jurisprudence.

On the other hand, see *R. v. Red Hot Video*, *supra*, footnote 43, where the British Columbia Court of Appeal took a theoretical approach to section 159. See also the comment on that case by Noonan, *loc. cit.*, footnote 46.

<sup>55</sup> *Supra*, footnote 20.

<sup>56</sup> *Ibid.*, at p. 8 ff. The Chief Justice cited *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486, [1966] 2 O.R. 777, 4 C.C.C. 273 (Ont. C.A.); *R. v. O'Reilly*, *supra*, footnote 17; *R. v. Murphy* (1972), 8 C.C.C. (2d) 313 (Ont. Prov. Ct.); *Daylight Theatre Co. Ltd. v. The Queen*, *supra*, footnote 17; *R. v. Small*, [1973] 4 W.W.R. 563, (1973), 12 C.C.C. (2d) 145, 26 C.R.N.S. 77 (B.C.C.A.); *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 224, [1974] 3 W.W.R. 304, (1974), 16 C.C.C. (2d) 185 (Man. C.A.); *R. v. McMillan Co. of Canada Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 33, 13 O.R. (2d) 630, 31 C.C.C. (2d) 286 (Ont. Co. Ct.).

<sup>57</sup> The judgment of Chouinard J. in *Germain* makes it clear that this is the standard and that personal or perceived general morality is not relevant; see *supra*, footnote 1, at pp. 250-252 (S.C.R.), 303-304 (D.L.R.).

<sup>58</sup> *Supra*, footnote 8.



that the nature of the audience exposed to an obscene film was not relevant under section 159.<sup>59</sup>

### Conclusion

Beyond the criticism of the Supreme Court's treatment of obscene objects, questions may arise as to how section 159 could be extended to such objects. In the context of the cases, one potential alternative would have been the development of a judge-made definition of obscenity which would include sex devices. This approach, however, is problematic for a number of reasons.

Primarily, previous cases strongly suggest that section 159(8) is the exclusive definition of obscenity.<sup>60</sup> However, this principle may not be inviolable since it is a product of cases which may not be strictly applicable. It could be argued that prosecutions based on objects should be distinguished from the earlier cases which did involve publications of some description. The argument would thus be that the preclusion of common law definitions is only appropriately applied to publications and Parliament has not spoken on the issue of obscene non-publications, thus leaving the field open for the development of a judicial definition.<sup>61</sup>

While this argument can be made without embarrassment, it leads to a rather problematic conclusion. As argued in this comment, the plain wording of section 159 prohibits only obscene publications. The development of a supplemental common law definition thus essentially would create a new judge-made criminal offence. In Canada, the criminal law was codified in part to prevent such development of new offences,<sup>62</sup> and this was made clear by the 1955 revision of the Code wherein section 8 was enacted which provides in part:<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Dickson C.J.C., Lamer and LeDain JJ. thought that audience was relevant. Beetz, Estey, McIntyre and Wilson JJ. disagreed.

<sup>60</sup> *Supra*, footnote 8.

<sup>61</sup> In the United States the definition of obscenity has been developed principally by the judiciary rather than the legislatures. See *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

<sup>62</sup> See, e.g., D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), p. 3; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, wherein Cartwright J. stated at p. 530:

I think it is safer to hold that no one shall be convicted of a crime unless the offence is recognized as such in the provisions of the *Criminal Code*, or can be established by the authority of some reported case as an offence known to the law. I think that if any course of conduct is now to be declared criminal, which has not up to the present time been so regarded, such declaration should be made by Parliament and not by the Courts.

Cartwright J.'s recognition of the known common law is no longer relevant given the subsequent enactment of section 8 of the Criminal Code. See footnote 63, *infra*.

<sup>63</sup> The effect of section 8 is to make the Code the sole source of criminal offences. See J.C. Martin, *The Criminal Code of Canada* (1955), p. 35. This is a particularly useful edition of Martin as it explains the history of the Code and the rationale for each amendment in the major revision of 1955.

Notwithstanding anything in this Act or any other Act no person shall be convicted (a) of an offence at common law . . .

Authority and the Code itself thus weigh heavily against the creation or extension of offences by the judiciary.

