

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE : STRATÉGIE DE DROIT COMMERCIAL

**RÉFORME DU
DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS
PRÉFÉRENTIELS**

(Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels)

**PARTIE 1 : OPÉRATIONS SOUS-ÉVALUÉES ET OPÉRATIONS
FRAUDULEUSES**

RAPPORT FINAL DU GROUPE DE TRAVAIL

présenté par Tamara M. Buckwold, Présidente

Faculté de droit, Université de l'Alberta

Edmonton (Alberta)

Halifax

Août 2010

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

INTRODUCTION

[1] En 2004, la Conférence a reçu une étude de faisabilité sur la nécessité d'une réforme des deux volets connexes du droit provincial et territorial, généralement appelés les transferts frauduleux et les traitements préférentiels¹. L'étude a donné lieu à une revue de la littérature et, en 2006, la Conférence a lancé un projet de réforme, entrepris sur le fondement d'un engagement de financement par la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan. L'objectif de ce projet est l'établissement d'une Loi uniforme qui pourrait être adoptée à travers le Canada, mais reconnaissant que des ajustements pourraient être nécessaires au Québec afin d'assurer une interface appropriée avec d'autres éléments du régime juridique distinct de la province. Ce projet a été divisé en deux parties, la Partie 1 portant sur les transferts frauduleux et la Partie 2, sur les traitements préférentiels. Une étude exhaustive a été faite sur chacune des parties à titre de fondement pour l'élaboration des recommandations de réforme², après quoi il y a eu formation d'un groupe de travail chargé de produire un rapport sur la Partie 1. Ce groupe a examiné en profondeur chacune des questions soulevées dans le document d'étude, s'appuyant sur une série de documents de travail supplémentaires en constante évolution. Le présent rapport constitue le rapport final du groupe de travail sur la Partie 1 du projet. Bien qu'il ait été rédigé par la Président du groupe, ce rapport représente l'opinion collective du groupe de travail³.

[2] Ce rapport, assorti d'une introduction révisée, sera publiée cet été ou à l'automne 2010 dans le *Banking and Finance Law Review*⁴ dans le cadre d'un symposium spécial parrainé par l'Institut d'insolvabilité du Canada. Les réponses que les lecteurs soumettront à la présidente du groupe de travail seront présentées à la Conférence dans un document distinct.

[3] La formulation des recommandations contenues dans le présent rapport n'a pas pour but de constituer un texte de loi définitif. Cependant, la nécessité d'être plus précis dans certains cas exige que les recommandations soient formulées de telle sorte qu'elles se rapprochent du libellé qui pourrait être adopté dans le projet de loi et c'est pourquoi, les mots employés ont été choisis prudemment. Par conséquent, les recommandations constituent une combinaison d'énoncés de principes généraux et de dispositions législatives provisoires. Chaque recommandation est accompagnée d'un commentaire relativement bref qui donne la justification de la recommandation et explique son

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

application prévue. Afin d'établir une distinction entre les recommandations et les commentaires explicatifs, celles-ci figurent en caractères gras.

[4] Le groupe de travail a bénéficié de la participation d'une représentante du Québec, le professeur Élise Charpentier, qui a aussi déposé le document de base sur le droit québécois, présenté à la Conférence en 2009. Bien que la plupart des recommandations puissent être adoptées au Québec, nous reconnaissons que certains éléments de la loi proposée pourraient ne pas être nécessaires ou convenir. Tout particulièrement, nos recommandations sur les redressements pourraient ne pas être pertinentes au Québec, où le régime actuel en la matière est considéré comme satisfaisant.

