



CONTINENTAL SHED RENTALS INC.

CONTINENTAL SHED RENTALS INC.

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

TRUSTEE IN BANKRUPTCY, ALLAN
MARSHALL & ASSOCIATES INC., IN THE
MATTER OF THE BANKRUPTCY OF ILEANA
NEGRU

LE SYNDIC DE FAILLITE ALLAN MARSHALL
& ASSOCIATES INC., DANS L'AFFAIRE DE
LA FAILLITE D'ILEANA NEGRU

RESPONDENT

INTIMÉ

Continental Shed Rentals Inc. v. Trustee in
Bankruptcy, Allan Marshall & Associates Inc., in
the matter of the bankruptcy of Ileana Negru,
2024 NBCA 86

Continental Shed Rentals Inc. c. Le syndic de
faillite Allan Marshall & Associates Inc., dans
l'affaire de la faillite d'Ileana Negru,
2024 NBCA 86

CORAM:

The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Baird
l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
October 20, 2023

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 20 octobre 2023

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2023 NBKB 184

Décision frappée d'appel :
2023 NBBR 184

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
January 23, 2024

Appel entendu :
le 23 janvier 2024

Judgment rendered:
July 11, 2024

Jugement rendu :
le 11 juillet 2024

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Counsel at hearing:

For the appellant:

Josie H. Marks and Lyndsay Scovil

For the respondent:

Frederick A. Welsford, K.C. and Chelsea L. Seale

THE COURT

The appeal is dismissed with costs payable to the respondent of \$3,000.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Josie H. Marks et Lyndsay Scovil

Pour l'intimé :

Frederick A. Welsford, c.r. et Chelsea L. Seale

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 3 000 \$ payables à l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by:

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] The Trustee in Bankruptcy of Ileana Negru disallowed a claim by Continental Shed Rentals Inc. to a utility shed that was in Ms. Negru’s possession when she made an assignment in bankruptcy in June 2023. Ms. Negru acquired the 12ft x 40ft shed in January 2020, under a “rent to own” arrangement; however, Continental did not register its interest under the *Personal Property Security Act*, S.N.B. 1993, c. P-7.1 (the “PPSA” or the “Act”).

[2] In 2022, after Ms. Negru had failed to make monthly payments due under the lease, Continental commenced an action in Small Claims Court, claiming the return of the shed and judgment for the unpaid arrears. On January 12, 2023, the adjudicator decided Continental was entitled to “recover possession of the” shed and to judgment for \$6,760 (the court’s maximum award, given its \$20,000 monetary jurisdiction and its acceptance of the shed having a value of \$13,240). The following day, a Judgment was issued by the Clerk, and on February 1, 2023, an Order for Delivery of Personal Property (Form 61C) was issued, directing the Sheriff to seize the shed and deliver it to Continental.

[3] However, in June 2023, before either the shed was seized or any funds recovered, Ms. Negru became a bankrupt. Continental then filed a Proof of Claim (Property), claiming entitlement to the shed based on being its “legal owner.” It provided the Trustee with copies of the “rent to own” documents, the decision of Small Claims Court, and the Order. The Trustee disallowed the claim, concluding (1) Continental held a security interest that was “ineffective against” the Trustee since it was “unperfected at the time of the bankruptcy” (s. 20(2) of the *PPSA*), and (2) the Order did not change this since bankruptcy “takes precedence over all judicial or other attachments, [...] judgments, [...] executions or other process against the property of a bankrupt, except those that have been

completely executed by payment to the creditor” (underlining added, s. 70(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, (the “*BIA*”)).

[4] In its appeal to the Court of King’s Bench, Continental claimed the Trustee erred in assuming that Ms. Negru still had a right to possess the shed at the time of her bankruptcy and failing to recognize the decision and/or Order confirmed the lease was terminated and Continental was entitled to possession of the shed. It maintained that, on Ms. Negru’s bankruptcy, she no longer had any interest that could vest in the Trustee under s. 71 of the *BIA*. The motion judge rejected these submissions and dismissed the appeal.

[5] In its appeal to this Court, Continental contends the judge erred in law by:

1. failing to determine, as a threshold question, whether Ms. Negru had any proprietary interest in the shed to vest in the Trustee at the time of bankruptcy;
2. finding the lease survived the Decision issued on January 12, 2023, and Order issued on February 1, 2023; and
3. finding the *PPSA* determinative of its claim for the return of property, pursuant to s. 81 of the *BIA*.

[6] Before this Court, Continental acknowledges that a “security interest” attached when the shed was delivered to Ms. Negru in January 2020 (pursuant to s. 12(1) of the *PPSA*), and since it did not register a financing statement under the *Act*, it held an unperfected security interest that left it exposed to the risk of subsequent perfected interests or a trustee in bankruptcy of Ms. Negru.

[7] However, relying on its assertion that the lease was terminated, Continental’s oral submissions advanced three main points: (1) Ms. Negru had no proprietary interest in the shed at the time of her bankruptcy (that could vest in the Trustee);

(2) the absence of such an interest is fatal to the Trustee's position (as indicated by the Supreme Court of Canada in *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, [1998] S.C.J. No. 11 (QL) ("*Giffen*"), and (3) s. 70 of the BIA is of no assistance to the Trustee, as it is not applicable in the circumstances.

[8] The consideration of Continental's submissions is aided by an appreciation of the distinction between the two types of leases that are subject to the *PPSA*. Indeed, on the crucial issue of whether the lease was terminated by the decision of Small Claims Court, as Continental contends, the analysis is different, depending on whether the lease is a security lease or a true lease (of more than one year).

[9] The *Act* applies to leases that operate to secure payment or performance of an obligation; such leases are commonly called "financing or security leases" and they are treated like any security agreement, for all purposes under the *Act*. The *Act* also applies to leases that do not operate to secure payment or an obligation and are for a term of more than one year. Such "true leases" are "deemed" to be security interests and subject to most parts of the *Act*; however, unlike security leases, they are not subject to "Part V – Default Rights and Remedies" of the *Act*.

[10] Although in the proceedings below, there was no determination of whether the lease was a security lease or a true lease, in either case, s. 20(2) of the *PPSA* continued to apply, and for reasons that are more fully set out below, I would dismiss the appeal.

II. Analysis

A. *The Application of the PPSA*

(1) Security Leases and True Leases

[11] The *PPSA* "applies to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the

collateral” (s. 3(1)(a), emphasis added). Without limiting this broad statement, the provision goes on to also state that the *Act* applies to leases that “secure payment or performance of an obligation” (s. 3(1)(b)):

Application of this Act

3(1) Subject to section 4, this Act applies

(a) **to every transaction that in substance creates a security interest**, without regard to its form and **without regard to the person who has title** to the collateral, and

(b) without limiting the generality of paragraph (a), **to a chattel mortgage, conditional sale, fixed charge, floating charge, pledge, trust indenture, trust receipt, an assignment, a consignment, lease, trust or transfer of chattel paper where they secure payment or performance of an obligation.** [Emphasis added.]

Application de la présente loi

3(1) Sous réserve de l’article 4, la présente loi s’applique

a) **à toute opération qui crée essentiellement une sûreté**, quelle qu’en soit la forme et quelle que **soit la personne qui a le titre relatif** au bien grevé, et

b) sans restreindre la généralité de l’alinéa a), **à une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, une charge fixe, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, un bail, une fiducie ou un transfert de titre de créance garanti lorsqu’ils garantissent le paiement ou l’exécution d’une obligation.** [Gras ajouté.]

[12] The extension of the *PPSA* to certain types of leases is not novel, and it should not give rise to notions of unexpected or unintended consequences. Even before the *Act* came into force in 1995, personal property security legislation applied to leases that operated effectively as a security agreement. The *Conditional Sales Act*, R.S.N.B. 1952, c. 34, defined “conditional sale” to include “a contract for the hiring of goods under which it is agreed that the hirer will become or have the option of becoming the owner of the goods upon compliance with the terms of the contract” (underlining added). Section 3(1)(b) of the *Act* refers to both conditional sales and leases. Likewise, with the object of thwarting efforts to craft a security transaction in a manner that is designed to avoid the application of personal property security legislation, the *Bills of Sale Act*, R.S.N.B. 1952, c. 18, defined “mortgages” broadly, to include agreements that “intended to operate as a mortgage or

pledge of chattels,” regardless of the transaction’s form. Section 3(1)(b) of the *Act* includes chattel mortgages.

[13] However, new with the enactment of the *PPSA* in New Brunswick was the deeming of some “true leases” to be security agreements for some purposes of the *Act*. The *Act* applies to true leases that are “for a term of more than one year” (s. 3(2)(b)), as it does to certain other arrangements that do not secure payment or performance of an obligation:

3(2) Subject to sections 4 and 55, this Act applies	3(2) Sous réserve des articles 4 et 55, la présente loi s’applique
(a) to a commercial consignment,	a) à une consignation commerciale,
(b) to a lease for a term of more than one year,	b) à un bail d’une durée supérieure à un an,
(c) to a transfer of an account or chattel paper, and	c) au transfert d’un compte ou d’un titre de créance garanti, et
(d) to a sale of goods without a change of possession,	d) à une vente d’objets sans dépossession,
that do not secure payment or performance of an obligation.	qui ne garantissent pas le paiement ou l’exécution d’une obligation.

[14] Consistent with this, “security interest” is defined to include the interest of a lessor under a lease of more than one year, that does not secure an obligation. The deeming of true leases (of more than one year) to be security interests is harmonious with the object of those parts of the *Act* that establish a registry for non-possessory security interests, which permits the ability to determine whether goods in the possession of one person are subject to a registered security interest held by another, and prescribe the priority of those interests. The application of the *Act* to only longer-term true leases (of more than one year), reflects a legislative policy decision.

[15] In sum, both security leases and true leases (of more than one year) are “security agreements” under the *PPSA* and, in either case, the lessor’s “security interest”

must be perfected to be protected from subsequent perfected security interests, or a trustee in bankruptcy of a lessee. Perfection is most commonly achieved through the simple act of registering a financing statement under the *Act*.

[16] It bears mentioning that, since s. 3(1) applies to leases that secure an obligation and s. 3(2) captures those that do not, a lease can satisfy only one of these provisions; it is either a security lease or a true lease (of more than one year). This “either/or” approach in s. 3 of the *PPSA* contrasts with the less categorical legislation of other provinces. For example, when the legislation of Ontario changed in 2007 to apply to true leases (of more than one year); the “more than one year” characteristic/test is met “whether or not the interest secures payment or performance of an obligation” (underlining added).

(2) *PPSA Default Rights and Remedies Apply to Security Leases, But Not True Leases*

[17] The *PPSA*, like the regimes of other provinces, does more than create a registry and prescribe the priority of security interests. In “Part V - Default Rights and Remedies,” the *Act* provides the “secured party” and “debtor” with rights and remedies that arise on default. For example, one provision gives a lessee/debtor a right to claim any surplus remaining after the amount recovered from the collateral is applied to the secured debt (s. 60); another confers a right on a lessee/debtor to redeem the leased goods/collateral before their disposition (s. 62).

[18] The rights under Part V exist regardless of the terms of the security agreement since the *Act* provides that (1) no such provision, to the extent it “gives rights and remedies to the debtor or imposes obligations on the secured party, can be waived or varied by agreement or otherwise” (s. 56(4)), and (2) except as provided in the *Act*, “a provision in a security agreement or any other agreement is void if it purports to exclude an obligation or an onus imposed by this Act or purports to limit the liability of [...] a person who has failed to discharge an obligation imposed by this Act” (s. 66(7)).

[19] Additionally, a “security interest does not merge merely because a secured party has reduced the claim to judgment” (s. 55(8)).

[20] Commentary on the ability to contractually modify the rights and obligations in Part V are offered by Professors Ronald C.C. Cuming, Catherine Walsh & Roderick J. Wood in *Personal Property Security Law*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2022):

Although most security agreements contain contractual provisions that set out the enforcement remedies of the secured party, it is not strictly necessary for the security agreement to contain any enforcement provisions at all. The enforcement remedies are conferred by Part 5 rather than by the security agreement. In a few instances, Part 5 provides that the right must be stipulated in the security agreement in order to create the enforcement right. The most significant example is the rule that the security agreement must provide for the appointment of a receiver in order for the secured party to privately appoint a receiver. [...]

For the most part, this scheme of enforcement remedies is mandatory and a secured party has only a limited ability to vary it by contract. **The PPSA provides that to the extent that the enforcement provisions give rights to the debtor or impose obligations on the secured party, they cannot be waived or varied except as provided by the Act.** [...] The PPSA also states that provisions in a security agreement that purport to exclude a duty or limit damages recoverable are void. Although the PPSA provides that a secured party also has the rights and remedies provided in the security agreement, these cannot detract from the rights conferred upon the debtor by Part 5 and by section 17. **The PPSA permits contractual variation of the remedial scheme if variation expands the rights available to the debtor on default.** [Emphasis added; footnotes omitted; pp. 674-675]

[21] As noted, while the provisions of Part V apply to security leases (as they do to all agreements that secure payment or an obligation), they do not apply to true leases (of more than one year), or other types of deemed security agreements, which do not secure payment as ss. 55(1)(a) of the *Act* states that Part V does not apply to “a transaction referred

to in subsection 3(2)”, which is the subsection that deals with true leases. Consequently, on default, the parties’ rights and remedies under a security lease are governed by Part V, while under a true lease, they are derived from the lease itself, subject to any applicable statutory or common law limitations or obligations.

(3) Unperfected Security Interests and the Trustee in Bankruptcy of a Lessee
(s. 20)

[22] Where a lessor’s interest in the leased property is not perfected, the trustee in bankruptcy of the lessee has an independent statutory right in relation to the leased property/collateral. The *PPSA* provides that an “unperfected security interest in collateral” is “not effective against” the trustee in bankruptcy of a lessee and “subordinate to” the judgement creditor of the lessee:

Subordination of unperfected security interests

20(1) An unperfected security interest in collateral **is subordinate to** the interest of

(a) a judgment creditor [...]

20(2) An unperfected security interest in collateral **is not effective against**

(a) **a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the time of the bankruptcy,**

(b) a liquidator appointed [...].
[Emphasis added.]

Subordination des sûretés imparfaites

20(1) Une sûreté imparfaite sur un bien grevé **est subordonnée à l’intérêt**

a) d’un créancier sur jugement [...]

20(2) Une sûreté imparfaite sur un bien grevé **est sans effet à l’égard**

a) **d’un syndic de faillite si la sûreté est imparfaite au moment de la faillite,**

b) d’un liquidateur nommé [...].
[Gras ajouté.]

[23] Thus, a lessor who has not perfected its interest in the leased property may have its interest subordinated or lost entirely; however, as against the lessee, the *PPSA* deems the lessor to have suffered damages equal to both the value to the property lost, plus the loss from early termination of the lease (s. 21 - Damages Recoverable by the Lessor). While the value of this right against the lessee may be of little consolation where the lessee

has gone bankrupt, collectively s. 20 and s. 21 reflect the priorities of the regime for registration of non-possessory security interests established by the *Act*.