Another possible approach to this perceived lack of coverage of the section is, rather than create a common law definition, to interpret the existing definition in a broad manner so as to include objects. This is substantially what Laskin C.J.C. did in *Dechow*, followed by LaForest J. in *Germain*. However, as discussed earlier,<sup>64</sup> such an interpretation involved an improper judicial amendment of a statute.

It is thus concluded that the only legitimate method for including objects within section 159 is a rewriting of the section. If society wishes sex devices to be subject to the obscenity provisions, then it is incumbent upon Parliament to specify this clearly in the Code. This could be relatively easily accomplished through adoption of a further definition section which covers obscene objects.<sup>65</sup>

The Supreme Court in *Dechow* and *Germain*, however, usurped this Parliamentary function in providing interpretations of section 159 which materially altered the scope of the prohibitions contained therein.

The judgments rendered in both cases can be criticized in a number of ways. A high level of discomfort is felt with the court's approach to the statutory interpretation of a criminal statute. Another concern is that there is no attempt to link the conduct of the accused with the underlying values represented by the obscenity provisions.

These criticisms go beyond academic concern. We now know that objects may be obscene, but we do not know which articles are obscene. Presumably, any object which can be employed in a sexual context could fail within the prohibition. Therefore, the vibrators and perhaps even the waterbeds sold by "legitimate" retailers may attract criminal sanction.

Clearly, this is an absurd position. In order to lend some reason to this absurdity, Patrick Long of the Montreal Police Department has suggested that if a vibrator is shaped like a penis then it is obscene whereas if it is "smooth" it is not.<sup>66</sup> This may be the legal standard produced by *Germain*. If it looks like what it is supposed to be it is illegal. If it is disguised, however, then the section does not apply.

JOHN D. WILSON\*

<sup>64</sup> See the text accompanying footnotes 29-34.

<sup>65</sup> Such a provision has been enacted in Georgia. See footnote 43.

<sup>66</sup> *Globe and Mail* (Toronto), *Sex and the Courts*, October 19, 1985, p. 6.

\* John D. Wilson, of the Faculty of Law, University of Windsor, Windsor, Ontario. I would like to thank Wendy Elliott for commenting on an earlier draft. The research for this comment was supported by a grant from the Ontario Law Foundation. Josephine Atri assisted in the research.

BANKRUPTCY—PROVINCIAL STATUTORY LIENS—UNEMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION OVERPAYMENTS—BANKRUPTCY POLICY IN THE SUPREME COURT OF CANADA.—Our bankruptcy system has two distinct goals. The first is the equitable distribution of a debtor's assets among his creditors.<sup>1</sup> Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery).<sup>2</sup> The second goal of bankruptcy is the financial rehabilitation of insolvent individuals.<sup>3</sup> Bankruptcy serves this goal through the provisions in the Bankruptcy Act<sup>4</sup> permitting an insolvent individual to obtain a discharge from his debts and thereby start afresh, unencumbered by past obligations.

The promotion of these two distinct goals within our bankruptcy system raises a common question. That question concerns the extent to which the promotion of these goals requires that the legal relationships which prevail among debtors and creditors outside bankruptcy be modified once an assignment is made or a receiving order granted. Each of these goals obviously requires that those relationships be altered in some respect. The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies. Similarly, the availability of discharge necessarily means that some portion of the debtor's future earnings and after-acquired property be exempt from the claims of pre-bankruptcy creditors. To that extent, our bankruptcy system must, almost by definition, impose on the debtor and his creditors a set of rules which is different from the rules governing their relationships outside bankruptcy. But the question still remains as to whether, in the course of collectivizing insolvency proceedings or making discharge available, our

---

<sup>1</sup> *Markis v. Soccio* (1954), 35 C.B.R. 1 (Que. S.C.); *In re Neiman* (1953), 33 C.B.R. 230 (Ont. S.C.); *In re F.W. Daniel & Co., Ltd.* (1934), 16 C.B.R. 21 (N.B.K.B.); *Langille v. Toronto-Dominion Bank* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 35 (N.S.C.A.); affirmed (1982), 40 C.B.R. (N.S.) 113 (S.C.C.).

<sup>2</sup> See T.H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain* (1981-82), 91 Yale L.J. 857, for a discussion of the efficiencies of collective bankruptcy proceedings. See also J.J. Quinn, *Corporate Reorganization and Strategic Behaviour: An Economic Analysis of Canadian Insolvency Law and Recent Proposals for Reform* (1985), 23 Osgoode Hall L.J. 1; Aleck Dadson, *A Fresh Plea for the Financing Buyer* (1986), 11 C.B.L.J. 171, at pp. 192-194.