GROUPE DE TRAVAIL

[5] Le groupe de travail a été présidé par le professeur Tamara M. Buckwold de l'Université de l'Alberta. Monsieur Thomas G. Anderson, c.r. de Vancouver et le professeur Anthony Duggan de l'Université de Toronto ont été des participants actifs à partir de la création du groupe de travail et M. Anderson a rédigé de formidables procès-verbaux de chaque réunion. D'autres membres du groupe ont participé aux travaux du groupe à diverses étapes en fonction de leur disponibilité. Tous ont apporté une contribution inestimable, notamment le professeur Élise Charpentier, Faculté de droit, Université de Montréal; Sarah J. Dafoe, Alberta Justice; Tim Rattenbury, Cabinet du Procureur général du Nouveau-Brunswick et Robert A. Klotz de Toronto. Le groupe a également bénéficié de l'apport des délégués de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Des efforts considérables ont été déployés pour recruter un représentant du gouvernement fédéral comme membre du groupe de travail. Cependant, Industrie Canada et le Bureau du surintendant des faillites Canada ont décliné l'invitation qui leur avait été faite.

[6] Le groupe de travail a tenu périodiquement des conférences téléphoniques à partir de l'automne 2008 jusqu'à la fin du printemps 2009 et de nouveau à partir de l'automne 2009 jusqu'au début du printemps 2010. Un rapport d'étape sur le travail effectué au cours de la première période a été présenté lors de la réunion annuelle de 2009 de la Conférence. Le présent rapport final comprend la plupart du contenu du rapport d'étape ainsi que d'autres recommandations formulées au cours de la deuxième période. Une partie du contenu du rapport d'étape a été révisé ou restructuré dans le cadre du travail menant au rapport final.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

RECOMMAENDATIONS

[7] Les recommandations contenues dans le présent rapport se classent sous les rubriques générales ci-après, lesquelles se subdivisent dans la plupart des cas :

- A. Titre de la loi
- B. Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels : Principes sous-jacents d'une réforme du droit
- C. Principes généraux dans la conception d'une nouvelle loi
- D. Motifs de recours : définition des causes d'action
- E. Champ d'application de la loi : Opérations visées par la loi
- F. Qualité pour agir en vertu de la loi
- G. Recours
- H. Délai de prescription
- I. Abrogation de la loi

A. Titre de la loi

[8] Les recommandations contenues dans les Parties 1 et 2 du présent projet seront intégrées dans une seule loi uniforme qui remplacerait les lois actuelles sur les transferts frauduleux et les traitements préférentiels. Cette loi habilitera les tribunaux à examiner une transaction et à accorder un redressement relativement à un éventail de causes d'action connexes, mais distinctes, dont seulement certaines exigent une preuve de l'existence d'une intention de causer un préjudice aux créanciers. Nous recommandons que le titre de la loi en reflète son application. Ce titre est utilisé ci-après dans le commentaire accompagnant nos recommandations.

La Loi devrait s'intituler la *Loi sur les transactions révisables*.

[9] La *Loi sur les transactions révisables* comportera deux parties comportant certaines dispositions qui se chevauchent. Dans cette partie du présent rapport, on examine les recours lorsqu'un débiteur conclut une opération qui a pour effet de diminuer la quantité de biens qui aurait été autrement disponible pour satisfaire les créances des créanciers ou encore une opération qui est intentionnellement conçue pour placer des

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

biens à l'abri des créanciers. Il faut distinguer les dispositions de cette partie de celles visant les opérations constituant des paiements préférentiels aux créanciers.

Les termes : « opérations sous-évaluées et transferts préférentiels » devraient être respectivement utilisés pour désigner les dispositions correspondantes de la Loi.

B. Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels : Principes sous-jacents d'une réforme du droit