[24] The leading authority respecting the interpretation of legislative provisions like s. 20(2) is the 1998 decision of the Supreme Court in *Giffen, supra*. Both the Trustee and Continental reference this decision; the Trustee maintains it is sufficient to dispose of Continental's claim, and Continental distinguishes it, based on its assertion that the lease was terminated before bankruptcy.

[25] The dispute in *Giffen* was between the lessor of motor vehicle under a true lease (of more than one year) and the trustee in bankruptcy of the lessee. The lessor had an unperfected security interest in the vehicle, as the lessor had not registered its interest. In the decision under appeal, the court concluded the lessee had only a right of use and possession, and consequently, it found that the lessee did not have a proprietary interest in the vehicle that could vest in the trustee, as "property of the bankrupt," under s. 71 of the *BIA*.

[26] The Supreme Court rejected the lower court's focus on the title retention nature of the lease; in other words, the fact that the lessor owned the vehicle, and the lessee had only a right of possession. The Court explained that legislative regimes, like the *PPSA*, have largely replaced or modified traditional, common law principles applicable to personal property security rights and obligations. The legislative intent of making an unperfected security interest "ineffective" against a trustee in bankruptcy applied regardless of either the form of the security agreement and/or "traditional concepts of title and ownership." Emphasizing the *PPSA*'s departure from traditional personal property principles, Iacobucci J. stated:

The Court of Appeal did not recognize that the provincial legislature, in enacting the PPSA, has set aside the traditional concepts of title and ownership to a certain extent. T. M. Buckwold and R. C. C. Cuming, in their article "The *Personal Property Security Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Two Solitudes or

Complementary Systems?” (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467, at pp. 469-70, underline the fact that **provincial legislatures, in enacting personal property security regimes, have redefined traditional concepts of rights in property:**

Simply put, the property rights of persons subject to provincial legislation are what the legislature determines them to be. While a statutory definition of rights may incorporate common law concepts in whole or in part, it is open to the legislature to redefine or revise those concepts as may be required to meet the objectives of its legislation. This was done in the provincial PPSAs, which implement a new conceptual approach to the definition and assertion of rights in and to personal property falling within their scope. The priority and realization provisions of the Acts revolve around the central statutory concept of “security interest”. **The rights of parties to a transaction that creates a security interest are explicitly not dependent upon either the form of the transaction or upon traditional questions of title. Rather, they are defined by the Act itself.** [Underlining in original; bold added]

In *International Harvester, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal recognized that **the regime put in place to regulate competing interests in personal property does not turn on title to the collateral** (at p. 204):

There is nothing in the language of the section [s. 20 of the Saskatchewan *PPSA* which is the equivalent of s. 20 of the British Columbia *PPSA*], or its relationship with other sections, or indeed in the overall scheme of the Act **to suggest, for example, that an unperfected security interest, because it is rooted in and attached to the title of particular goods in the possession of a debtor, should be treated as superior to the more generally derived and broadly attached interest which an execution creditor comes to have in a debtor’s goods.** Indeed, the very opposite is suggested not only by the language of the section, but by the overall thrust of the Act. [Emphasis added; paras. 26-27]

[27] The Supreme Court rejected the lower court's conclusion that since a lessor's unperfected security interest was merely "ineffective" against the lessee's trustee, provisions like s. 20(2) were not intended to confer on a trustee any greater rights in the leased goods than the rights held by lessee. On the contrary, the Court concluded that s. 20(2) created an independent right that operated to allow a trustee to acquire a greater interest in the leased property than was held by the lessee at the time of bankruptcy:

I accept that there is a principle which provides that a trustee in bankruptcy cannot obtain a greater interest to the goods than the bankrupt (beyond the context of a trust where the goods are not property of the bankrupt). **However, s. 20(b)(i) itself modifies that principle. Cases decided prior to the Court of Appeal decision in the case on appeal have consistently accepted that s. 20(b)(i), or its equivalent, can give the trustee a greater interest in the disputed property than that enjoyed by the bankrupt.**

In *International Harvester*, the lessor of vehicles failed to register one security interest and improperly registered another. The lessee went bankrupt. The Saskatchewan Court of Appeal had to determine the nature of the interest that the trustee had in the vehicles. The Saskatchewan *PPSA* had a provision very similar to s. 20(b)(i), except it provided that an unperfected security interest shall be "subordinate to" the interest of a trustee in bankruptcy (as opposed to "not effective against"). The lessor argued that this provision could not be interpreted to permit the trustee to acquire a greater interest in property than the bankrupt had.

The court acknowledged that federal bankruptcy legislation provides that a trustee shall step into the shoes of the bankrupt and "as a general rule acquires no higher right in the property of the bankrupt than that which the bankrupt enjoyed" (p. 200). **The court then considered the policy considerations supporting the PPSA regime and the potential for mischief which arises in security transactions where title to property is separated from possession of that property. Provincial legislatures, faced with a policy choice involving the competing interests of the true owner and those of third parties dealing with the ostensible owner, have decided that the true owner must forfeit title, when faced with a**

competing interest, if she failed to register her interest as required. The court also noted that true leases were not regulated by the personal property regimes until recently. Thus, “as a general rule the common law did not allow the lessor’s title to leased goods to be defeated through some dealing of the lessee. However, the Personal Property Security Act has effected far-reaching changes to the law” (p. 201).

[...]

I agree with the decisions of the courts that have held that the principle that a trustee in bankruptcy cannot obtain greater rights to the property than the bankrupt had has been modified through the policy choices of the legislatures represented in s. 20(b)(i) of the PPSA, and its equivalents in other provinces. [Emphasis added; paras. 50-52, 56]

[28] Lastly, while acknowledging that provisions such as s. 20(2) do not purport to confer title on a trustee, Iacobucci J. explained the practical consequences of them permitting a trustee to acquire greater rights than those held by a bankrupt lessee under a true lease (for a term of more than one year). Iacobucci J. stated:

Title could not defeat the trustee’s claim under s. 20(b)(i) of the PPSA, but **does the lessor’s retention of title and the principle of *nemo dat quod non habet* prevent the trustee from selling the car, conferring clear title, and distributing its proceeds under the BIA?**

Section 81 of the BIA provides a procedure through which third parties can file claims with the trustee against “property . . . in the possession of a bankrupt at the time of the bankruptcy”. Subsection 81(2) provides that where the trustee disputes a claim, and the claimant does not appeal within the prescribed time period, then the claimant is “deemed to have abandoned or relinquished all his right to or interest in the property to the trustee who thereupon may sell or dispose of the property free of any lien, right, title or interest of the claimant”. Section 81 does not specifically deal with the circumstances where a claimant’s claim is defeated, but presumably the trustee would be able to sell the good free of the claim.

The lessor could have made a claim under s. 81 of the BIA. This claim would have been defeated by the trustee in reliance on s. 20(b)(i) of the PPSA. [...] [Emphasis added; paras. 57-59]

(See also *Royal Bank of Canada v. Cutler Forest Products Inc.*, 2024 ONCA 118, [2024] O.J. No. 785 per Young J.A.)

[29] Apart from Continental’s position that the lease with Ms. Negru was terminated, it does not dispute that s. 20(2) would render Continental’s unperfected security interest ineffective against the Trustee. In fact, it is based on the termination of the lease that Continental contends *Giffen* is distinguishable, as are other similar cases, including *Cutler Forest Products*.

[30] Despite acknowledging that *Giffen* establishes that a lessee’s possessory rights under a true lease (of more than one year) are sufficient for both s. 20(2) of the *PPSA* and s. 71 of the *BIA*, Continental asserts the decision stands for the proposition that a bankrupt lessee must have a lawful proprietary right to possess and use the leased goods, not merely possession of them at the time of bankruptcy. This submission will be addressed below.

[31] Before continuing further, I would pause to note Iacobucci J.’s comment regarding a trustee’s ability to defeat a claim for the return of property in the possession of a bankrupt (under s. 81 of the *BIA*) by relying on a provision like s. 20(2). In this case, Continental’s Proof of Claim (Property) sought the return of property in the possession of the bankrupt pursuant to s. 81 of the *BIA*, based on being the “legal owner” of the shed. Continental initially asserted that the Trustee could not disallow a claim advanced under s. 81 based on a determination that it was as the holder of an unperfected “security interest,” which was “ineffective” pursuant to s. 20(2); however, this argument was not pursued before us, for good reason since, as stated by Iacobucci J., a claim under s. 81 of the *BIA*, may be “defeated by the trustee in reliance on s. 20(b)(i) of the *PPSA*.”

(4) The PPSA and Termination: Security Leases and True Leases

[32] In support of its position, Continental does not cite any authority respecting the termination of either a true or security lease prior to bankruptcy, let alone one that involves the property continuing to be, after termination of the lease, in the possession of the lessee, until the lessee's bankruptcy.

[33] Decisions and commentary on the issue are limited but not unclear. W.L. Houlden, G.B. Morawetz & J. Sarra, in *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. rev., vol. 2 (looseleaf) cite *National Bank of Canada v. Merit Energy Ltd.*, [2001] A.J. No. 776 (QL) (Q.B.) ("*Merit Energy*") as authority for stating that the termination of a security agreement will not cure an unperfected security interest under the PPSA, and this can be done only by perfection through registration or taking possession (at pp. 3-203-3-204).

[34] In *Merit Energy*, the issue of termination arose in relation to the unperfected security interest under a true lease (of more than one year). The court stated:

[...] [T]ermination of a security agreement does not cure the lack of perfection under the PPSA. Only the filing of a financing statement or possession of the collateral can perfect the interest, provided that either occurs prior to bankruptcy. Maurice J. took this approach in *Percival Mercury Sales Ltd. v. Touche Ross Ltd.* [(1984), 4 P.P.S.A.C. 65 (Sask. Q.B.)] In that case, **the lessor argued that the leases terminated immediately on the lessee's assignment in bankruptcy pursuant to the terms of the leases and therefore, the lessee had no interest to convey to the trustee.** As noted by Professor Ziegel ["Equipment Leases in Saskatchewan" (1985-86) 11 Can. Bus. L.J. 335 at 337.],

Maurice J. gave short shrift to this argument. He did not agree that the agreement automatically terminated the lease upon the lessee's bankruptcy. **Even if it were otherwise, he held, because of s. 20(1)(d) "a termination of the leases would not be effective against the trustee"**. The learned judge was clearly right but his conclusory sentence requires some expansion. **Under the Act, termination of a**

security agreement does not cure the lack of perfection — only the filing of a financing statement or repossession of the collateral can do that if either of these steps takes place before the debtor's bankruptcy. Neither of these conditions was met in the present case. [Italics in original]

[...]

In summary, G & G's interest in the Ford and Chevrolet #3 required perfection under the PPSA in order to be enforceable against third parties. It did not perfect its interest, either by taking possession or by registration prior to bankruptcy. Therefore, its interest is ineffective against the trustee, pursuant to s. 20(1)(b) of the PPSA and *Giffen, Re.* [Emphasis added; footnotes omitted; paras. 29 and 33]

[35] Similarly, in Professors Cuming, Walsh, & Wood's, *Personal Property Security Law, supra*, the authors state that a trustee's power (under s. 20(2)) to treat an unperfected security interest under a true lease as ineffective is "terminated when the lease is terminated and the leased property has been repossessed by the lessor":

Where a true lease (lease for a term of more than one year) is involved, the power of the trustee to defeat the lessor's interest is terminated when the lease is terminated and the leased property has been repossessed by the lessor. At this point, the former lessee has no interest of any kind in the leased property. The same would apply to a commercial consignment when the consigned goods have been returned to the consignor. However, where a security agreement in the form of a lease or a consignment is involved, repossession of the leased property does not terminate the interest of the lessee or consignee. Since the transaction is a security agreement, the lessee's interest is that of a debtor, and not a lessee, with all the rights that are protected by Part 5 of the PPSA. If, however, enforcement of a security interest has been completed pursuant to Part 5 before the debtor becomes a bankrupt, there is nothing for the trustee to attack. The security interest no longer exists. [Emphasis added; pp. 603-604]

[36] In *Wells Fargo Foothill Canada ULC v. Big Eagle Hydro-Vac Inc.*, 2015 ABQB 546, [2015] A.J. No. 938 (QL) (“*Wells Fargo*”), Yamauchi J. relied upon and reproduced the above passage from Cuming, Walsh, & Wood’s *Personal Property Security Law* (while the passage reproduced was from the 2nd Edition in 2012, it is the same as in the 3rd Edition). Yamauchi J. considered the basis for the authors’ statement that a trustee’s power to defeat the lessor’s interest under a true lease ends when the lease is terminated “and the leased property has been repossessed by the lessor” (para. 38; underlining added). He concluded it was because a “lessee still has possessory rights in the collateral before the lessor seizes the collateral” (para. 40; underlining added).

[37] As such, there is authority for the proposition that where leased goods remain in the possession of the lessee, the termination of a true lease is not sufficient to oust the application of s. 20(2) on the lessee’s bankruptcy, and that only ends after the lessor has retaken possession.

[38] However, the approach to security leases is different. As noted in the passage reproduced above, from *Personal Property Security Law*, 3rd ed., *supra*, the statutory rights and obligations of lessors and lessees under the *PPSA* do not end until the enforcement under Part V is completed. As such, a trustee’s ability to rely on s. 20(2) to defeat the lessor’s interest would not end until enforcement is completed.

[39] In sum, the continued application of the *PPSA* after default depends on whether the lease is a true lease or a security lease. This will be addressed further below.

B. *Continental’s Basis for Termination: the Decision of Small Claims Court*

[40] According to the affidavit of Continental’s President and Owner filed in support of its appeal to the Court of King’s Bench, after Ms. Negru failed to make monthly payments, its effort to have a third party repossess the shed were frustrated by it being located within a fenced yard, and the presence of dogs.

[41] It was at this point, in 2022, that Continental commenced its action in Small Claims Court. There is no evidence of Continental seeking, or considering, interim recovery of the shed under Rule 44 of the *Rules of Court*, or an order under the *PPSA*, either under s. 63 (Supervisory Powers of the Court) or under s. 67 (Application to Court for Determination of Priorities or Entitlement to Collateral). Nor, despite the default, did Continental perfect its interest by registration under the *Act*.

[42] The adjudicator's decision, of January 12, 2023, does not refer to the *PPSA* and it does not appear there was any consideration of whether the lease was subject the *Act*, let alone whether it was a true lease (of more than one year), or a security lease, to which the default rights and remedies in Part V of the *Act* applied. It is evident the court accepted Continental's position that, according to the terms of the lease, Ms. Negru's failure to make payments meant it was entitled to the shed, and judgment for the missed payments. While an Order was obtained, that directed the Sheriff to seize the shed and deliver it to Continental, the decision did not make a declaration of ownership, nor did it declare the lease terminated.

[43] According to the affidavit filed by Continental, the Sheriff declined to act on the Order after learning that Ms. Negru had applied to have the decision (and Order) set aside and a hearing had been set for May 10, 2023. The application requested a new hearing based on the denial of Ms. Negru's request for an adjournment of the trial on January 10, 2023, and it being held in her absence. According to the decision of a different adjudicator dated May 29, 2023, Ms. Negru requested the adjournment because she had been unable to secure counsel since the parties' previous appearance before Small Claims Court, on December 2, 2022, and she was unable to attend the trial on January 10, 2023, due to snow and icy conditions. The decision of the adjudicator of the trial in January 2023, concluded the conditions were fine and Ms. Negru was delaying. Neither of the Small Claims Decisions were appealed.