<sup>3</sup> *Re Paré; Bourgeois v. Michaud* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 199 (Que. S.C.); *Re Willey* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 24 (B.C.S.C.).

<sup>4</sup> Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 139-152. For a discussion of the institution of discharge, see T.H. Jackson, *The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law* (1984-85), 98 Harv. L. Rev. 1393.

bankruptcy system should disturb further the legal relationships among debtors and creditors. For instance, should bankruptcy be an occasion for changing the way in which we rank claims to a debtor's assets? Or should bankruptcy be an occasion for expanding the range of existing assets which a debtor may withhold from his creditors? The difficulty we have in answering these questions is illustrated by two recent decisions of the Supreme Court of Canada, *Deloitte Haskins and Sells Limited v. Workers' Compensation Board*<sup>5</sup> and *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*.<sup>6</sup>

### *Bankruptcy's Effect on Priorities Among Creditors*

The first of these decisions, *Deloitte Haskins*, focuses on how bankruptcy affects the way in which we rank claims to the debtor's assets. The case arose out of a dispute between the Alberta Workers' Compensation Board and the trustee in bankruptcy of Jac's Jackets and Crests Ltd. about the status of a statutory lien which the Board claimed over the assets of Jac's. The Alberta Workers' Compensation Act<sup>7</sup> provides that any amount due and payable by an employer such as Jac's to the Board is a charge upon the property or proceeds of the property of the employer. The statute further provides that the charge in favour of the Board is to enjoy a priority over all "liens, charges, mortgages or other encumbrances whatsoever . . .".<sup>8</sup> The issue was whether the Bankruptcy Act recognized and preserved the preferential position to which the Board was entitled under provincial legislation. The majority of the court held that the Bankruptcy Act did not do so. Wilson J., writing for the majority, held that the Board's entitlement under provincial legislation conflicted with the scheme of distribution set forth in section 107 of the Bankruptcy Act. Section 107 treats a workers' compensation board as a preferred creditor ranking ahead of general creditors but behind both secured creditors (who are excepted from the scheme of section 107) and higher ranking preferred creditors (including the trustee claiming in respect of his expenses and fees).<sup>9</sup> Accordingly, the Board's charge was unenforceable in bankruptcy proceedings. The provincial legislation creating the

<sup>5</sup> [1985] 1 S.C.R. 785, (1985), 55 C.B.R. (N.S.) 241.

<sup>6</sup> [1985] 2 S.C.R. 417, (1985), 57 C.B.R. (N.S.) 113.

<sup>7</sup> Workers' Compensation Act, S.A. 1973, c. 87, s. 78(4) (now S.A. 1981, c. W-16, s. 126). The statutory lien is a device commonly used by provinces to secure Crown claims. See W.A. Bogart, *Statutory Claims: Trusting the Courts in Lien Times*, in M.A. Springman and E. Gertner (eds.), *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine* (1985), p. 399.

<sup>8</sup> Workers' Compensation Act, s. 78(4)(b).

<sup>9</sup> Bankruptcy Act, *supra*, footnote 4, s. 107 provides:

(1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows: . . .  
(b) the costs of administration, in the following order,

charge either was inoperative in the face of conflicting federal legislation<sup>10</sup> or had to be read down to avoid the operational conflict.<sup>11</sup>

Only Estey J. held that the Board's statutory claim was enforceable in bankruptcy proceedings. He reasoned that, since provincial legislation created a charge in favour of the Board, the Board was a secured creditor for the purposes of the Bankruptcy Act. The charge was therefore excepted from the scheme of distribution in section 107.<sup>12</sup> Nothing in the Bankruptcy Act reduced the Board from the status of a secured creditor to that of a preferred creditor ranking behind the trustee.