[10] En vertu du droit canadien, les créanciers qui ne reçoivent pas ce qui leur est dû, soit en raison d'une faute intentionnelle ou d'une incapacité de payer de la part de leurs débiteurs, ont droit de recouvrer leur créance en faisant saisir et liquider les biens de leurs débiteurs dans le cadre d'un processus légal. Si la dette est garantie par un droit de propriété, une action en justice peut être intentée directement contre le bien affecté en garantie, souvent sans faire appel au système judiciaire. Lorsque la dette n'est pas garantie, les différentes mesures d'exécution dont disposent les créanciers pour avoir accès aux biens du débiteur sont soit la procédure de faillite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI)¹⁰ fédérale ou la délivrance et l'exécution d'un jugement en vertu des lois provinciales et territoriales. Le droit de ce qui est communément appelé transferts frauduleux a été conçu pour permettre aux créanciers non garantis de recouvrer les biens qui auraient été autrement mis à leur disposition afin de satisfaire leurs créances au moyen de ces mesures n'eût été de leur transfert par le débiteur. Par conséquent, le droit qui régit les opérations de cette nature existe sous forme de lois provinciales et dans les dispositions de la LFI fédérale¹¹. Les lois provinciales sont complétées dans certains territoires par le *Statute of Elizabeth of 1571* (également appelée la *Fraudulent Conveyances Act*), où elle a encore force de loi à titre de droit établi.

[11] Une attention particulière a été portée au bien-fondé d'harmoniser les lois provinciales et fédérales dans ce domaine. Cependant, le groupe a conclu que les lacunes des dispositions de la LFI sont telles que celles-ci ne devraient pas être adoptées dans leur intégralité en tant que modèle de réforme du droit provincial et territorial. Quoiqu'il en soit, la compatibilité avec la LFI, y compris avec les dispositions sur les opérations sous-évaluées récemment édictées mais non encore en vigueur, a été un facteur déterminant dans la formulation des recommandations. Nous espérons que les nouvelles lois provinciales susciteront de nouveaux développements en ce qui a trait à la loi fédérale.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

[12] Depuis toujours, le droit des transferts frauduleux se fonde principalement sur des principes complémentaires qui visent à dissuader une conduite ayant intentionnellement pour but de priver les créanciers de leur droit de recouvrement et à réparer la perte qu'ils subissent lorsqu'une conduite de cette nature survient. Il va sans dire que le principe de dissuasion s'adresse principalement aux débiteurs, en ce que l'annulation d'une opération se fonde sur l'intention du débiteur de frustrer, d'entraver ou de léser ses créanciers.

Avec un tel objectif, le motif de la dissuasion englobe le point de vue selon lequel les débiteurs ne concluront pas d'opérations dans le but de frustrer leurs créanciers s'ils savent que l'opération peut être annulée, que leurs plans peuvent échouer et que le bénéficiaire des biens peut être contraint de restituer tous les bénéfices conférés. Dans sa formulation originale telle qu'elle était incorporée dans le Statut Élizabeth, on avait prévu un autre facteur de dissuasion, plus puissant, qui aurait pris la forme d'un éventuel emprisonnement et l'imposition d'une amende. Bien que le Statut demeure en vigueur, ces dimensions de son application sont tombées en désuétude

[13] Bien que le principe de dissuasion s'adresse tout particulièrement aux débiteurs, le droit actuel prévoit également un principe qui vise à dissuader ceux qui pourraient traiter avec des débiteurs de conclure des opérations qui auront une incidence défavorable sur les droits des créanciers. On trouve ce principe tant dans les moyens de défense prévus dans les lois sur les transferts frauduleux que dans la jurisprudence qui interprète cette législation et le Statut Élizabeth. En règle générale, une opération peut être annulée à l'encontre d'un cessionnaire qui connaissait les intentions malveillantes du débiteur mais non à l'encontre d'une personne qui ne connaissait pas ces intentions et qui a donné une valeur supérieure à la valeur nominale pour le bien reçu. Étant donné que c'est le cessionnaire qui risque de perdre si une opération est annulée, cette approche reconnaît la nécessité de faciliter l'évaluation valable des risques pour ceux qui traitent avec un débiteur. Une personne qui accepte le bénéfice d'une opération pernicieuse sans connaître l'objectif du débiteur peut ne pas être en mesure d'évaluer le risque de conclure une opération selon les modalités proposées et mérite par conséquent un degré de protection approprié. Quiconque choisit de conclure une opération en connaissant l'intention réelle ou apparente du débiteur accepte le risque de perte qui peut en découler.