[44] In any case, Ms. Negru became a bankrupt on June 8, 2023, while the shed was still in her possession.

C. Continental's Claim to be the "Legal Owner" of the Shed – Not a Lessor with an Unperfected Security Interest

[45] Continental's appeal contends the Trustee erred by (1) finding the lease survived the decision issued on January 12, 2023, and Order issued on February 1, 2023, and (2) failed to determine, as a threshold question, whether Ms. Negru had any proprietary interest in the shed to vest in the Trustee at the time of bankruptcy. Although Continental initially also challenged the Trustee's view that s. 70 of the *BIA* superseded the unexecuted Order directing the Sheriff to seize the shed, before this Court it acknowledges the Order became unenforceable on bankruptcy but it maintains s. 70 has no application since, it argues, it is the decision of January 12, 2023, that terminated the lease and extinguished any proprietary right that Ms. Negru had to use or possess the shed.

[46] In my view, the issue is whether it was an error to conclude, in view of the decision of January 2023, that s. 20(2) operated to render Continental's interest as "ineffective" against the Trustee. As noted above, the end of the *PPSA*'s application to the parties to a lease will depend on whether the lease is a true lease, subject to the *Act* by operation of s. 3(2), or a security lease, under s. 3(1) and subject to the application of the enforcement rights and obligations in Part V.

(1) No Determination of Whether the Lease is a True Lease or a Security Lease

[47] Despite this, it appears no consideration was given to whether the lease was a true lease or a security lease.

[48] After Ms. Negru's default, Continental continued to proceed as though the *PPSA* did not apply, as either a true lease or a security lease. Certainly, in its claim to the Trustee, it maintained the *Act* did not apply at the time of bankruptcy. The Trustee's disallowance of Continental's claim to be the shed's owner and its determination that s. 20(2) applied to render Continental's unperfected security interest ineffective, rested on

the lease being subject to the *PPSA* as a lease of more than one year. Similarly, the King's Bench judge accepted that the lease was subject to the *Act*, based largely on there being no dispute that it was for a term of more than one year.

[49] The use of the "more than one year" test is a common and pragmatic approach to deciding if the *PPSA* applies and registration is required. Indeed, the simplicity of applying this test was seen as a collateral benefit to the *PPSA* deeming true leases (of more than one year) to be a security interest. However, while generally sufficient for issues relating to registration and priority, the question of whether a lease is a security or true lease cannot always be avoided; it is merely deferred until it becomes necessary to determine whether the default rights and remedies are subject to the provisions in Part V.

[50] Given Continental's contention that the *PPSA* ceased to apply because of the decision of January 2023, the first question posed by this Court at the hearing of the appeal was whether it had been or was acknowledged that the lease was a security lease, under s. 3(1) or a true lease under s. 3(2).

[51] Continental did not dispute the suggestion that it was a security lease; rather, it maintained the issue did not matter since in either case, as it admitted, it had an unperfected security interest and the real issue, it argued, was the termination of the lease by Small Claims Court, five months before bankruptcy.

[52] The Trustee submitted it is a security lease, but maintained s. 20(2) applied whether the lease is a true lease (of more than one year) or a security lease. It disputed Continental's assertion that the decision could, without a successful execution of the Order, have the effect of ending Ms. Negru's right to possess the shed, and render it unlawful.

[53] Although neither the Trustee nor the judge decided whether the lease was caught by s. 3(1) or s. 3(2), since they concluded it was subject to the *PPSA* based on it being for a period of more than one year, I will first address Continental's appeal based on the lease being a true lease.

[54] Later in these reasons, I will address the issue based on it being a security lease.

(2) No Error – If True Lease, s. 20 Applies

[55] In essence, the Trustee’s decision turned on Ms. Negru having possession of the shed at the time of bankruptcy and its conclusion that without a change in possession by the execution of the Order or otherwise, Small Claims Court decision alone was insufficient to oust the application of the priority provisions of the *PPSA* (including s. 20(2)). Before this Court it submits there is no basis for Continental’s assertion that the application of s. 20(2) depends upon whether there was a valid lease at the time of bankruptcy, or that *Giffen* requires a lessee’s possession be under an existing lease.

[56] As noted, both *Wells Fargo* and Professors Cuming, Walsh & Wood, are cited as authority for the proposition that, even after a true lease (of more than one year) has been terminated, the Trustee’s rights under s. 20(2) in relation to property in the possession of the lessee (subject to an unperfected security interest) are not terminated until the lessor also obtains possession of the goods. Cuming, Walsh & Wood do not provide the basis for this statement. This said, it is not difficult to appreciate its correctness, especially in view of the comments in *Giffen* respecting the object of establishing a comprehensive regime for non-possessory security interests, and the legislative intent of provisions like s. 20(2). Indeed, where goods come into the possession of a lessee/debtor under a lease (or any deemed security agreement) that remains unperfected, it is understandable that something more than an inter-party termination of the lease or agreement that gave possession to the lessee/debtor would be required to end the application of the priority rights that are conferred by the *Act* based on a failure to perfect a security interest — at least so long as the goods continue to be in the lessee’s possession and the interest remains unperfected. As indicated in *Giffen*, these statutory rights are intended to operate regardless of either the form of the security agreement and/or “traditional concepts of title and ownership.” In no small part, this is because the object is

for such security interests to be perfected, which may be very easily achieved with a simple registration under the *Act*.

[57] Continental's contention that the decision of Small Claims Court terminated the lease and ended Ms. Negru's lawful possession of the shed, which foreclosed the application of s. 20(2) despite the shed remaining in her possession, is grounded in a traditional "property rights" based approach. This was eschewed by the Supreme Court in favour of an interpretation of s. 20(2) that was harmonious with the non-possessory security interests registry scheme established under the *Act*.

[58] In my opinion, regardless of whether the decision of January 2023, is to be viewed as doing more than merely ordering that Continental have possession of the shed, the Trustee and the appeal judge did not err in concluding the *PPSA*, including s. 20(2), applied while the shed remained in Ms. Negru's possession, which continued until her bankruptcy.

[59] However, had I concluded otherwise, I would not allow the appeal and direct the Trustee to deliver the shed to Continental, as it requests. Continental's claim would need to be assessed after determining whether the lease was a security lease, subject to the *PPSA* by operation of s. 3(1), including to Part V. Certainly, if it is a security lease, Continental's claim to be the shed's legal owner, based on the decision of Small Claims Court, must fail.

[60] Since we are in as good a position to make that determination as the judge whose decision is under appeal, nothing would be served by remitting the issue to him.

D. *If the Lease is a Security Lease, s. 20(2) Applies*

[61] Continental's claim to be the shed's owner based on the termination of the lease, stood to be decided on the record it advanced to the Trustee, which it amplified in its appeal to the Court of King's Bench.

[62] In neither its Proof of Claim nor its appeal of the Trustee's disallowance, did Continental suggest whether the lease was a security lease or a true lease. As it submitted to this Court, it does not matter whether it is a security lease or a true lease since its position is that the lease was terminated, and Ms. Negru had no right to possess the shed on bankruptcy.

[63] If the lease is a security lease, in my view, the decision of Small Claims Court cannot be taken as having terminated the application of the rights and obligations under Part V of the *PPSA*. The decision does not purport to do any such thing, and a "security interest does not merge merely because a secured party has reduced the claim to judgment" (s. 55(8)). Even if Ms. Negru had not retained possession of the shed, given the decision of January 2023 did no more than order Continental have possession of the shed, it cannot be taken as having terminated Ms. Negru's Part V rights, such as, for example, to redeem the leased goods/collateral before their disposition (s. 62), or to claim any surplus remaining after the amount recovered from the collateral is applied to the secured debt (s.60).

[64] While numerous factors may be weighed by a court in deciding whether a lease is a security lease or a true lease, which factors bear most on the analysis will depend on the circumstances.

[65] In *Emkay Canada Fleet Services Corp. v Gemini Corporation*, 2020 ABCA 245, [2020] A.J. No. 694 (QL), in concurring reasons, Slatter J.A. stated the following:

In determining the true nature of a lease, the court must look at the entire context. A number of relevant factors have been identified, but many of them are equally common in chattel security as they are in true long-term leases: see *Connacher Oil and Gas Ltd v Emkay Canada Leasing Corp*, 2017 ABQB 769 at para. 16, 64 Alta LR (6th) 68. For example, both long-term leases and chattel security agreements often require the borrower to insure the collateral, pay all

maintenance and operating costs, pay all taxes, and assume the risk of loss or damage to the collateral.

An important indicium in identifying a financing lease is whether the lessee builds equity or can acquire title to the collateral [...] [Emphasis added; paras. 77-78]

[66] In the widely cited *DaimlerChrysler Services Canada Inc. v. Cameron*, 2007 BCCA 144, [2007] B.C.J. No. 456 (QL), the British Columbia Court of Appeal considered whether the lease of a vehicle was a security agreement or a true lease. In citing Professor Ronald C.C. Cuming, Kirkpatrick J.A., states the following:

[...] The court must scrutinize the relationship between the lessor and lessee to ascertain whether in that relationship, the indicia of a security agreement are evident. If, in substance, the impugned transaction creates a security interest, it is a security agreement, irrespective of its form and the parties' subjective intention when they entered into it (Ronald C.C. Cuming, "True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Acts" (1983), 7 Can. Bus. L.J. 251 at 264).

The process of characterization is guided by numerous factors. In his article at 285, Professor Cuming refers to a helpful list of factors derived from American jurisprudence. The factors that support a finding that the lease is a security lease include:

1. **whether there was an option to purchase for a nominal sum;**
2. **whether there was a provision in the lease granting the lessee an equity or property interest in the equipment;**
3. **whether the nature of the lessor's business was to act as a financing agency;**
4. whether the lessee paid a sales tax incident to acquisition of the equipment;
5. whether the lessee paid all other taxes incident to ownership of the equipment;
6. whether the lessee was responsible for comprehensive insurance on the equipment;
7. whether the lessee was required to pay any and all licence fees for operation of the equipment and to maintain the equipment at his expense;

8. whether the agreement placed the entire risk of loss upon the lessee;
9. whether the agreement included a clause permitting the lessor to accelerate the payment of rent upon default of the lessee and granted remedies similar to those of a mortgagee;
10. whether the equipment subject to the agreement was selected by the lessee and purchased by the lessor for this specific lease;
11. whether the lessee was required to pay a substantial security deposit in order to obtain the equipment;
12. whether there was a default provision in the lease inordinately favourable to the lessor;
13. whether there was a provision in the lease for liquidated damages;
14. whether there was a provision disclaiming warranties of fitness and/or merchantability on the part of the lessor; and
15. **whether the aggregate rentals approximate the value or purchase price of the equipment.** [Emphasis added; paras. 21-22]

[67] In *Connacher Oil and Gas Limited (Re)*, 2017 ABQB 769, [2017] A.J. No. 1408 (QL), Yamauchi J. held that when characterizing the lease agreement “[n]o one factor is determinative, although some might be more indicative of the nature of the lease” (para. 15). Like in *DaimlerChrysler*, above, *Connacher* also reproduces a myriad of factors or a “checklist” when determining whether the lease is a security agreement (para. 16).

[68] In their textbook *Personal Property Security Law*, 3rd ed., *supra*, Professors Cuming, Walsh & Woods summarize the trend that has emerged in the case law:

A “SUBSTANCE” OR FUNCTION” TEST

The PPSA prescribes a “substance test” for determining whether a particular transaction is a security agreement. This is also referred to as a “function test.” **Both call for an answer to the question: what was the imputed goal or intention of the parties to the transaction as determined by the circumstances surrounding its creation and the effect its terms could reasonably be expected to produce?**

By answering this question, the function or substance of the transaction is identified. It is generally accepted by the courts

that the focus is on the economic rights and obligations of the parties to the transaction.

Some courts have taken the view that what is to be determined is the “intention” of the parties to the transaction at the date of its execution. The court should give significant weight to the wording of the contract, at least where commercial parties are involved. However, this can be misleading. To the extent that intention is involved, it is the objective or imputed intention of the parties as determined by the nature of the contract into which they have entered. Focus on the labels used in the contract is only of marginal value. **Transactions labelled as leases are very often used as sales financing devices. The PPSA precludes characterization of transactions on the basis of the form of the transaction and the locus of title to the collateral—the factors that would be primary indicia under the common law.**

FACTORS POINTING TO A SECURITY LEASE

It would be naïve to assert that a totally consistent approach has been employed by courts when applying the substance or function test of the PPSA to the characterization of leases. However, it is possible to identify a range of factors that have been accepted as indica of security leases. These factors are primarily ones that are significant from an economic and not a traditional legal perspective. They focus principally on the economic interest of the parties to the transaction rather than on the locus of title to the title to the goods involved or the label the parties use. **If the effect of the transaction is to give to the lessee economic rights substantially equivalent to those of a buyer or owner of the property, a security lease is involved.** The following factors are indicative of transactions that in substance are security agreements. [Emphasis added; footnotes omitted; pp. 133-134]

[69] The factors that Professors Cuming, Walsh & Wood consider indicative of a security lease are:

1. Automatic vesting of ownership or obligation to purchase;
2. The Lease term and the commercially useful life of the goods;

3. Lessee's payment obligation;
4. The price of an option to purchase or renew (accumulated equity);
5. Open-end leases;
6. The roles of the parties; and
7. Contractual Remedies. [pp. 135-139]

[70] The facts pertinent to the "rent to own" agreement with Ms. Negru are set out in Continental's Proof of Claim (Property) and the affidavit filed in support of its motion to set aside the Trustee's disallowance. Its President and Owner swore in his affidavit that on February 25, 2020, it "purchased" the shed "from the manufacturer," and on January 27, 2020, it leased the shed to Ms. Negru. The documents provided include (1) an unsigned work order/agreement dated January 27, 2020 with the shed's manufacturer, Old Hickory Buildings of Canada, which identifies Ms. Negru as the customer; (2) an unsigned "Lease Agreement" dated January 27, 2020, with Continental, as lessor, and Ms. Negru, as lessee, and (3) a Continental "Inventory Inquiry", which indicates the shed was received by Continental on February 25, 2020, and rented on February 26, 2020.

[71] The Old Hickory "work order" indicates that: on January 9, 2020, a deposit of \$1,522.60 was paid; the "Rent to Own" amount of the shed is "\$13,240.00; and the monthly payment during the "60 Month Contract," is \$563.93 (including "sales tax"). The shed was delivered to Ms. Negru on or about January 27, 2020. The "Additional Terms" state the "SALE IS NOT FINAL" (underlining added).