The majority decision in *Deloitte Haskins* largely settles a long standing controversy over the status of provincial statutory liens in bankruptcy.<sup>13</sup> The case was preceded by at least half a dozen reported decisions on the matter, including one from the Supreme Court of Canada itself, *Deputy Minister of Revenue (Quebec) v. Rainville*.<sup>14</sup> In *Rainville*, the majority had ruled that the provisions of the Quebec Retail Sales Tax Act, making any sums owing to the Crown a "privileged debt", ranking immediately after legal costs, were inoperative in bankruptcy proceedings.<sup>15</sup>

- 
- (i) the expenses and fees of the trustee,
  - (ii) legal costs; . . .

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*; . . .

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

<sup>10</sup> *Supra*, footnote 5, at pp. 788-789 (S.C.R.), 250 (C.B.R.), per Chouinard J. (Dickson C.J.C. and Beetz J. concurring).

<sup>11</sup> *Ibid.*, at pp. 807-808 (S.C.R.), 259-260 (C.B.R.), per Wilson J. (McIntyre and Lamer JJ. concurring).

<sup>12</sup> *Ibid.*, at pp. 795-796 (S.C.R.), 249-250 (C.B.R.).

<sup>13</sup> The decision did not expressly deal with the issue of "deemed trusts". See *Re Pheonix Paper Products Ltd.* (1983), 3 D.L.R. (4th) 617, 44 O.R. (2d) 225, 48 C.B.R. (N.S.) 113 (Ont. C.A.).

<sup>14</sup> [1980] 1 S.C.R. 35, (1979), 33 C.B.R. (N.S.) 301. See also: *Re Clemenshaw, Workmen's Compensation Board v. Canadian Credit Men's Trust Association Ltd.* (1962), 36 D.L.R. (2d) 245, 40 W.W.R. 199, 4 C.B.R. (N.S.) 238 (B.C.C.A.); *Re R.A. Nelson Construction Ltd.* (1965), 52 D.L.R. (2d) 189, 53 W.W.R. 574, 8 C.B.R. (N.S.) 221 (B.C.S.C.); *Re Trinel Office Products Ltd., Alberta Workmen's Compensation Board v. Davis* (1970), 11 D.L.R. (3d) 722, 73 W.W.R. 495, 14 C.B.R. (N.S.) 248, (Alta. S.C.); *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 417, 38 C.B.R. (N.S.) 253 (N.S.C.A.); *Board of Industrial Relations v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 126 (B.C.C.A.); *Re Kinross Mortgage Corporation and Bushnell* (1981), 127 D.L.R. (3d) 740, [1982] 1 W.W.R. 87, 41 C.B.R. (N.S.) 1 (B.C.C.A.). For a thorough summary of the pre-*Deloitte Haskins* case law, see Bogart, *op. cit.*, footnote 7.

<sup>15</sup> Estey J.'s dissent in *Deloitte Haskins* echoes his dissent in *Rainville*.

Since those provisions conflicted with section 107(1)(j) of the Bankruptcy Act, the Crown's claim in respect of retail sales tax was reduced from the status of a secured claim to that of a preference claim. *Rainville* had not resolved the controversy over statutory liens because it dealt specifically with section 107(1)(j) which confers preferred status on Crown claims not mentioned elsewhere in the section and which expressly stipulates that those claims are to rank *pari passu* "notwithstanding any statutory preference to the contrary". Such a stipulation is not found in the other paragraphs of section 107. *Deloitte Haskins* is significant because it confirms that any statutory lien conferred by a province on creditors listed in those paragraphs will nonetheless be inoperative in bankruptcy proceedings.

The very persistence of the controversy over statutory liens highlights the fact that some creditors have a lot to gain and others a lot to lose if priorities can be changed merely by resorting to bankruptcy proceedings. The danger posed by a decision like *Deloitte Haskins* is that it encourages certain creditors to initiate bankruptcy proceedings solely for the purpose of triggering a change of priorities in their favour, even though those proceedings may leave creditors as a group worse off.<sup>16</sup> Secured lenders in particular will have an incentive to commence bankruptcy proceedings in order to reduce the status of any creditors, such as employees or a workers' compensation board, upon whom provincial legislation confers a prior charge over the debtor's assets.<sup>17</sup> The use of bankruptcy proceedings in this fashion will, at the very least, increase the cost of liquidating the debtor's assets. It will, so to speak, increase the cost of cutting the pie without increasing the size of the pie to be cut. Moreover, the availability to secured creditors of a more favourable priority rule in bankruptcy will increase the cost of negotiating non-bankruptcy "workouts" among debtors and creditors. This problem arises because the value of each creditor's claim *in bankruptcy* sets the standard against which each creditor will evaluate such a workout. A creditor who ranks higher in bankruptcy will demand that he be given the same rank outside bankruptcy as the price for not initiating bankruptcy proceedings. Hagglng over the treatment to be accorded that creditor outside bankruptcy may mean that in some instances bankruptcy proceedings will be used when such proceedings are not in the best interests of creditors as a group.