[14] Malgré l'accent explicite mis sur l'intention du débiteur, le droit actuel, tel qu'il est interprété et mis en oeuvre par les tribunaux, reconnaît l'importance du principe de réparation de la perte subie par les créanciers. Si le débiteur est insolvable au moment du transfert des biens ou qu'il devient insolvable en conséquence, il est présumé avoir eu

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'intention de frustrer ses créanciers. La raison d'être de cette présomption est que, étant donné qu'un débiteur insolvable est, par définition, incapable de satisfaire les créanciers, l'aliénation intentionnelle des biens a comme conséquence inévitable de frustrer les droits de ces derniers ou d'y faire obstacle. Lorsque la présomption est appliquée, un recours est en réalité offert sur le fondement de la perte réelle des créanciers sans égard à l'état d'esprit subjectif du débiteur. Cependant, que la présomption soit absolue ou réfutable est matière à débat. Si le débiteur est solvable, un créancier demandeur doit faire la preuve affirmative de l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers.

[15] Les difficultés liées à la nécessité de prouver l'intention minent le principe de réparation de la perte réelle, étant donné qu'un transfert qui frustrer les droits des créanciers est immunisé contre toute contestation si la preuve de l'intention malicieuse ne peut pas être établie. Paradoxalement, le principe déclaré de la dissuasion du débiteur est également miné par l'exigence de l'intention. Il est très difficile de contester une opération qui prive les créanciers de leurs droits car l'intention du débiteur est rarement explicite et les éléments de preuve disponibles sont souvent réfutables. Par conséquent, il existe peu d'éléments susceptibles de dissuader un débiteur habile calculateur ou un cessionnaire averti de conclure une opération.

[16] La question fondamentale éclipsée par les lois actuelles et l'interprétation qu'en font les tribunaux est de savoir quel est le préjudice contre lequel le droit veut ou devrait lutter. S'agit-il de l'obstruction *réelle* avec les droits des créanciers, que les motifs du débiteur soient louables ou non, ou de l'obstruction *intentionnelle* avec les droits des créanciers? La difficulté de distiller la réponse à cette question à partir de l'ensemble des lois et des décisions actuelles justifie en grande partie l'incertitude et l'inefficacité endémiques à son application.

[17] À notre avis, le droit devrait se fonder sur l'hypothèse voulant que l'obstruction réelle avec le droit de recouvrement des créanciers cause un préjudice, sauf dans la mesure où des considérations de nature compensatoire rendent obligatoire la protection d'autres intérêts légitimes. Cette opinion ne nie pas mais subsume plutôt la proposition selon laquelle cette obstruction intentionnelle avec les droits des créanciers est préjudiciable. Par conséquent, les principes connexes formulés par nos recommandations sont le redressement de la perte occasionnée par des opérations qui portent atteinte aux droits de recouvrement des créanciers et la prise de mesures dissuasives de façon à éviter la nécessité de demander un tel redressement. Cette approche est compatible avec les approches qui ont été adoptées dans d'autres pays, et plus particulièrement, elle harmoniserait davantage les lois canadiennes avec les lois américaines.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

[18] Le principe de dissuasion pourrait être abordé de deux façons. Selon certains, la loi devrait être conçue pour dissuader des débiteurs de conclure des opérations qui ont pour effet d'entraver le droit de recouvrement des créanciers. Une autre opinion veut que le principe soit conçu pour dissuader ceux qui traitent avec des débiteurs de participer dans telles opérations. Certains membres du groupe de travail partagent le premier avis, d'autres le second. Cependant, nous sommes d'accord quant à la façon de donner effet au principe de dissuasion des opérations qui portent atteinte aux droits des créanciers.