[72] Continental's lease, like the Old Hickory "work order," identifies the leased goods as having a "cash price" of \$13,240 and monthly payments of \$563.93. While the lease states the initial term is one month, it also provides that it renews automatically, with a total obligation of \$33,835.00. The lease contains the following "Notice" (immediately below its title):

**NOTICE: YOU WILL BE LEASING THE PROPERTY.
YOU WILL NOT ACQUIRE TITLE TO THE
PROPERTY OR EQUITY OR OWNERSHIP RIGHTS
IN THE PROPERTY UNLESS YOU MAKE ALL**

PAYMENTS NECESSARY TO ACQUIRE OWNERSHIP. THE INITIAL TERM OF THIS LEASE IS 1 MONTH. IF YOU DO NOT RENEW BY MAKING SUBSEQUENT MONTHLY RENTAL PAYMENTS, YOU AGREE THAT LESSOR MAY REPOSSESS THE PROPERTY. [Emphasis added.]

[73] Additionally, the lease sets out two ways for Ms. Negru to become the shed's owner. The first is to make all the monthly payments (\$33,835.00) and give notice to Continental; she is not required to make any additional payment. The second is to pay, at any time, the amount set out in paragraph 2B (\$13,240.00), less 45% of the monthly rental payments made. It states:

Provided that this agreement has not been terminated, Lessee has made all required payments and is not otherwise in default under this agreement, **Lessee may acquire ownership of the Property as follows:**

(i) **if the Lessee has made monthly rental payments for 59 or more Renewal Terms following the Initial Term** (including monthly payments made in connection with a reinstatement), **the Lessee may at his or her option, acquire ownership of the Property at any time by notifying the Lessor. In this case, the total amount paid by the Lessee to lease the Property and to acquire ownership will be \$33,835.80** (including GST/HST [...]);
OR

(ii) if Lessee has made fewer than 59 monthly rental payments, **Lessee may acquire ownership of the Property by notifying Lessor and paying the original cash price of the Property set out in paragraph 2B less any Cost Reduction, minus forty-five (45%) percent of the base monthly rental payments Lessee has paid, plus any applicable GST/HST. If Lessee exercises his or her option to acquire the Property in accordance with this paragraph, Lessor will confirm that it has transferred all rights, title and interest of Lessor in and to the Property to Lessee. [...]** [Emphasis added.]

[74] In sum, after making the monthly rental payments under the “rent to own” arrangement, Ms. Negru is entitled to become the shed’s owner by simply giving notice. This is the strongest of the factors that point to the lease being a security lease.

[75] In *Newcourt Financial Ltd (c.o.b. Financialinx) v. Frizzell*, [2000] B.C.J. No. 1727 (QL) (B.C.S.C.), the court stated that “if the vehicle automatically passes to the lessee at the end of the term or if the option to purchase at the end of the term specifies a price lower than market value, that could support a finding that the lease was in essence a security agreement” (para. 19).

[76] Professor Catherine Walsh, in her text *An Introduction to the New Brunswick Personal Property Security Act* (Fredericton, NB: New Brunswick Geographic Information Corporation, 1995), stated the following:

The case law indicates that there is no simple *a priori* test to resolve the issue. The old *Conditional Sales Act* test will not do. If the lessee is *required* to purchase the leased goods at the expiry of the agreement, this is conclusive that the lease is a financing lease. **But the inclusion of an option to purchase is not determinative unless the acquisition price is so patently nominal that no reasonable lessee would fail to exercise it. If the option price is for more than a nominal amount, it may be that the lease is a true lease despite the option.** Whether this is so is said to depend on the role and intention of the parties and the effect of the transaction as determined by such objective criteria as: the residual fair estimated value of the goods compared to the option price; whether or no the lessee is required to make up any deficiency between the price obtained by the lessor on a disposition of the goods at the end of the lease and the amounts required to be paid under the lease; whether the lessee was in financial difficulty at the time of lease; whether the lessee was in the business of providing financial assistance through lease transactions; and whether the subject matter of the lease was inventory of the lessor. The absence of an option to purchase is compelling evidence of the characterization of a lease as a true lease. But it is not necessarily conclusive: even though title never passes to the lessee, if the lessee enjoys the same benefits and is subject

to the same burdens as an owner, including profit or loss on a resale, the lease may be characterized as a financing lease. [Italics in original; emphasis added; footnotes omitted; pp. 34-35]

[77] Similarly, Professor Bruce MacDougall, in his textbook *Canadian Personal Property Security Law*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis, 2023) explained:

Generally speaking, a lease will be a true lease if it can be terminated at any time by the lessee or if it has no option to purchase attached. If it cannot be terminated early, but there is value in the leased goods that will be returned to the lessor and there is no option to purchase it is probably going to be a true lease. If it cannot be terminated early and the lease is for the whole commercially valuable life of the goods leased, then it is a “security” lease. If there is in fact an option to purchase but for a sum that is the fair market value of the goods at the time the option is exercised or a genuine pre-estimate of what that amount will be, then the lease is a true lease. **If, however, the option price is for a token amount or an amount that is not a genuine pre-estimate of the market value when the option is to be exercised, the lease is likely to be considered a security lease, akin to a conditional sales contract.** According to one case, at least, the option price can, however, be for less than market and still be a true lease. **If the “option” at the end of a compulsory lease period is not a true option, but something that will almost certainly be exercised, then the transaction is analogized to a conditional sales situation and the lease is a security lease.** On the other hand, if the lessee is required to maintain or operate the goods in a way that preserves the lessor’s equity interest, it is indicative of a true lease. [Emphases added; footnotes omitted; pp. 182-183]

[78] Ms. Negru placed her order for the shed with Old Hickory, the shed’s manufacturer, and Continental “purchased” the shed from Old Hickory for the purpose of what can be fairly described as financing Ms. Negru’s purchase under a lease agreement. In this “rent to own” arrangement, Continental agreed to transfer the shed to Ms. Negru upon notification, after she made the rental payments. Continental also agreed to transfer the shed to Ms. Negru at any other time for the original cash price of the shed less

reductions based on the rental payments made, plus GST/HST. In my opinion, the lease is a security lease to which Part V of the *PPSA* applies.

[79] For the reasons already given, in these circumstances, s. 20(2) applied on Ms. Negru's bankruptcy, as the Trustee determined to be the case, and Continental's appeal of the disallowance of its claim must be dismissed.

III. Conclusion and Disposition

[80] For the reasons above, I would dismiss the appeal and order costs against Continental in the amount of \$3,000.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

[1] Le syndic de faillite d'Ileana Negru a rejeté une réclamation présentée par Continental Shed Rentals Inc. à l'égard d'une remise que M^{me} Negru avait en sa possession lorsqu'elle a effectué une cession de faillite en juin 2023. M^{me} Negru avait acquis la remise, de 12 pi. par 40 pi., en janvier 2020 au moyen d'une entente de [TRADUCTION] « location avec option d'achat ». Toutefois, Continental n'a pas enregistré son intérêt sous le régime de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1 (la LSRBP).

[2] En 2022, M^{me} Negru ayant omis d'effectuer certains paiements mensuels prévus dans la convention de bail, Continental lui a intenté une action à la Cour des petites créances; elle demandait que la remise lui soit retournée et que jugement soit prononcé à l'égard de l'arriéré. Le 12 janvier 2023, l'adjudicateur a décidé que Continental avait droit à la [TRADUCTION] « reprise de possession de » la remise ainsi qu'à un jugement de la somme de 6 760 \$ (le montant maximal pouvant être attribué par cette cour, compte tenu de la limite de compétence prévue de 20 000 \$ et de la valeur reconnue de la remise, soit 13 240 \$). Le greffier a prononcé un jugement le lendemain et, le 1^{er} février 2023, une ordonnance de délivrance de biens personnels (formule 61C) a été délivrée, enjoignant au shérif de saisir la remise et de la remettre à Continental.

[3] En juin 2023, cependant, avant que la remise soit saisie ou que toute somme ait été recouvrée, M^{me} Negru est devenue faillie. Continental a alors présenté une preuve de réclamation (bien) et a soutenu qu'elle avait droit à la remise parce qu'elle en était la [TRADUCTION] « propriétaire en droit ». Continental a fourni au syndic une copie des documents de [TRADUCTION] « location avec option d'achat », de la décision de la Cour des petites créances et de l'ordonnance. Le syndic a rejeté la réclamation, ayant conclu

(1) que Continental détenait une sûreté « sans effet à l'égard » du syndic, puisqu'elle était « imparfaite au moment de la faillite » (par. 20(2) de la LSRBP), et (2) que l'ordonnance n'y changeait rien, puisque la faillite avait « priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, [...] jugements, [...] procédures d'exécution ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier » (soulignement ajouté, par. 70(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (la LFI)).

[4] Dans son appel devant la Cour du Banc du Roi, Continental a avancé que le syndic avait commis des erreurs en présumant que M^{me} Negru avait toujours droit à la possession de la remise au moment de sa faillite et en ne reconnaissant pas que la décision ou l'ordonnance, ou les deux, avaient confirmé que le bail avait pris fin et que Continental avait droit à la possession de la remise. Continental a prétendu que M^{me} Negru, ayant fait faillite, n'avait plus aucun intérêt qui puisse être dévolu au syndic par application de l'art. 71 de la LFI. Ne souscrivant pas à ces prétentions, le juge saisi de la motion a rejeté l'appel.

[5] Dans son appel devant notre Cour, Continental soutient que le juge a erré en droit :

1. en ne décidant pas, à titre de question préliminaire, si M^{me} Negru avait ou non, au moment de la faillite, un intérêt propriétaire dans la remise pouvant être dévolu au syndic;
2. en concluant que le bail avait survécu à la décision rendue le 12 janvier 2023 et à l'ordonnance délivrée le 1^{er} février 2023;
3. en concluant, au titre de l'art. 81 de la LFI, que la LSRBP était déterminante quant à sa réclamation visant le retour à lui du bien.

[6] Devant la Cour, Continental reconnaît qu'une [TRADUCTION] « sûreté » grevait la remise lorsqu'elle a été délivrée à M^{me} Negru en janvier 2020 (par application du

par. 12(1) de la LSRBP) et que, puisqu'elle n'a pas enregistré un état de financement conformément à la LSRBP, elle détenait une sûreté imparfaite exposée à un risque face à une sûreté parfaite postérieure ou à un syndic de faillite de M^{me} Negru.

[7] Toutefois, comme elle a fait valoir que le bail avait pris fin, Continental a avancé trois points principaux dans sa plaidoirie : (1) au moment de sa faillite, M^{me} Negru ne jouissait d'aucun intérêt propriétaire dans la remise (qui puisse être dévolu au syndic); (2) l'absence d'un tel intérêt porte un coup fatal à la thèse avancée par le syndic (tel que la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans l'arrêt *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, [1998] A.C.S. n° 11 (QL) (l'arrêt *Giffen*), et (3) l'art. 70 de la LFI n'est d'aucune aide pour le syndic, puisqu'il ne s'applique pas dans les circonstances.

[8] La prise en compte de la distinction existant entre les deux types de baux auxquels s'applique la LSRBP facilite l'examen des arguments présentés par Continental. De fait, quant à la question fondamentale consistant à savoir si la décision de la Cour des petites créances a mis fin au bail, comme Continental l'affirme, l'analyse diffère selon qu'on a affaire à un bail créant une sûreté ou à un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an).

[9] La LSRBP s'applique aux baux qui garantissent le paiement ou l'exécution d'une obligation; de tels baux sont communément désignés des [TRADUCTION] « contrats de location-financement ou des baux créant une sûreté » et, pour toutes les fins visées par la LSRBP, ils sont traités de la même manière que tout contrat de sûreté. La LSRBP s'applique également aux baux qui ne garantissent pas un paiement ou une obligation et qui sont d'une durée supérieure à un an. De tels [TRADUCTION] « baux proprement dits » sont [TRADUCTION] « réputés » être des sûretés, et la plupart des parties de la LSRBP s'y appliquent; contrairement aux baux créant une sûreté, toutefois, la Partie V – Droits et recours en cas de défaut » de la LSRBP ne s'y applique pas.

[10] Bien qu'on n'ait pas décidé, à l'instance inférieure, si le bail était un bail créant une sûreté ou un bail proprement dit, le par. 20(2) de la LSRBP continuait de

s'appliquer dans l'un et l'autre cas et, pour les motifs exposés plus longuement ci-après, je rejetterais l'appel.

II. Analyse

A. *Application de la LSRBP*

(1) Baux créant une sûreté et baux proprement dits

[11] La LSRBP « s'applique [...] à toute opération qui crée essentiellement une sûreté, quelle qu'en soit la forme et quelle que soit la personne qui a le titre relatif au bien grevé » (al. 3(1)a), soulignement ajouté). Sans restreindre la généralité de cet énoncé, la disposition précise ensuite que la LSRBP s'applique aux baux qui « garantissent le paiement ou l'exécution d'une obligation » (al. 3(1)b) :

Application of this Act

3(1) Subject to section 4, this Act applies

(a) **to every transaction that in substance creates a security interest**, without regard to its form and **without regard to the person who has title** to the collateral, and

(b) without limiting the generality of paragraph (a), **to a** chattel mortgage, **conditional sale**, fixed charge, floating charge, pledge, trust indenture, trust receipt, an assignment, a consignment, **lease**, trust or transfer of chattel paper **where they secure payment or performance of an obligation**. [Emphasis added.]

Application de la présente loi

3(1) Sous réserve de l'article 4, la présente loi s'applique

a) **à toute opération qui crée essentiellement une sûreté**, quelle qu'en soit la forme et quelle que **soit la personne qui a le titre relatif** au bien grevé, et

b) sans restreindre la généralité de l'alinéa a), **à une** hypothèque mobilière, une **vente conditionnelle**, une charge fixe, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, **un bail**, une fiducie ou un transfert de titre de créance garanti **lorsqu'ils garantissent le paiement ou l'exécution d'une obligation**. [Gras ajouté.]

[12] Que la portée de la LSRBP s'étende à certains types de baux n'a rien de nouveau et ne doit pas engendrer des notions de conséquences inattendues ou involontaires. Même avant l'entrée en vigueur de la LSRBP en 1995, les lois sur les sûretés mobilières s'appliquaient aux baux produisant les effets d'un contrat de sûreté. Dans la loi intitulée *Conditional Sales Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 34, une [TRADUCTION] « vente conditionnelle » était définie comme visant notamment [TRADUCTION] « un contrat de location d'objets aux termes duquel il est convenu que le locataire deviendra ou aura la faculté de devenir propriétaire des objets après avoir satisfait aux conditions du contrat » (soulignement ajouté). L'al. 3(1)b) de la LSRBP mentionne tant les ventes conditionnelles que les baux. De même, pour contrecarrer les efforts menés pour créer une opération visant une sûreté destinée à écarter l'application des lois sur les sûretés mobilières, la loi intitulée *Bills of Sale Act*, R.S.N.B. 1952, ch. 18, a défini largement le terme [TRADUCTION] « hypothèque » de manière à inclure les conventions [TRADUCTION] « ayant pour objet de grever d'une hypothèque ou de mettre en gage des biens personnels », quelle que soit la forme de l'opération. Les hypothèques mobilières sont visées à l'al. 3(1)b) de la LSRBP.