The unwillingness of the Supreme Court of Canada to enforce provincial statutory liens in bankruptcy does not necessarily reflect an insen-

---

<sup>16</sup> See Law Reform Commission of British Columbia, Report on the Crown as Creditor: Priorities and Privileges (1982), pp. 44-45; W.A. Bogart, Statutory Claims and Personal Property Security Legislation: A Proposal (1983-84), 8 C.B.L.J. 129, at pp. 175-176. See also *Canadian Acceptance Corp. Ltd. v. Gillespie* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 197 (N.B.C.A.).

<sup>17</sup> See *Re Black Bros. (1978) Ltd.* (1982), 41 C.B.R. (N.S.) 163 (B.C.S.C.).

sitivity to this hazard. It may, instead, reflect a concern about the wisdom of conferring on certain creditors a priority over contractual security interests. The existence of such statutory priorities increases the uncertainty which secured lenders face in dealing with borrowers. It increases the difficulty which such lenders encounter in determining the state of their security either at the time the loan is made or at any point during the term of the loan.<sup>18</sup> All other things being equal, that difficulty will increase the cost of secured borrowing. The question of whether the aggregate cost of borrowing is lower if creditors are ranked one way rather than another way is a highly controversial one;<sup>19</sup> nonetheless, the approach in *Deloitte Haskins* might be justified on the ground that the problem of uncertainty for secured lenders is great enough to warrant the availability of a mechanism whereby those lenders can, albeit at some cost, escape from ill-considered provincial priority rules. This possibility may, in fact, be consistent with one explanation that has been offered for the original allocation to the federal government of jurisdiction over bankruptcy and insolvency. Albert Bohemier has suggested that one factor accounting for that allocation was the concern on behalf of the financial community about the susceptibility of provincial legislatures to pressure from parochial interests, such as local debtors and their employees.<sup>20</sup> The financial community was eager to have the bankruptcy power vested in a government which would not be so easily swayed by such interests; the Bankruptcy Act would provide the means for undoing any mischief arising at the provincial level.

This policy of using the Bankruptcy Act to "correct" non-bankruptcy priority rules is also found in the recent proposals of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency.<sup>21</sup> The Committee has proposed that

---

<sup>18</sup> See Law Reform Commission of British Columbia, *op. cit.*, footnote 16, pp. 35-41; Canada, Department of Consumer and Commercial Affairs, Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee of Bankruptcy and Insolvency (1986), pp. 76-79.

<sup>19</sup> T.H. Jackson and A.T. Kronman, Secured Financing and Priorities Among Creditors (1978-79), 88 Yale L.J. 1143; A. Schwartz, Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories (1981), 10 J. Legal Stud. 1; S. Levmore, Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings (1982-83), 92 Yale L.J. 49; J.J. White, Efficiency Justifications for Personal Property Security (1984), 37 Vand. L. Rev. 473; A. Schwartz, The Continuing Puzzle of Secured Debt (1984), 37 Vand. L. Rev. 1051; H. Kripke, Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact (1985), 133 U. Pa. L. Rev. 929; T.H. Jackson and A. Schwartz, Vacuum of Fact or Vacuum Theory: A Reply to Professor Kripke (1985), 133 U. Pa. L. Rev. 987; Dadson, *loc. cit.*, footnote 2.

<sup>20</sup> A. Bohemier, *La faillite en droit constitutionnel canadien* (1972), pp. 21-25. See also S.W. Jacobs, *A Canadian Bankruptcy Act—Is It a Necessity?* (1917), 37 C.L.T. 604, at p. 608. Compare C.A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), p. 32.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, footnote 18, pp. 76-79.

no preference in favour of government agencies such as workers' compensation boards be enforceable in bankruptcy. It has also proposed that any preference accorded those agencies under provincial or federal legislation outside bankruptcy be abolished. The adoption of both proposals would bring a new consistency to the ranking of creditors in and outside bankruptcy. But adoption of the first proposal without the second would leave us with the hazard of opportunism seen in cases like *Deloitte Haskins*.