[19] Aucune cause d'action unique ne peut aborder convenablement l'éventail de circonstances dans lesquelles un recours est justifié. Nous proposons donc trois causes d'action connexes mais distinctes dont le but est de réparer la perte subie par les créanciers et de dissuader les débiteurs et ceux qui traitent avec eux de conclure des opérations qui frustrent le droit de recouvrement des créanciers ou qui y font obstacle. Alors que la protection des créanciers demeure le principal objectif, les règles que nous proposons ont pour but de protéger adéquatement les personnes qui traitent avec les débiteurs en s'assurant qu'elles sont en mesure d'évaluer le risque de négocier selon les modalités proposées et de réagir face à ce risque.

[20] Toute disposition législative qui assujettit une opération à une contestation *ex post facto* porte nécessairement atteinte dans une certaine mesure au caractère définitif des transactions, mais la perturbation éventuelle des transactions conclues devrait être assujettie à des restrictions raisonnables. La nécessité de tenir compte de la confiance raisonnable qu'il faut placer dans le caractère définitif des transactions est reconnue comme une considération de politique dominante par le truchement des éléments qui s'appliqueraient conjointement dans la loi proposée, notamment la conception des causes d'action, la reconnaissance des facteurs d'admissibilité au régime de redressement, la protection des cessionnaires secondaires qui n'ont pas fait affaire directement avec le débiteur et l'existence de courts délais de prescription.

[21] Nos recommandations ne s'écartent pas complètement des principes qui sous-tendent le droit actuel. Nous cherchons plutôt à définir et à mettre en oeuvre ces principes de façon plus claire par une série de règles qui guideront les conduites commerciales et individuelles et les décisions judiciaires dans le cadre desquelles ces conduites sont évaluées. La meilleure façon d'assurer un traitement équitable est par l'adoption de règles non ambiguës qui, dans la mesure du possible, donnent lieu à des résultats prévisibles.

C. Principes généraux dans la conception d'une nouvelle loi

[22] Nos recommandations relatives à une nouvelle loi se fondent sur deux principes structurels généraux. La politique générale visant à se conformer, dans la mesure du possible et le cas échéant, à la législation fédérale, a été mentionnée ci-dessus. Nous avons aussi cherché à éviter de créer une loi indûment complexe ou prolix. Nous avons par conséquent évité d'avoir recours à des dispositions définitionnelles ou explicatives lorsque la signification du libellé utilisé était bien établie, que l'application de la disposition en question exigeait du tribunal qu'il apprécie des éléments de preuve qui n'ont pas à être formulés ou que le champ d'application d'une disposition n'est pas susceptible de définition précise et qu'elle exige en soi l'interprétation juridique du contexte.

D. Motifs de recours : définition des causes d'action

[23] Les créanciers auront droit d'exercer un recours lorsqu'une opération est ciblée par la recommandation ci-après, sous réserve des restrictions imposées à l'égard de types particuliers de transactions selon les recommandations présentées plus loin dans notre rapport. Cette dimension de la loi a été soumise à de longues séances de discussion et d'amélioration par le groupe de travail, étant donné qu'il est responsable de mettre à exécution le principe fondamental et la structure de la réforme du système de droit.

(1) Une ordonnance de redressement sera disponible dans les cas suivants :

a) Un débiteur conclut une opération pour aucune contrepartie ou pour une contrepartie manifestement inférieure à la valeur cédée ou conférée par le débiteur en vertu de l'opération et

b) le débiteur

(i) est insolvable au moment de l'opération,

(ii) devient insolvable par suite de l'opération ou,

(iii) conclut l'opération dans des circonstances dans lesquelles il court manifestement le risque de devenir insolvable et qu'il le devient dans un délai de six (6) mois de la date de l'opération.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- (2) Une ordonnance de redressement sera disponible dans les cas suivants :
- a) Un débiteur conclut une opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers,
 - b) la capacité d'un ou de plusieurs créanciers d'obtenir satisfaction de ses ou de leurs créances a été entravée de manière significative par suite de l'opération, et
 - c) le cessionnaire
 - (i) n'a donné aucune contrepartie ou a donné une contrepartie manifestement inférieure à la valeur reçue du débiteur, ou
 - (ii) connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération..