[13] Élément introduit avec l'adoption de la LSRBP au Nouveau-Brunswick, toutefois, certains [TRADUCTION] « baux proprement dits » sont réputés être des contrats de sûreté pour certaines fins visées par la LSRBP. Cette dernière s'applique aux baux proprement dits « d'une durée supérieure à un an » (al. 3(2)b)), ainsi qu'à certains autres arrangements qui ne garantissent pas le paiement ou l'exécution d'une obligation :

3(2) Subject to sections 4 and 55, this Act applies

(a) to a commercial consignment,

(b) to a lease for a term of more than one year,

(c) to a transfer of an account or chattel paper, and

(d) to a sale of goods without a change of possession,

3(2) Sous réserve des articles 4 et 55, la présente loi s'applique

a) à une consignation commerciale,

b) à un bail d'une durée supérieure à un an,

c) au transfert d'un compte ou d'un titre de créance garanti, et

d) à une vente d'objets sans dépossession,

that do not secure payment or performance of an obligation. qui ne garantissent pas le paiement ou l'exécution d'une obligation.

[14] Conformément à cet élément nouveau, une « sûreté » est définie de manière à inclure l'intérêt d'un bailleur prévu dans un bail d'une durée supérieure à un an qui ne garantit pas une obligation. Le fait que les baux proprement dits (d'une durée supérieure à un an) soient réputés être des sûretés s'accorde avec l'objet des parties de la LSRBP qui établissent un réseau d'enregistrement des sûretés à caractère non possessoire, lequel permet de déterminer si des biens en la possession d'une personne sont grevés d'une sûreté enregistrée que détient une autre personne et prescrit l'ordre de priorité des sûretés en cause. L'application de la LSRBP aux seuls baux proprement dits de longue durée (plus d'un an) constitue un choix de politique générale fait par le législateur.

[15] En somme, tant les baux créant une sûreté que les baux proprement dits (d'une durée supérieure à un an) sont des « contrats de sûreté » pour l'application de la LSRBP et, dans un cas comme dans l'autre, un bailleur doit parfaire sa sûreté pour la protéger contre une sûreté parfaite postérieure ou le syndic de faillite du locataire. Le plus souvent, la perfection est obtenue par le simple enregistrement d'un état de financement conformément à la LSRBP.

[16] Il convient de mentionner que, comme le par. 3(1) s'applique aux baux qui garantissent une obligation et que le par. 3(2) vise les baux qui ne le font pas, un bail ne peut satisfaire qu'à l'une ou l'autre disposition; il s'agit soit d'un bail créant une sûreté, soit d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an). Une telle disjonction opérée au par. 3 de la LSRBP contraste avec les dispositions moins catégoriques adoptées dans d'autres provinces. Par exemple, la loi ontarienne a été modifiée en 2007 pour s'appliquer aux baux proprement dits (d'une durée supérieure à un an) : le critère du « plus d'un an » est rempli peu importe si les intérêts en cause « garantissent ou non le paiement ou l'exécution d'une obligation » (soulignement ajouté).

- (2) Les droits et recours en cas de défaut prévus dans la LSRBP s'appliquent aux baux créant une sûreté, mais non aux baux proprement dits

[17] La LSRBP, comme les régimes d'autres provinces, fait davantage que créer un réseau d'enregistrement et prescrire un ordre de priorité entre les sûretés. À la « Partie V – Droits et recours en cas de défaut », la LSRBP confère des droits et des recours à la « partie garantie » et au « débiteur » s'il survient un défaut. Par exemple, une disposition accorde au locataire/débiteur le droit de réclamer tout excédent restant une fois acquittée la dette garantie à même la somme recouvrée du bien grevé (art. 60). Une autre disposition confère au locataire/débiteur le droit de racheter les biens donnés à bail /grevés avant qu'ils ne soient aliénés (art. 62).

[18] Les droits prévus à la partie V existent sans égard aux conditions stipulées dans le contrat de sûreté, la LSRBP prévoyant (1) que ses dispositions pertinentes, « dans la mesure où elles confèrent des droits et recours au débiteur ou imposent des obligations à la partie garantie, ne peuvent faire l'objet d'une renonciation ou d'une modification par contrat ou autrement » (par. 56(4)), et (2) que, sauf disposition contraire de la LSRBP, « est nulle toute clause d'un contrat de sûreté ou de tout autre accord qui prétend exclure une obligation ou une charge imposée par la présente loi ou limiter la responsabilité [...] d'une personne qui a omis d'exécuter une obligation imposée par la présente loi » (par. 66(7)).

[19] De plus, le « jugement obtenu par une partie garantie pour une partie de sa créance n'opère pas confusion de sûreté » (par. 55(8)).

[20] Dans *Personal Property Security Law*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2022), les professeurs Ronald C.C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood formulent des remarques sur la possibilité de modifier par contrat les droits et obligations prévus à la Partie V :

[TRADUCTION]

Bien que la plupart des contrats de sûreté stipulent dans des clauses les recours en exécution forcée de la partie garantie,

de telles clauses ne sont pas strictement nécessaires. Les recours sont conférés à la partie 5 plutôt que par le contrat de sûreté lui-même. Dans quelques cas, la partie 5 prévoit que, pour créer un droit d'exécution, ce droit doit être stipulé dans le contrat de sûreté. Le meilleur exemple vient de la règle prescrivant que le contrat de sûreté doive prévoir la nomination d'un séquestre pour que la partie garantie puisse en nommer un privément. [...]

Pour l'essentiel, ce régime de recours en exécution forcée est obligatoire et une partie garantie est très peu en mesure de le modifier par contrat. **La LSRBP dispose que, dans la mesure où les dispositions prévoyant des recours confèrent des droits au débiteur ou imposent des obligations à la partie garantie, elles ne peuvent faire l'objet de renonciation ou de modification que de la manière prévue dans la LSRBP.** [...] La LSRBP prévoit aussi la nullité de toute clause d'un contrat de sûreté qui prétend exclure une obligation ou limiter le montant des dommages-intérêts recouvrables. Bien que cette loi prévoie qu'une partie garantie dispose également des droits et des recours stipulés dans le contrat de sûreté, ceux-ci ne peuvent porter atteinte aux droits que la partie 5 et l'article 17 confèrent au débiteur. **La LSRBP permet que le régime de recours soit modifié par contrat si la modification accroît les droits dont le débiteur dispose en cas de défaut.** [Gras et soulignement ajoutés; notes de bas de page omises; p. 674 et 675]

- [21] Comme il a été mentionné, bien que les dispositions de la partie V s'appliquent aux baux créant une sûreté (comme à tous les contrats qui garantissent un paiement ou une obligation), elles ne s'appliquent pas aux baux proprement dits (d'une durée supérieure à un an), ni aux autres types de contrats de sûreté présumés, qui ne garantissent pas un paiement, l'al. 55(1)a) de la LSRBP prévoyant que la partie V ne s'applique pas à « une opération visée au paragraphe 3(2) » – la disposition qui traite des baux proprement dits. En cas de défaut, par conséquent, les droits et recours des parties à un bail créant une sûreté sont régis par la partie V, tandis que les droits et recours des parties à un bail proprement dit découlent du bail lui-même, sous réserve de toute restriction ou obligation applicable prévue par la loi ou la common law.

(3) Les sûretés imparfaites et le syndic de faillite d'un locataire (art. 20)

[22] Lorsque l'intérêt d'un bailleur dans le bien donné à bail est imparfait, le syndic de faillite du locataire dispose d'un droit d'origine législative indépendant à l'égard du bien donné à bail / grevé. La LSRBP prévoit qu'une « sûreté imparfaite sur un bien grevé » est « sans effet à l'égard » du syndic de faillite d'un locataire et « subordonnée » à l'intérêt d'un créancier sur jugement du locataire :

Subordination of unperfected security interests

20(1) An unperfected security interest in collateral **is subordinate to** the interest of

(b) a judgment creditor [...]

20(2) An unperfected security interest in collateral **is not effective against**

(a) **a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the time of the bankruptcy,**

(b) a liquidator appointed [...].
[Emphasis added.]

Subordination des sûretés imparfaites

20(1) Une sûreté imparfaite sur un bien grevé **est subordonnée à l'intérêt**

a) d'un créancier sur jugement [...]

20(2) Une sûreté imparfaite sur un bien grevé **est sans effet à l'égard**

a) **d'un syndic de faillite si la sûreté est imparfaite au moment de la faillite,**

b) d'un liquidateur nommé [...].
[Gras ajouté.]

[23] Ainsi, l'intérêt imparfait d'un bailleur dans le bien donné à bail pourrait être subordonné à un autre ou complètement disparaître. Selon la LSRBP, toutefois, le bailleur est réputé, à l'égard du locataire, avoir subi des dommages correspondant à la somme de la valeur du bien perdu et du montant de la perte résultant de la résiliation anticipée du bail (art. 21 – Dommages recouvrables par le bailleur). Bien que la valeur de ce droit à l'encontre du locataire puisse être une piètre consolation lorsque ce dernier fait faillite, les art. 20 et 21 font voir, ensemble, quelles sont les priorités du réseau d'enregistrement des sûretés à caractère non possessoire établi par la LSRBP.

[24] L'arrêt clé en matière d'interprétation des dispositions législatives telles que le par. 20(2) est l'arrêt *Giffen* précité, rendu par la Cour suprême en 1998. Tant le syndic

que Continental renvoient à cette décision : le syndic affirme que l'arrêt suffit pour trancher la réclamation de Continental, tandis que celle-ci distingue cette affaire de celle qui nous occupe, faisant valoir que le bail, en l'espèce, avait pris fin avant la faillite.

[25] Dans l'arrêt *Giffen*, le différend opposait la bailleuse d'un véhicule automobile aux termes d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an) et le syndic de faillite de la preneuse à bail. La bailleuse disposait d'une sûreté non parfaite grevant le véhicule, puisqu'elle n'avait pas enregistré son intérêt. Dans la décision portée en appel, la cour avait conclu que la preneuse à bail n'avait qu'un droit d'usage et de possession et que, par conséquent, elle n'avait pas, à l'égard du véhicule, un intérêt propriétaire qui puisse être dévolu au syndic, à titre de « bien du failli », par application de l'art. 71 de la LFI.

[26] La Cour suprême a rejeté l'accent mis par la cour inférieure sur la conservation du titre de propriété propre à un bail, c'est-à-dire sur le fait que la bailleuse était propriétaire du véhicule, tandis que la preneuse à bail n'avait qu'un droit de possession. La Cour suprême a expliqué que les régimes législatifs tels que la LSRBP avaient remplacé ou modifié dans une large mesure les principes traditionnels de la common law applicables aux droits et aux obligations dans le domaine des sûretés mobilières. L'intention du législateur de rendre une sûreté non parfaite « inopposable » à un syndic de faillite s'imposait quelle que soit la forme du contrat de sûreté et abstraction faite des « concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété ». Insistant sur le fait que la *PPSA* s'écarterait des principes traditionnels applicables aux biens personnels, le juge Iacobucci a déclaré ce qui suit :

La Cour d'appel n'a pas reconnu que le législateur provincial, en adoptant la *PPSA*, a, dans une certaine mesure, écarté les concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété. Les auteurs T. M. Buckwold et R. C. C. Cuming, dans leur article intitulé « *The Personal Property Security Act and the Bankruptcy and Insolvency Act: Two Solitudes or Complementary Systems?* » (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467, aux pp. 469 et 470, soulignent le fait qu'**en adoptant des régimes de**

sûretés mobilières, les législateurs provinciaux ont redéfini les concepts traditionnels des droits réels :

[TRADUCTION] En termes simples, les droits réels exercés par les personnes assujetties à la législation d'une province sont définis par le législateur provincial. Bien que la loi qui définit des droits puisse incorporer, en tout ou en partie, des concepts de common law, il est loisible au législateur de redéfinir ou réviser ces concepts en vue d'atteindre les objectifs de la législation. C'est le cas des PPSA provinciales, lesquelles appliquent une nouvelle approche conceptuelle à l'égard de la définition et de la revendication des droits relatifs aux biens personnels qu'elles visent. Les dispositions de ces lois en matière de priorité et de réalisation sont axées sur un concept central, d'origine législative, celui de la « sûreté ». **Les droits des parties à une opération qui crée une sûreté sont expressément indépendants de la forme de l'opération et des questions traditionnelles concernant le titre de propriété. Ils sont plutôt définis par la loi elle-même.** [Soulignement dans l'original; gras ajouté.]

Dans l'arrêt *International Harvester*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a reconnu que **le régime instauré pour régler les intérêts concurrents à l'égard de biens personnels n'est pas fonction du titre de propriété du bien grevé** (à la p. 204) :

[TRADUCTION] **Il ne ressort nullement** du libellé de la disposition [l'art. 20 de la PPSA de la Saskatchewan, soit le pendant de l'art. 20 de la PPSA de la Colombie-Britannique], de ses interrelations avec les autres dispositions, ni, en fait, du sens général de la Loi, **que, par exemple, la sûreté non parfaite, du fait qu'elle se fonde sur le titre de propriété de biens particuliers en la possession du débiteur, doit être considérée comme supérieure à l'intérêt en général plus dérivé et plus large quant à l'assiette que viendra à exercer le créancier saisissant à l'égard des biens.** En fait, c'est tout le contraire que laisse entendre non seulement le texte de la disposition, mais également

l'esprit général de la Loi. [Gras et soulignement ajoutés; par. 26 et 27]

[27] La Cour suprême a rejeté la conclusion de la cour inférieure selon laquelle, puisque la sûreté non parfaite d'un bailleur était simplement « inopposable » au syndic du preneur à bail, des dispositions telles que le par. 20(2) ne visaient pas à accorder au syndic plus de droits dans les biens donnés à bail que n'en avait le preneur à bail. Au contraire, a conclu la Cour suprême, le par. 20(2) créait un droit indépendant permettant à un syndic d'acquérir, à l'égard du bien donné à bail, un intérêt supérieur à celui qu'avait le preneur à bail au moment de la faillite.

Je conviens qu'il existe un principe voulant que le syndic de faillite ne puisse obtenir à l'égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli (hormis le cas d'une fiducie où les biens n'appartiennent pas au failli). **Cependant, le sous-al. 20b)(i) lui-même modifie ce principe. La jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce est constante : le sous-al. 20b)(i) ou son équivalent peut conférer au syndic un intérêt à l'égard des biens en litige supérieur à celui qu'avait le failli.**

Dans *International Harvester*, le bailleur de véhicules a négligé d'enregistrer une sûreté et en a incorrectement enregistré une autre. Le preneur à bail a fait faillite. La Cour d'appel de la Saskatchewan devait déterminer la nature de l'intérêt du syndic à l'égard des véhicules. La *PPSA* de la Saskatchewan contenait une disposition très semblable au sous-al. 20b)(i), mais elle prévoyait que la sûreté non parfaite était [TRADUCTION] « subordonnée » à l'intérêt d'un syndic de faillite (plutôt qu'« inopposable » à ce dernier). Le bailleur a soutenu que cette disposition ne pouvait être interprétée de manière à permettre au syndic d'acquérir à l'égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli.