### *Exempt Property and the Price of Discharge*

Whereas *Deloitte Haskins* deals with the effect of bankruptcy on the legal relationships among creditors, *Vachon* deals with the effect of bankruptcy on the legal relationship between a debtor and certain of his creditors. More particularly, *Vachon* looks at the question of which property a debtor must surrender to his pre-bankruptcy creditors in order to obtain a discharge. The property which a debtor must turn over to his creditors in bankruptcy proceedings constitutes a large part of the "price" which a debtor must pay for a discharge.<sup>22</sup> The Act's general policy when setting the "price" of discharge is to defer to pre-bankruptcy exemption rules. It allows a bankrupt to withhold from his creditors only that portion of his existing property which is exempt from seizure by execution creditors outside bankruptcy.<sup>23</sup> The one exception to this general policy is found in the Act's treatment of the bankrupt's pre-discharge earnings. The garnishment schemes common to most provinces allow judgment creditors to seize a certain percentage of the judgment debtor's wages.<sup>24</sup> That percentage is usually specified by statute. The courts do not usually intervene in this process unless either the judgment debtor or his judgment creditors seeks to have this specified percentage varied. The Bankruptcy Act replaces this scheme with one obliging the trustee to seek, at the outset, a judicial determination of the portion of the bankrupt's pre-discharge earnings that is to be paid to the trustee for distribution among creditors. The bankruptcy court makes that determination having regard to "the family responsibilities and personal situation of the bankrupt".<sup>25</sup> *Vachon* is significant because it extends to wage substitutes, such as unemployment insurance benefits, the same treatment that is given a bankrupt's pre-discharge earnings.

---

<sup>22</sup> Other components of that "price" include the disabilities imposed on undischarged bankrupts and any change in the cost of credit to persons on account of their bankruptcy.

<sup>23</sup> Bankruptcy Act, *supra*, footnote 4, s. 47(b); *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, *supra*, footnote 6, at pp. 420 (S.C.R.), 116 (C.B.R.); *cf. Re Wagner; Wagner v. Diegel & Feick Inc.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 309 (Ont. S.C.).

<sup>24</sup> See, for instance, Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, c. 75, ss. 4, 5; Wages Act, R.S.O. 1980, c. 526, s. 7.

<sup>25</sup> Bankruptcy Act, *supra*, footnote 4, s. 48.



The Bankruptcy Act itself is silent about how such wage substitutes are to be treated in bankruptcy proceedings. The Unemployment Insurance Act, 1976<sup>26</sup> exempts unemployment insurance benefits from seizure by execution creditors of a recipient and, accordingly, no portion of those benefits can be claimed by a recipient's trustee in bankruptcy.<sup>27</sup> However, the Unemployment Insurance Act also provides that the Employment and Immigration Commission itself may recover any overpayments it has made to a recipient by withholding from subsequent benefits an amount equal to the overpayment. The dispute in *Vachon* arose over *Vachon's* claim that the Commission had wrongfully withheld from benefits payable to him prior to discharge an amount in respect of an overpayment made to him before bankruptcy. Beetz J., writing for the court, held that the Commission could not exercise its statutory withholding power against a bankrupt recipient of Unemployment Insurance Corporation benefits. Any claim by the Commission was stayed by section 49(1) of the Bankruptcy Act. However, Beetz J. went on to draw an analogy between pre-discharge earnings and pre-discharge unemployment insurance benefits, and suggested that in the future the bankruptcy court should entertain applications by the Commission to withhold from pre-discharge benefits the amount of any pre-bankruptcy overpayment. Such an application would be considered by the bankruptcy court in light of the financial circumstances of the bankrupt recipient.<sup>28</sup>

By making the financial need of the recipient the standard according to which withholding by the Commission may be allowed in bankruptcy proceedings, *Vachon* simply reflects the standard that prevails outside bankruptcy. Regulations under the Unemployment Insurance Act allow the Commission to write off any overpayment if the Commission considers that repayment would result in "undue hardship" to the recipient.<sup>29</sup> What *Vachon* does is replace an administrative assessment of the recipient's financial circumstances with a judicial one. Why should the initiation of bankruptcy proceedings effect this change? If our bankruptcy system is prepared to incorporate and defer to non-bankruptcy rules determining the existing assets which a debtor may withhold from his creditors, why should that system not similarly incorporate and defer to a non-bankruptcy rule identifying the officer who is to fix the portion of a particular wage substitute that the debtor may keep? The answer may be that we have an interest in centralizing decisionmaking regarding wages and wage substitutes in bankruptcy proceedings. Income from employment and social security programmes may have a more direct effect on

---

<sup>26</sup> S.C. 1970-71-72, c. 48.