[24] La recommandation incorpore trois causes d'action distinctes. La première est définie au paragraphe (1), la deuxième aux alinéas (2)a) et b) et au sous-alinéa c)(i) et la troisième aux alinéas (2)a) et b) et au sous-alinéa c)(ii). Les éléments de chacune des ces causes d'action sont expliqués ci-après. Pour éviter la confusion, dans le reste du texte nous allons désigner ci-après ces causes d'actions comme les causes d'action n° 1, n° 2 et n° 3 respectivement.

[25] Les première et la deuxième causes d'action ne nécessitent pas de faire la preuve que la personne qui a conclu une opération avec le débiteur (le « cessionnaire ») a délibérément pris part à une combine visant à frustrer les créanciers. Toutefois, elles sont conçues de façon à faire en sorte qu'un créancier ne puisse obtenir un redressement que lorsque les circonstances sont telles que le cessionnaire est en position de reconnaître que l'opération risque de porter atteinte aux droits du créancier, laquelle peut alors donner lieu à une contestation. Il convient de noter que l'approche représentée par cette

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

recommandation s'apparente étroitement au droit des États et au droit de la faillite des États-Unis, ainsi qu'au droit d'autres ressorts de *common law*.

Cause d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate/épuisement des actifs)

[26] La cause d'action n° 1 est définie par les alinéas 1a) et b) ci-dessus :

- 1a):** Le débiteur ne reçoit pas de contrepartie pour la valeur donnée ou reçoit une contrepartie **manifestement** inférieure à la valeur donnée par le débiteur.

- 1b):** Le débiteur est insolvable au moment de l'opération, devient insolvable par suite de l'opération ou conclut une opération lorsque l'insolvabilité constitue un risque prévisible si cette insolvabilité se produit en réalité au plus tard six (6) mois après l'opération.

[27] Une personne insolvable est par définition incapable de satisfaire les créances de tous les créanciers. Par conséquent, tout transfert qui a pour effet de diminuer l'étendue ou la valeur d'un patrimoine exigible réduit davantage la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances. Le débiteur a sciemment conclu une transaction qui empêchera de satisfaire les réclamations des créanciers, qu'il y ait ou non une intention malveillante. L'effet de cette cause d'action est de priver un cessionnaire d'une valeur reçue à titre gratuit en faveur de ses créanciers sans égard à la culpabilité subjectif d'ordre éthique du débiteur ou à la connaissance ou à l'état d'esprit du cessionnaire. Le redressement accordé ne signifie pas l'annulation de l'opération dans son intégralité mais a plutôt pour but de restituer aux créanciers la valeur transférée ou conférée par le débiteur dans la mesure où celle-ci excède la contrepartie donnée en échange, tout en protégeant l'investissement du cessionnaire. Cette cause d'action met en oeuvre le principe fondamental qu'est la réparation de la perte subie par les créanciers par l'aliénation des actifs ou de la valeur qui auraient été autrement disponibles pour satisfaire leurs créances. Elle entérine également le principe voulant que les cessionnaires soient protégés s'ils ne sont pas dans une position de reconnaître le risque de traiter avec le débiteur selon les modalités en question. Une personne qui paie une valeur *manifestement* inférieure à la valeur du bien devrait être alertée par ce seul fait devant la possibilité que le débiteur veuille négocier selon de telles modalités afin de satisfaire un besoin urgent d'avoir accès à des fonds en raison de difficultés financières. Il ou elle pourrait être dissuadé(e) de le

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

faire par l'existence d'une règle claire interdisant la rétention d'un gain reçu à titre gratuit au dépens d'autres personnes. Sinon, il risque, à juste titre, de le perdre.

Cause d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate/épuisement des actifs)

[28] La cause d'action n° 2 est définie par les alinéas 2a) et b) et le sous-alinéa c)(i) ci-dessus.

2a): Le débiteur conclut une opération avec comme intention **principale** d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers.