La cour a reconnu que la législation fédérale en matière de faillite prévoyait qu'un syndic devait prendre la place du failli et que [TRADUCTION] « règle générale, il n'obtenait pas plus de droits sur les biens du failli que n'en avait ce dernier » (p. 200). **La cour a ensuite examiné les considérations de principe sous-tendant le régime**

instauré par la PPSA, et le risque de fraude qu'introduit dans les opérations visant les sûretés le fait que le titre de propriété d'un bien soit détenu par une personne alors que le bien est en la possession d'une autre. Les législateurs provinciaux, confrontés à un choix de politique générale en ce qui concerne les intérêts opposés du véritable propriétaire et des tiers traitant avec le propriétaire apparent, ont décidé que le véritable propriétaire devait être déchu de son titre de propriété en cas de conflit avec un intérêt concurrent s'il avait négligé d'enregistrer son intérêt comme il le devait. La cour a également souligné que, jusqu'à tout récemment, les baux proprement dits n'étaient pas assujettis aux régimes applicables aux biens personnels. Par conséquent, [TRADUCTION] « en règle générale, la common law ne permettait pas que, par son fait, le preneur à bail fasse échec au titre de propriété du bailleur sur les biens donnés à bail. Cependant, la *Personal Property Security Act* a profondément modifié le droit » (p. 201).

[...]

Je souscris aux décisions des tribunaux qui ont conclu que le principe voulant qu'un syndic de faillite ne puisse obtenir plus de droits sur les biens que n'en avait le failli a été modifié par les choix de politique générale faits par les législateurs qui sont exprimés dans le sous-al. 20b)(i) de la PPSA et les dispositions équivalentes applicables dans les autres provinces. [Gras et soulignement ajoutés; par. 50 à 52 et 56]

[28] Finalement, tout en reconnaissant que les dispositions telles que le par. 20(2) ne visaient pas à conférer un titre de propriété au syndic, le juge Iacobucci a expliqué les conséquences pratiques qu'avaient ces dispositions du fait qu'elles permettent à un syndic d'acquérir plus de droits que n'en avait le preneur à bail failli en vertu d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an) :

Le titre de propriété ne pouvait faire échec à la réclamation du syndic en vertu du sous-al. 20b)(i) de la PPSA, **mais le fait que la bailleuse ait conservé le titre de propriété et le principe *nemo dat quod non habet* empêchent-ils le syndic de vendre la voiture, de conférer un titre libre et**

de distribuer le produit de la vente en conformité avec les dispositions de la LFI?

L'article 81 de la LFI prévoit une procédure par laquelle les tiers peuvent réclamer au syndic des « biens [. . .] en la possession du failli au moment de la faillite ». Le paragraphe 81(2) prévoit que lorsque le syndic conteste une réclamation et que le réclamant n'en appelle pas dans le délai prescrit, ce dernier est « censé avoir délaissé ou abandonné tout son droit à ces biens ou intérêt dans ces biens au syndic qui peut dès lors les vendre ou les aliéner sans que le réclamant retienne un privilège, droit, titre ou intérêt en l'espèce ». L'article 81 ne traite pas expressément du cas où la réclamation est rejetée, mais on peut présumer que le syndic pourrait, dans une telle situation, vendre le bien, purgé de la réclamation.

La bailleuse aurait pu présenter une réclamation en vertu de l'art. 81 de la LFI. Cependant, la réclamation se serait heurtée au syndic sur le fondement du sous-al. 20b)(i) de la PPSA. [...] [Gras et soulignement ajoutés; par. 57 à 59]

(Voir aussi *Royal Bank of Canada c. Cutler Forest Products Inc.*, 2024 ONCA 118, [2024] O.J. No. 785, la juge d'appel Young.)

[29] Sauf pour faire valoir que le bail de M^{me} Negru était résilié, Continental ne conteste pas que le par. 20(2) rendrait sa sûreté non parfaite inopposable au syndic. De fait, Continental invoque la résiliation du bail pour soutenir que l'arrêt *Giffen* peut être distingué de l'espèce, tout comme d'autres affaires semblables, notamment *Cutler Forest Products*.

[30] Tout en reconnaissant qu'il ressort de l'arrêt *Giffen* que les droits possessoires qu'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an) confère à un preneur à bail suffisent pour l'application tant du par. 20(2) de la LSRBP que de l'art. 71 de la LFI, Continental affirme que cet arrêt permet d'affirmer qu'un preneur à bail failli doit disposer d'un droit propriétaire légitime de possession et d'usage à l'égard des biens donnés à bail, et non simplement avoir la possession de ces biens au moment de la faillite. Nous examinerons cet argument plus loin.

[31] Avant de poursuivre, je veux relever la remarque du juge Iacobucci sur la faculté d'un syndic, se fondant sur une disposition telle que le par. 20(2), de rejeter une réclamation visant à récupérer un bien en la possession du failli (en vertu de l'art. 81 de la LFI). En l'espèce, Continental a demandé, au moyen de sa preuve de réclamation (bien) et en vertu de l'art. 81 de la LFI, qu'on lui rende le bien en la possession de la faillie au motif qu'elle était la [TRADUCTION] « propriétaire en droit » de la remise. Initialement, Continental affirmait que le syndic ne pouvait pas rejeter une réclamation présentée en vertu de l'art. 81 au motif qu'elle détiendrait une « sûreté » imparfaite « sans effet à [son] égard », tel qu'il est prévu au par. 20(2); toutefois, Continental n'a plus avancé cet argument devant nous, et avec raison, puisque, comme le juge Iacobucci l'a déclaré, une réclamation présentée en vertu de l'art. 81 de la LFI peut se « heurt[er] au syndic sur le fondement du sous-al 20b)(i) de la *PPSA* ».

(4) La LSRBP et la résiliation – les baux créant une sûreté et les baux proprement dits

[32] À l'appui de sa thèse, Continental ne cite aucune autorité qui traiterait de la résiliation soit d'un bail proprement dit, soit d'un bail créant une sûreté, avant une faillite, et encore moins dans un cas où le bien continuerait, après la résiliation du bail, d'être en la possession du preneur à bail jusqu'à la faillite de ce dernier.

[33] Les décisions et commentaires sur la question, tout en étant restreints, sont bien clairs. Dans leur ouvrage intitulé *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4^e éd. rév., vol. 2 (feuilles mobiles), W.L. Houlden, G.B. Morawetz et J. Sarra indiquent que la décision *National Bank of Canada c. Merit Energy Ltd.*, [2001] A.J. No. 776 (QL) (C.B.R. Alb.) (*Merit Energy*), fait autorité pour dire que la résiliation d'un contrat de sûreté ne corrige pas le défaut de parfaire la sûreté sous le régime de la LSRBP, le seul recours consistant à parfaire la sûreté au moyen d'un enregistrement ou d'une prise de possession (p. 3-203 et 3-204).

[34] Dans *Merit Energy*, la question de la résiliation s'est posée dans le contexte d'une sûreté non parfaite découlant d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an). Le tribunal a déclaré :

[TRADUCTION]

[...] **[L]a résiliation d'un contrat de sûreté ne remédie pas au défaut de parfaire sous le régime de la PPSA. Seul le dépôt d'un état de financement ou la possession du bien grevé peut parfaire l'intérêt, à condition, dans l'un ou l'autre cas, que cela se produise avant la faillite.** Le juge Maurice a choisi cette méthode dans la décision *Percival Mercury Sales c. Touche Ross Ltd.* [(1984), 4 P.P.S.A.C. 65 (C.B.R. Sask.)] Dans cette affaire, **le bailleur a soutenu que la cession de faillite du preneur à bail avait entraîné la résiliation immédiate des baux, conformément à leurs conditions, et que, par conséquent, le preneur à bail n'avait aucun intérêt à transférer au syndic.** Comme l'a souligné le professeur Ziegel [« Equipment Leases in Saskatchewan » (1985-86) 11 *Revue canadienne du droit de commerce* 335, p. 337] :

[TRADUCTION]

Le juge Maurice a fait peu de cas de cet argument. Il n'était pas d'avis que, en vertu de la convention de bail, la faillite du preneur à bail avait mis fin automatiquement au bail. **Même s'il en était autrement, a conclu le juge, du fait de l'al. 20(1)d), [TRADUCTION] « la résiliation des baux serait inopposable au syndic ».** Le juge du procès a eu raison, manifestement, mais sa phrase conclusive appelle des précisions. **Selon la loi, la résiliation d'un contrat de sûreté ne remédie pas au défaut de parfaire – seul le dépôt d'un état de financement ou la reprise de la possession du bien grevé peut y parvenir, à la condition, dans l'un ou l'autre cas, que cela se produise avant la faillite du débiteur.** Ni l'une ni l'autre condition n'était remplie en l'espèce. [Italiques dans l'original.]

[...]

En résumé, pour rendre son intérêt dans la Ford et la Chevrolet n° 3 opposable aux tiers, G & G devait le parfaire conformément à la PPSA. Elle n'a pas parfait son intérêt, que

ce soit par possession ou par enregistrement avant la faillite. Par conséquent, son intérêt est inopposable au syndic, tel que le prévoit l'al. 20(1)(b) de la PPSA et l'arrêt *Giffen (Re)*. [Gras et soulignement ajoutés; notes de bas de page omises; par. 29 et 33]

[35] De même, dans leur ouvrage intitulé *Personal Property Security Law*, précité, les professeurs Cuming, Walsh et Wood indiquent que le pouvoir conféré à un syndic (par le par. 20(2)) de considérer qu'une sûreté non parfaite découlant d'un bail proprement dit lui est inopposable [TRADUCTION] « s'éteint lorsque le bail est résilié et que le bailleur a repris possession du bien donné à bail » :

[TRADUCTION]

Dans le cas d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an), le pouvoir du syndic de rejeter l'intérêt du bailleur prend fin lorsque le bail est résilié et que le bailleur a repris possession du bien donné à bail. À ce stade, l'ancien preneur à bail ne dispose d'aucun intérêt quelconque dans le bien donné à bail. Cela vaut aussi pour une consignation commerciale lorsque les objets consignés ont été rendus au consignateur. **Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un contrat de sûreté prenant la forme d'un bail ou d'une consignation, la reprise de possession du bien donné à bail n'éteint pas l'intérêt du preneur à bail ou du consignataire.** L'opération constituant un contrat de sûreté, l'intérêt du preneur à bail est celui d'un débiteur – non d'un preneur à bail – qui dispose de tous les droits protégés par la partie 5 de la LSRBP. **S'il y a déjà eu réalisation d'une sûreté conformément à la partie 5 avant la faillite du débiteur, toutefois, il n'y a rien que le syndic puisse faire. La sûreté n'existe plus.** [Gras et soulignement ajoutés; p. 603 et 604]

[36] Dans *Wells Fargo Foothill Canada ULC c. Big Eagle Hydro-Vac Inc.*, 2015 ABQB 546, [2015] A.J. No. 938 (QL) (*Wells Fargo*), le juge Yamauchi a invoqué et reproduit les passages précités de l'ouvrage intitulé *Personal Property Security Law*, des professeurs Cuming, Walsh et Wood (bien que le passage reproduit dans cette décision ait été tiré de la deuxième édition (de 2012) de l'ouvrage, il est demeuré inchangé dans la troisième édition). Le juge Yamauchi a examiné le fondement de l'énoncé des auteurs selon

lequel le pouvoir d'un syndic de faire échec à l'intérêt dont le bailleur dispose en vertu d'un bail proprement dit prend fin lorsque le bail est résilié [TRADUCTION] « et que le bailleur a repris possession du bien donné à bail » (par. 38; soulignement ajouté). Il en était ainsi, a conclu le juge, parce qu'un [TRADUCTION] « preneur à bail dispose toujours de droits possessoires dans le bien grevé jusqu'à sa saisie par le bailleur » (par. 40; soulignement ajouté).

[37] Ainsi, des sources permettent d'affirmer que la résiliation d'un bail proprement dit ne suffit pas, lorsque le bien donné à bail demeure en la possession du preneur à bail, pour écarter l'application du par. 20(2) en cas de faillite du preneur à bail, la reprise de possession par le bailleur étant également nécessaire.

[38] Dans le cas des baux créant une sûreté, toutefois, la situation est différente. Comme il est mentionné dans le passage reproduit ci-dessus de l'ouvrage intitulé *Personal Property Security Law*, 3^e éd., précité, les droits et obligations prévus par la LSRBP des bailleurs et des preneurs à bail ne s'éteignent que lorsque le processus d'exécution visé à la partie V est achevé. Ainsi, la possibilité pour un syndic d'invoquer le par. 20(2) pour faire échec à l'intérêt du bailleur ne prendrait fin qu'une fois achevé ce processus.

[39] En somme, c'est en fonction de l'existence d'un bail proprement dit ou d'un bail créant une sûreté que la LSRBP continue ou non de s'appliquer après un défaut. Nous examinerons cette question plus loin.

B. *Le fondement de la résiliation selon Continental : la décision de la Cour des petites créances*

[40] Selon l'affidavit du président et propriétaire de Continental, déposé par celle-ci à l'appui de son appel devant la Cour du Banc du Roi, après le défaut de M^{me} Negru d'effectuer des paiements mensuels, le fait que la remise se trouvait dans une cour clôturée et la présence de chiens ont contrecarré les efforts menés par Continental pour qu'un tiers reprenne possession de la remise.

[41] C'est à ce moment-là, en 2022, que Continental a introduit son action à la Cour des petites créances. Aucune preuve n'indique que Continental a demandé, ou envisagé de demander, le recouvrement provisoire de la remise sous le régime de la règle 44 des *Règles de procédure* ou le prononcé d'une ordonnance sous le régime de la LSRBP – sur le fondement soit de son art. 63 (Pouvoirs de surveillance de la Cour), soit de son art. 67 (Demande à la Cour de statuer sur l'ordre de priorité ou le droit au bien grevé). Continental a aussi omis, malgré les défauts de paiement, de parfaire son intérêt en l'enregistrant conformément à la LSRBP.

[42] Dans sa décision du 12 janvier 2023, l'adjudicateur n'a pas mentionné la LSRBP et il ne semble pas s'être demandé si elle s'appliquait au bail, et encore moins s'il s'agissait d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an), ou encore d'un bail créant une sûreté auquel cas se seraient appliqués les droits et recours en cas de défaut prévus à la partie V. Cette cour a manifestement souscrit à la thèse de Continental selon laquelle, au titre des conditions du bail, elle avait droit à la remise, vu les défauts de paiement de M^{me} Negru, ainsi qu'à un jugement pour la valeur des paiements non effectués. Bien que Continental ait obtenu une ordonnance enjoignant au shérif de saisir la remise et de la lui remettre, la décision ne renfermait aucune déclaration de propriété et il n'y était pas déclaré, non plus, que le bail était résilié.

[43] Selon l'affidavit déposé par Continental, le shérif n'a pas donné suite à l'ordonnance après avoir appris que M^{me} Negru avait demandé l'annulation de la décision (et de l'ordonnance) et que la tenue d'une audience avait été fixée au 10 mai 2023. Une nouvelle audience était sollicitée dans la demande, en raison du rejet de la demande d'ajournement du procès du 10 janvier 2023, présentée par M^{me} Negru, et de la tenue de ce procès en son absence. Selon la décision rendue par un adjudicateur différent le 29 mai 2023, M^{me} Negru avait sollicité l'ajournement parce qu'elle n'avait pu retenir les services d'un avocat depuis la comparution précédente des parties devant la Cour des petites créances, le 2 décembre 2022, et qu'elle n'avait pu assister au procès le 10 janvier 2023 en raison des conditions de neige et de glace. L'adjudicatrice lors du procès

de janvier 2023 avait conclu, dans sa décision, que les conditions étaient bonnes et que M^{me} Negru visait à retarder le processus. Ni l'une ni l'autre décision de la Cour des petites créances n'a été portée en appel.