<sup>27</sup> *Vachon v. Employment and Immigration Commission*, *supra*, footnote 6, at pp. 420 (S.C.R.), 116 (C.B.R.).

<sup>28</sup> *Ibid.*, at pp. 430-431 (S.C.R.), 125 (C.B.R.).

<sup>29</sup> *Ibid.*, at pp. 431-432 (S.C.R.), 126 (C.B.R.).

the future welfare of an individual than do other forms of wealth. By centralizing such decisionmaking in the bankruptcy court, we may better ensure that bankruptcy's policy of promoting the financial rehabilitation of individuals is honoured.<sup>30</sup>

The change wrought by *Vachon* is not merely a procedural one. The treatment accorded unemployment insurance benefits will change the price which a debtor must pay to obtain a discharge. By requiring the Commission to seek judicial permission to recover pre-bankruptcy overpayments out of benefits subsequently payable to a bankrupt, *Vachon* will increase substantially the cost to the Commission of withholding. An increase in the cost of withholding will only decrease the likelihood that the Commission will withhold rather than rely on its status as a preferred creditor in any distribution of a bankrupt recipient's non-exempt assets.<sup>31</sup> The substitution of a judicial procedure for an administrative one will shield pre-discharge benefits from the Commission and thereby reduce the price to a debtor of making a fresh start. A reduction in the price of discharge will increase the incentive for certain individuals to make an assignment.

### Conclusion

A review of *Deloitte Haskins* and *Vachon* reveals a certain irony in the way we treat non-bankruptcy legal relationships in the course of promoting the goals of our bankruptcy system. For instance, nothing about the collectivization of insolvency proceedings requires the alteration of the way we rank creditors outside bankruptcy. The question of how to collectivize insolvency proceedings is entirely distinct from the question of how to rank competing claims to a debtor's assets.<sup>32</sup> Nonetheless, a case such as *Deloitte Haskins* shows that we have treated the collectivization of insolvency proceedings as an occasion for changing the legal relationships that prevail among creditors outside bankruptcy. The disregard which *Deloitte Haskins* shows for certain non-bankruptcy priority rules contrasts sharply with the deference which our bankruptcy system shows towards non-bankruptcy exemption rules. That deference is particularly striking because the question of how much property a debtor must surrender in order to get a discharge is a matter with which any

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, at pp. 430-431 (S.C.R.), 125 (C.B.R.).

<sup>31</sup> Bankruptcy Act, *supra*, footnote 4, s. 107(i)(h).

<sup>32</sup> It is generally accepted that *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187 (P.C.) held that federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency enabled the federal legislature to determine relative priorities in bankruptcy. It is probably too late to argue that *Larue* held simply that the federal legislature can change non-bankruptcy priorities only to the extent that the collectivization of insolvency proceedings requires such a change.

bankruptcy system must deal. There is no reason why a bankruptcy system, in setting the price of discharge, must necessarily adopt the exemption rules set down outside bankruptcy. Both *Vachon* and *Deloitte Haskins* vary pre-bankruptcy legal relationships in some way. Both create incentives for certain parties to initiate bankruptcy proceedings. The fact the *Vachon* may increase the incentive for certain individuals to make an assignment merely means that, as a matter of bankruptcy policy, we have chosen to reduce the price of discharge. By contrast, the fact that *Deloitte Haskins* may increase the incentive for certain creditors to commence bankruptcy proceedings means that we are prepared to correct what some think to be inappropriate priority rules by compromising one of the goals of bankruptcy.

ALECK DADSON\*

---

\* Aleck Dadson, of the Ontario Bar, Toronto, Ontario. This commentary was written when the author was Assistant Professor, Faculty of Law, The University of British Columbia, Vancouver, British Columbia.