[44] Quoi qu'il en soit, M^{me} Negru est devenue faillie le 8 juin 2023, la remise étant toujours en sa possession.

C. Prétention de Continental selon laquelle elle serait la [TRADUCTION] « propriétaire en droit » de la remise et non une bailleresse disposant d'une sûreté imparfaite

[45] Dans son appel, Continental soutient que le syndic a erré en droit (1) en concluant que le bail avait survécu à la décision rendue le 12 janvier 2023 et à l'ordonnance délivrée le 1^{er} février 2023 et (2) en ne décidant pas, à titre de question préliminaire, si M^{me} Negru avait ou non dans la remise un intérêt propriétaire pouvant être dévolu au syndic au moment de la faillite. Bien qu'initialement, Continental ait contesté aussi l'argument du syndic voulant que l'art. 70 de la LFI ait prévalu sur l'ordonnance non exécutée enjoignant au shérif de saisir la remise, elle reconnaît devant la Cour que la faillite a rendu l'ordonnance inexécutoire, mais soutient que l'art. 70 ne s'applique pas puisque c'est la décision du 12 janvier 2023 qui aurait entraîné la résiliation du bail et éteint tout droit propriétaire de possession et d'usage dont M^{me} Negru jouissait à l'égard de la remise.

[46] À mon avis, la question est de savoir s'il était erroné de conclure, compte tenu de la décision de janvier 2023, que le par. 20(2) avait pour effet de rendre l'intérêt de Continental « sans effet » à l'égard du syndic. Comme il a été mentionné, la cessation ou non de l'application de la LSRBP aux parties à un bail est fonction de la question de savoir s'il s'agit d'un bail proprement dit, assujéti à la LSRBP par application du par. 3(2), ou d'un bail créant une sûreté, selon le par. 3(1), lequel serait soumis à l'application des droits d'exécution et obligations prévus à la partie V.

- (1) Il n'a pas été décidé si le bail était un bail proprement dit ou un bail créant une sûreté

[47] Malgré cela, on ne semble pas avoir décidé si le bail était un bail proprement dit ou un bail créant une sûreté.

[48] Après les défauts de paiement de M^{me} Negru, Continental a continué d'agir comme si la LSRBP ne s'appliquait pas, soit comme bail proprement dit, soit comme bail créant une sûreté. Bien sûr, dans sa réclamation au syndic, elle a affirmé que la LSRBP ne s'appliquait pas au moment de la faillite. Le rejet par le syndic de la réclamation présentée par Continental à la propriété de la remise et sa décision que le par. 20(2) s'appliquait, ce qui rendait sa sûreté imparfaite sans effet à son égard, étaient fondés sur le fait que la LSRBP s'appliquait au bail en tant que bail d'une durée supérieure à un an. De même, le juge de la Cour du Banc du Roi a reconnu que la LSRBP s'appliquait au bail, dans une large mesure parce que nul ne contestait qu'il fût d'une durée supérieure à un an.

[49] Le recours au critère de la « durée supérieure à un an » constitue une méthode courante et pragmatique pour décider si la LSRBP s'applique et si l'enregistrement est requis. De fait, la simplicité de l'application de ce critère a été considérée comme un avantage accessoire du fait que, dans la LSRBP, les baux proprement dits (d'une durée supérieure à un an) sont réputés être des sûretés. Toutefois, si ce critère suffit généralement pour décider des questions concernant l'enregistrement et l'ordre de priorité, on ne peut pas toujours éviter de décider si un bail est un bail créant une sûreté ou un bail proprement dit; l'examen de cette question est simplement reporté, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire de décider si les dispositions de la partie V s'appliquent aux droits et recours en cas de défaut.

[50] Puisque Continental soutient que la décision de janvier 2023 avait mis fin à l'application de la LSRBP, la première question que la Cour a posée à l'audition de l'appel était celle de savoir s'il avait été ou s'il était reconnu que le bail était un bail créant une sûreté selon le par. 3(1) ou un bail proprement dit selon le par. 3(2).

[51] Continental n'a pas contesté qu'il puisse s'agir d'un bail créant une sûreté; elle a plutôt avancé que la question n'importait pas puisque, dans un cas comme dans l'autre, sa sûreté était imparfaite, comme elle l'admettait. L'enjeu véritable concernait, selon elle, la résiliation du bail par la Cour des petites créances cinq mois avant la faillite.

[52] Tout en faisant valoir que le bail était un bail créant une sûreté, le syndic a avancé que le par. 20(2) s'appliquait qu'il s'agisse d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an) ou d'un bail créant une sûreté. Il a contesté l'affirmation de Continental selon laquelle la décision rendue puisse, sans exécution valable de l'ordonnance, mettre fin au droit de M^{me} Negru de posséder la remise et de rendre sa possession illégitime.

[53] Bien que ni le syndic ni le juge n'ait décidé si le bail tombait sous le coup du par. 3(1) ou du par. 3(2), ayant conclu que la LSRBP s'y appliquait puisque sa durée était supérieure à un an, j'examinerai d'abord l'appel de Continental en supposant que le bail est un bail proprement dit.

[54] Plus loin dans les présents motifs, j'examinerai la question en supposant que le bail est un bail créant une sûreté.

(2) Absence d'erreur – s'il s'agit d'un bail proprement dit, le par. 20 s'applique

[55] Essentiellement, la décision du syndic reposait sur la possession de la remise par M^{me} Negru au moment de la faillite et sur sa conclusion selon laquelle, sans un changement de possession, par exécution de l'ordonnance ou autrement, la décision de la Cour des petites créances ne suffisait pas, à elle seule, pour écarter l'application des dispositions de la LSRBP relatives à l'ordre de priorité (y compris le par. 20(2)). Devant la Cour, le syndic soutient que rien ne permet à Continental d'affirmer que le par. 20(2) s'applique uniquement s'il y avait un bail valide au moment de la faillite ou que l'arrêt *Giffen* requiert que la possession d'un preneur à bail s'appuie sur un bail existant.

[56] Comme il a été mentionné, on a cité tant la décision *Wells Fargo* que l'ouvrage des professeurs Cuming, Walsh et Wood comme sources permettant d'affirmer que, même après la résiliation d'un bail proprement dit (d'une durée supérieure à un an), les droits conférés au syndic par le par. 20(2) à l'égard de biens en la possession (sous réserve d'une sûreté imparfaite) ne s'éteignent que lorsque le bailleur acquiert aussi la possession de ces biens. Toutefois, l'ouvrage des professeurs Cuming, Walsh et Wood ne peut être invoqué à l'appui d'une telle assertion. Cela dit, on peut facilement en reconnaître l'exactitude, compte tenu particulièrement des remarques formulées dans l'arrêt *Giffen* sur le but visé par l'établissement d'un régime exhaustif régissant les sûretés à caractère non possessoire, et sur l'intention du législateur dans l'adoption des dispositions telles que le par. 20(2). De fait, lorsque des biens entrent en la possession d'un preneur à bail / débiteur en vertu d'un bail (ou de tout contrat de sûreté présumé) qui demeure imparfait, on peut comprendre que davantage que la résiliation de partie à partie du bail ou du contrat qui a accordé la possession au preneur à bail / débiteur soit nécessaire pour écarter l'application des droits de priorité conférés par la LSRBP en cas de défaut de parfaire la sûreté – à tout le moins tant que les biens demeurent en la possession du preneur à bail et que la sûreté n'est pas parfaite. Comme il est mentionné dans l'arrêt *Giffen*, ces droits d'origine législative sont destinés à s'appliquer, quelle que soit la forme du contrat de sûreté et abstraction faite des « concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété ». Cela vient du fait, pour bonne part, que l'on vise à ce que de telles sûretés soient parfaites – ce que l'on peut effectuer très facilement en les enregistrant tout simplement conformément à la LSRBP.

[57] L'argument de *Continental* selon lequel la décision de la Cour des petites créances a eu pour effet de résilier le bail et de mettre fin à la possession légitime de la remise par M^{me} Negru – écartant ainsi l'application du par. 20(2) même si la remise demeurerait en sa possession – repose sur une conception traditionnelle des [TRADUCTION] « droits de propriété ». La Cour suprême a préféré à une telle conception une interprétation du par. 20(2) qui s'accorde avec le réseau d'enregistrement des sûretés à caractère non possessoire établi par la LSRBP.

[58] À mon avis, indépendamment de la question de savoir si l'on doit considérer que la décision de janvier 2023 n'a pas pour seule portée d'ordonner que Continental ait possession de la remise, le syndic et le juge d'appel n'ont pas conclu erronément que la LSRBP, y compris le par. 20(2), s'appliquait tant que la remise demeurait en la possession de M^{me} Negru, ce qui était toujours le cas au moment de sa faillite.

[59] Toutefois, même si j'avais tiré une autre conclusion, je n'aurais pas accueilli l'appel et enjoint au syndic de remettre la remise à Continental, comme elle le demande. Dans l'évaluation de la réclamation de Continental, il faut d'abord déterminer si le bail était un bail créant une sûreté, auquel s'appliquait la LSRBP, y compris la partie V, par application du par. 3(1). Bien sûr, s'il s'agit d'un bail créant une sûreté, l'argument de Continental voulant qu'elle soit la propriétaire en droit de la remise, par suite de la décision de la Cour des petites créances, doit être rejeté.

[60] Puisque nous sommes aussi bien placés pour trancher la question que le juge dont la décision est frappée d'appel, il ne servirait à rien de la lui renvoyer pour qu'il la tranche.

D. *Si le bail est un bail créant une sûreté, le par. 20(2) s'applique*

[61] La réclamation de Continental voulant qu'elle soit la propriétaire de la remise du fait de la résiliation du bail devait être tranchée d'après le dossier qu'elle a présenté au syndic, dossier qu'elle a étoffé lors de son appel à la Cour du Banc du Roi.

[62] Ni dans sa preuve de réclamation ni en appel du rejet de la réclamation par le syndic, Continental ne se prononce sur le fait que le bail serait un bail créant une sûreté ou un bail proprement dit. Devant la Cour, elle a affirmé que cette question est sans importance puisque le bail avait été résilié et que, ainsi, M^{me} Negru n'avait pas droit à la possession de la remise au moment de la faillite.

[63] À mon avis, si le bail est un bail créant une sûreté, on ne peut considérer que la décision de la Cour des petites créances a rendu inapplicables les droits et obligations prévus à la partie V de la LSRBP. La décision ne vise pas à produire cet effet et, comme le dispose le par. 55(8), « [l]e jugement obtenu par une partie garantie pour une partie de sa créance n'opère pas confusion de sûreté ». Même si M^{me} Negru n'avait pas conservé la possession de la remise, puisque la décision de janvier 2023 n'a rien fait d'autre qu'ordonner que Continental ait la possession de la remise, on ne saurait considérer qu'elle a éteint les droits conférés par la partie V à M^{me} Negru, par exemple le droit de racheter les biens donnés à bail / grevés avant leur aliénation (art. 62) ou le droit de réclamer tout excédent restant une fois acquittée la dette garantie à même la somme recouvrée du bien grevé (art. 60).

[64] Bien qu'un tribunal puisse soupeser de nombreux facteurs pour décider si un bail est un bail créant une sûreté ou un bail proprement dit, ce sont les circonstances qui dictent ceux d'entre eux qui auront le plus de poids dans l'analyse.

[65] Dans l'arrêt *Emkay Canada Fleet Services Corp. c. Gemini Corporation*, 2020 ABCA 245, [2020] A.J. No. 694 (QL), le juge d'appel Slatter a déclaré ce qui suit dans ses motifs concordants :

[TRADUCTION]

Pour décider de la nature véritable d'un bail, le tribunal doit prendre en compte le contexte global. De nombreux facteurs pertinents ont été recensés, mais nombre d'entre eux pointent tout autant vers des sûretés mobilières que des baux à long terme proprement dits (voir *Connacher Oil and Gas Limited (Re)*, 2017 ABQB 769, 64 Alta LR (6th) 68, par. 16. Par exemple, il est souvent le cas que les baux à long terme et les contrats de sûreté mobilière exigent que l'emprunteur assure le bien grevé, acquitte tous les frais d'entretien et de fonctionnement, paie toutes les taxes et accepte le risque de préjudice ou de dommages au bien grevé.

Le fait que le preneur à bail accroisse son intérêt ou puisse acquérir le titre sur le bien grevé constitue un

indice important de l'existence d'un contrat de location-financement [...] [Gras et soulignement ajoutés; par. 77 et 78]

[66] Dans l'arrêt fréquemment cité *DaimlerChrysler Services Canada Inc. c. Cameron*, 2007 BCCA 144, [2007] B.C.J. No. 456 (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné si le bail visant un véhicule constituait un contrat de sûreté ou un bail proprement dit. Invoquant un article du professeur Ronald C.C. Cuming, la juge d'appel Kirkpatrick a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] La cour doit examiner de près la relation qui existe entre le bailleur et le preneur à bail pour déterminer s'il s'y trouve des indices manifestes d'existence d'un contrat de sûreté. Si l'opération contestée crée essentiellement une sûreté, il s'agit d'un contrat de sûreté, quelle qu'en soit la forme et quelle qu'ait été l'intention subjective des parties lorsqu'elles l'ont conclu (Ronald C.C. Cuming, « True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Acts » (1983), 7 *Revue canadienne du droit de commerce* 251, p. 264).

Le processus de qualification se fonde sur de nombreux facteurs. Dans son article (p. 285), le professeur Cuming mentionne une liste de facteurs tirés de la jurisprudence américaine. La présence des facteurs suivants, notamment, étaye la conclusion que le bail est un bail créant une sûreté :

1. **une option d'achat pour une somme nominale;**
2. **une clause du bail accordant au preneur à bail un intérêt ou un intérêt de propriété dans le matériel;**
3. **la nature de l'activité du bailleur était celle d'une agence de financement;**
4. le preneur à bail a payé une taxe de vente liée à l'acquisition du matériel;
5. le preneur à bail a payé toutes les autres taxes liées à la propriété du matériel;
6. le preneur à bail devait souscrire pour le matériel une assurance multirisque;
7. le preneur à bail devait acquitter, à ses frais, tous les droits de permis afférents au fonctionnement et à l'entretien du matériel;

8. le contrat faisait assumer par le preneur à bail la totalité du risque de préjudice;
9. le contrat comportait une clause autorisant le bailleur à demander le paiement du loyer par anticipation, en cas de défaut du preneur à bail, et lui octroyait des recours semblables à ceux d'un créancier hypothécaire;
10. le matériel faisant l'objet du contrat était choisi par le preneur à bail et acheté par le bailleur en vue de ce bail particulier;
11. le preneur à bail a dû verser un dépôt de garantie élevé pour obtenir le matériel;
12. la clause du bail régissant les cas de défaut était particulièrement favorable au bailleur;
13. le bail renfermait une clause relative aux dommages-intérêts extrajudiciaires;
14. il y avait une clause de dénégalation par le bailleur des garanties de convenance ou de la qualité marchande;
15. **le montant global des loyers correspondait approximativement à la valeur ou au prix d'achat du matériel.** [Gras et soulignement ajoutés; par. 21 et 22]

[67] Dans la décision *Connacher Oil and Gas Limited (Re)*, 2017 ABQB 769, [2017] A.J. No. 1408 (QL), le juge Yamauchi a déclaré que, lorsqu'il s'agit de qualifier la convention de bail, [TRADUCTION] « [a]ucun facteur n'est déterminant à lui seul, même si certains facteurs peuvent s'avérer plus révélateurs quant à la nature du bail » (par. 15). Dans l'arrêt *Connacher*, comme dans l'arrêt *DaimlerChrysler*, précité, on énonce une multitude de facteurs ou une [TRADUCTION] « liste de contrôle » utiles lorsqu'il s'agit d'établir si un bail est ou non un contrat de sûreté (par. 16).

[68] Dans l'ouvrage intitulé *Personal Property Security Law*, 3^e éd., précité, les professeurs Cuming, Walsh et Woods résument la tendance qui s'est dégagée en jurisprudence sur cette question :

[TRADUCTION]

**CRITÈRE DE L'« ESSENCE » OU DE LA
« FONCTION »**

La LSRBP prescrit un « critère de l'essence », aussi désigné « critère de la fonction », servant à établir si une opération donnée constitue un contrat de sûreté. **Dans les deux cas, il s'agit de se demander quel était l'objectif ou l'intention**

imputé des parties à l'opération, déterminé en fonction des circonstances de sa création, et les effets raisonnablement prévisibles de ses clauses. En répondant à cette question, on cerne la fonction ou l'essence de l'opération. En règle générale, les cours conviennent qu'il faut centrer l'attention sur les droits et les obligations économiques des parties à l'opération.

Certains tribunaux ont estimé que c'est l'« intention » des parties à l'opération à la date de sa passation qu'il faut déterminer. Le tribunal doit attacher une grande importance au libellé du contrat, du moins lorsqu'on a affaire à des parties commerciales. Cela peut s'avérer trompeur, toutefois. Lorsque l'intention est en cause, il s'agit de l'intention objective ou imputée des parties selon ce que dénote la nature du contrat qu'elles ont conclu. Il faut n'accorder qu'une valeur minime aux termes employés dans le contrat. **Les opérations définies comme des baux sont très souvent des mécanismes de financement de ventes. La LSRBP empêche qu'on qualifie les opérations en fonction de leur forme et de la détention du titre de propriété à l'égard du bien grevé – des facteurs qui constitueraient des indices premiers en common law.**

FACTEURS QUI DÉNOTENT UN BAIL CRÉANT UNE SÛRETÉ

Il serait naïf de dire que les tribunaux ont été parfaitement cohérents dans l'application à la qualification des baux du critère de l'essentiel ou de la fonction de la LSRBP. Malgré tout, il est possible de cerner une gamme de facteurs qu'ils ont reconnu fournir des indices d'existence d'un bail créant une sûreté. Ces facteurs importent surtout du point de vue économique plutôt que du point de vue juridique traditionnel. Ils mettent l'accent principalement sur l'intérêt économique des parties à l'opération plutôt que sur la détention du titre de propriété à l'égard des biens en cause ou des termes employés par les parties. **Si l'opération accorde au preneur à bail des droits économiques essentiellement équivalents à ceux d'un acheteur ou d'un propriétaire du bien, l'on a affaire à un bail créant une sûreté.** Les facteurs ci-dessous dénotent que des opérations constituent essentiellement des contrats de sûreté. [Gras et soulignement ajoutés; notes de bas de page omises; p. 133 et 134]

[69] Les professeurs Cuming, Walsh et Wood estiment que les facteurs suivants indiquent l'existence d'un bail créant une sûreté :

1. la dévolution automatique de la propriété ou l'obligation d'acheter;
2. la durée du bail et la durée de vie utile sur le plan commercial des biens;
3. l'obligation de paiement du preneur à bail;
4. le prix d'une option d'achat ou de renouvellement (l'intérêt cumulé);
- 5 un bail ouvert;
6. le rôle des parties;
7. les recours contractuels. [p. 135 à 139]

[70] Les faits pertinents concernant l'entente de [TRADUCTION] « location avec option d'achat » conclue avec M^{me} Negru sont exposés dans la preuve de réclamation (bien) de Continental et l'affidavit déposé à l'appui de sa motion en annulation du rejet de sa réclamation par le syndic. Le président et propriétaire de Continental a déclaré sous serment dans son affidavit que la société a [TRADUCTION] « acheté » la remise [TRADUCTION] « auprès du fabricant » le 25 février 2020 et l'a louée à M^{me} Negru le 27 janvier 2020. Parmi les documents fournis, on compte (1) une commande/convention non signée et datée du 27 janvier 2020 passée avec le fabricant de la remise, Old Hickory Buildings of Canada, dans laquelle M^{me} Negru est désignée la cliente; (2) une [TRADUCTION] « convention de bail » non signée et datée du 27 janvier 2020, conclue entre Continental, à titre de bailleur, et M^{me} Negru, à titre de preneuse à bail; (3) une [TRADUCTION] « demande concernant les stocks » de Continental précisant que celle-ci a reçu la remise le 25 février 2020 et l'a louée le lendemain.

[71] La [TRADUCTION] « commande » de Old Hickory fait état d'un dépôt de 1 522,60 \$ versé le 9 janvier 2020; d'un montant de 13 240 \$ pour la [TRADUCTION] « location avec option d'achat » de la remise; de paiements mensuels de 563,93 \$ ([TRADUCTION] « taxes de vente » comprises) pendant la durée du [TRADUCTION] « contrat de 60 mois ». La remise a été délivrée à M^{me} Negru le 27 janvier 2020 ou vers

cette date. On mentionne dans les [TRADUCTION] « Conditions additionnelles » que [TRADUCTION] « LA VENTE N'EST PAS DÉFINITIVE » (soulignement ajouté).

[72] Dans le bail de Continental, comme dans la [TRADUCTION] « commande » de Old Hickory, on fait état d'un [TRADUCTION] « prix au comptant » de 13 240 \$ des biens donnés à bail et de paiements mensuels de 563,93 \$. On mentionne dans le bail une durée initiale d'un mois, mais on y prévoit aussi son renouvellement automatique, l'obligation totale s'élevant à 33 835 \$. L'[TRADUCTION] « Avis » suivant figure dans le bail (immédiatement sous son titre) :

[TRADUCTION]
AVIS : VOUS LOUEREZ LE BIEN. **VOUS N'ACQUERREZ À L'ÉGARD DU BIEN AUCUN TITRE DE PROPRIÉTÉ, INTÉRÊT OU DROITS DE PROPRIÉTÉ, À MOINS QUE VOUS N'EFFECTUEZ TOUS LES PAIEMENTS NÉCESSAIRES À L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ.** LA DURÉE INITIALE DU PRÉSENT BAIL EST D'UN MOIS. VOUS CONVENEZ QUE, SI VOUS NE RENOUVELEZ PAS LE BAIL EN EFFECTUANT LES PAIEMENTS DE LOCATION MENSUELS SUIVANTS, LE BAILLEUR POURRA REPRENDRE POSSESSION DU BIEN. [Gras et soulignement ajoutés.]

[73] De plus, le bail prévoit deux façons pour M^{me} Negru de devenir propriétaire de la remise. Premièrement, M^{me} Negru peut effectuer tous les paiements mensuels requis (pour un montant de 33 835 \$) et donner avis à Continental; elle n'a à effectuer aucun autre paiement additionnel. Deuxièmement, M^{me} Negru peut verser, n'importe quand, le montant prévu à la clause 2B (13 240 \$), moins 45 % des paiements de location mensuels versés. Le bail prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

À condition que le présent bail n'ait pas été résilié et que la preneuse à bail ait effectué tous les paiements requis et ne soit pas en défaut par ailleurs aux termes de la présente convention, **la preneuse à bail peut acquérir la propriété du bien de l'une ou l'autre des manières suivantes** :

(i) **si la preneuse à bail a effectué les paiements de location mensuels pendant 59 périodes de renouvellement ou plus après la période initiale** (y compris les paiements mensuels versés en cas de rétablissement), **elle peut, à son gré, acquérir la propriété du bien en tout temps en avisant le bailleur. Dans un tel cas, la preneuse à bail aura versé 33 835,80 \$ (TPS/TVH comprise) pour louer le bien et en acquérir la propriété** [...];

(ii) si la preneuse à bail a effectué moins de 59 paiements de location mensuels, **elle peut acquérir le bien en avisant le bailleur et en payant le prix au comptant initial du bien mentionné à la clause 2B, déduction faite de toute réduction du prix, moins 45 % des paiements de location mensuels de base versés par la preneuse à bail, plus tout montant de TPS/TVH applicable. Si la preneuse à bail exerce son option d'acquisition du bien conformément à la présente clause, le bailleur confirmera lui avoir transféré tous les droits, titres et intérêts à l'égard du bien.** [...] [Gras et soulignement ajoutés.]

[74] En somme, après avoir effectué tous les paiements de location mensuels prévus dans l'entente de [TRADUCTION] « location avec option d'achat », M^{me} Negru a le droit de devenir propriétaire de la remise par la simple remise d'un avis. C'est là le facteur montrant le plus clairement que le bail est un bail créant une sûreté.

[75] Dans *Newcourt Financial Ltd. (c.o.b. Financialinx) c. Frizzell*, [2000] B.C.J. No. 1727 (QL) (C.S.C.-B.), le tribunal a déclaré que [TRADUCTION] « si le véhicule est transféré automatiquement au preneur à bail à la fin de la durée du bail, ou si l'option d'achat à la fin de la durée du bail peut être exercée à un prix inférieur à la valeur marchande, cela pourrait étayer la conclusion que le bail était essentiellement un contrat de sûreté » (par. 19).

[76] Dans son texte intitulé *An Introduction to the New Brunswick Personal Property Security Act* (Fredericton, N.-B. : New Brunswick Geographic Information Corporation, 1995), la professeure Catherine Walsh a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il ressort de la jurisprudence qu'aucun critère simple ne permet de trancher a priori la question. L'ancien critère de la *Loi sur les ventes conditionnelles* ne fera pas l'affaire. Si le preneur à bail est *tenu* d'acheter les biens donnés à bail à l'expiration du contrat, cela amène à conclure que le bail est un contrat de location-financement. **L'existence d'une option d'achat n'est pas déterminante, toutefois, à moins que le prix d'achat prévu soit si manifestement nominal qu'aucun preneur à bail raisonnable ne manquerait de l'exercer. Si le prix de l'option est supérieur à un montant nominal, le bail pourrait être un bail proprement dit malgré l'existence de l'option.** On dit alors que la nature du bail dépend du rôle et de l'intention des parties, ainsi que de l'effet de l'opération tel que le déterminent des critères objectifs : la juste valeur résiduelle estimative des biens en comparaison du prix de l'option; le fait que le preneur à bail soit tenu ou non de combler tout écart entre le prix obtenu par le bailleur lors de l'aliénation des biens à la fin du bail et les sommes à payer en vertu du bail; le fait que le preneur à bail éprouvait ou non des difficultés financières au moment du bail; le fait que le preneur à bail ait eu ou non pour activité de fournir de l'aide financière au moyen d'opérations de location-financement; le fait que le bail ait ou non visé le stock du bailleur. L'absence d'option d'achat est une preuve convaincante permettant de qualifier le bail de bail proprement dit. Il ne s'agit pas nécessairement d'une preuve concluante, toutefois : même si le titre de propriété ne lui est jamais transféré, si le preneur à bail jouit des mêmes avantages et supporte les mêmes charges qu'un propriétaire, notamment en tirant un profit ou en subissant une perte à la revente, il est possible de qualifier le bail de contrat de location-financement. [Italiques dans l'original; gras et soulignement ajoutés; notes de bas de page omises; p. 34 et 35]

[77] De même, le professeur Bruce MacDougall a formulé les explications suivantes dans son ouvrage intitulé *Canadian Personal Property Security Law*, 3^e éd. (Toronto : LexisNexis, 2023) :

[TRADUCTION]

En règle générale, un bail sera un bail proprement dit si le preneur à bail peut y mettre fin à tout moment ou s'il ne renferme pas une option d'achat. Si on ne peut mettre fin au bail par anticipation, mais que les biens donnés à bail qui seront rendus au bailleur ont une valeur et qu'il n'y a pas d'option d'achat, le bail sera probablement un bail proprement dit. Si on ne peut mettre fin au bail par anticipation et qu'il est conclu pour toute la durée de vie utile sur le plan commercial des biens donnés à bail, il s'agit d'un bail [TRADUCTION] « créant une sûreté ». Si une option d'achat est prévue, mais pour un prix correspondant à la juste valeur marchande des biens au moment de l'exercice de l'option, ou à leur valeur marchande véritable préétablie, l'on aura affaire à un bail proprement dit. **Si toutefois le prix de l'option est d'un montant symbolique, ou d'un montant ne correspondant pas à la valeur marchande véritable préétablie des biens au moment de l'exercice de l'option, le bail sera probablement considéré comme un bail créant une sûreté, qui s'apparente à un contrat de vente conditionnelle.** Dans au moins une affaire, toutefois, on a jugé que le bail pouvait toujours être un bail proprement dit même si le prix de l'option était moindre que la valeur marchande. **Si l'« option » prévue pour la fin de la période obligatoire du bail n'est pas une véritable option, mais de nature à être presque certainement exercée, l'opération est assimilée à une vente conditionnelle et le bail est un bail créant une sûreté.** Cependant, l'obligation faite au preneur à bail d'entretenir ou de faire fonctionner les biens d'une manière préservant l'intérêt en equity du bailleur dénote l'existence d'un bail proprement dit. [Gras et soulignement ajoutés; notes de bas de page omises; p. 182 et 183]

[78] M^{me} Negru a passé sa commande pour la remise auprès de Old Hickory, le fabricant de la remise, et Continental a [TRADUCTION] « acheté » celle-ci à Old Hickory pour des fins qu'on pourrait correctement décrire de financement de l'achat de M^{me} Negru au moyen d'une convention de bail. Dans cette entente de [TRADUCTION] « location

avec option d'achat », Continental convenait de transférer la remise à M^{me} Negru, moyennant la remise d'un avis, une fois qu'elle aurait effectué ses paiements de location. Continental convenait aussi de transférer la remise à M^{me} Negru à tout autre moment, au prix au comptant initial de la remise, après déduction en fonction des paiements de location effectués, plus la TPS/TVH. À mon avis, le bail est un bail créant une sûreté auquel s'applique la partie V de la LSRBP.

[79] Dans ces circonstances, pour les motifs exposés précédemment, le par. 20(2) s'appliquait au moment de la faillite de M^{me} Negru, comme le syndic l'avait déterminé, et l'appel de Continental à l'encontre du refus de sa réclamation doit être rejeté.

III. Conclusion et dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais l'appel et je condamnerais Continental à des dépens de 3 000 \$.