2b): En fait, l'opération entrave de façon significative la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances.

2c)(i): Le cessionnaire n'a donné aucune contrepartie pour valeur reçue ou a donné une contrepartie dont la valeur est **manifestement** inférieure à la valeur reçue du débiteur.

[29] Cette cause d'action prévoit un recours lorsque le débiteur n'est pas insolvable mais qu'il a conclut une opération avec l'objectif de priver les créanciers de leur droit d'être payés ou d'entraver ce droit de manière significative. En théorie, un débiteur solvable dispose d'actifs pour satisfaire les créances des créanciers, et par conséquent, aucun recours n'est requis pour protéger ceux-ci. Cependant, en pratique, il peut être difficile voire impossible d'avoir accès aux actifs d'un débiteur au moyen de mesures d'exécution forcée des jugements en raison de leur nature ou de leur emplacement. Un recours est par conséquent prévu si l'opération entrave de façon significative le recouvrement de la créance, même s'il ne faut pas écarter totalement la possibilité d'un tel recouvrement au fil du temps. Tout comme dans la cause d'action n° 1, une personne qui accepte une donation ou un marché « extraordinairement avantageux » de la part du débiteur devrait reconnaître le risque potentiel qui peut en découler. Cette cause d'action se justifie également par l'opinion selon laquelle, à l'encontre de créanciers qui ont, par définition, donné une pleine valeur pour l'obligation contractée par le débiteur, un cessionnaire à titre gratuit a une cause moins probante.

Cause d' action n° 3 (intention partagée ou « complicité » dans le but d'entraver l'exécution des droits des créanciers)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[30] La cause d'action no 3 est définie par les alinéas 2 *a*) et *b*) et le sous-alinéa *c*)(ii) ci-dessus :

2a): Le débiteur conclut une opération avec comme intention **principale** d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers.

2(b): En fait, l'opération entrave de façon significative la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances (qu'une contrepartie adéquate ou non ait été reçue par le débiteur).

2(c)(ii): Le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à y donner suite.

[31] Cette cause d'action n'offre un recours que dans les rares cas où il peut être établi que le débiteur et la personne qui traite avec lui ont en réalité été complices dans le but de frustrer leurs créanciers ou de leur faire obstacle de façon significative, que le débiteur soit ou non insolvable et peu importe si la contrepartie donnée par le cessionnaire est équivalente à la valeur attribuée par le débiteur. Comme nous l'avons noté ci-dessus, l'opération peut avoir comme effet de laisser le débiteur avec des actifs ayant peu de valeur ou aucune valeur réalisable pour les créanciers, ou que la contrepartie ait été dispersée. Bien qu'une complicité en vue de frustrer les créanciers justifie clairement un redressement, le fait que le cessionnaire qui a donné pleine valeur puisse faire l'objet d'une ordonnance corrective exige du créancier qui conteste qu'il s'acquitte d'un fardeau de la preuve relativement lourd avant que le redressement ne soit accordé.

Définition d'insolvabilité

[32] Une définition d'insolvabilité est requise aux fins de la cause d'action n° 1. La définition recommandée reprend en grande partie la définition prévue dans la LFI, prenant soin cependant de préciser que seuls les biens exigibles devraient être pris en considération en vue de déterminer la solvabilité du débiteur. Le sens du terme « exigible » n'a pas à être défini. La définition proposée d'insolvabilité est la suivante :

Une personne est insolvable :

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- a) si, pour une raison quelconque, elle est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance,**
- b) si elle a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance, ou**
- c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir.**

Intention de faire obstacle aux créanciers actuels et éventuels

[33] L'une des questions préoccupantes liées à l'application du critère de l'intention enchâssé présentement dans le droit actuel est celle de savoir si une opération peut être annulée si le débiteur n'avait pas de créanciers à la date où l'opération a eu lieu mais se trouvait dans des circonstances telles qu'il était raisonnablement prévisible qu'il allait avoir à l'avenir des créanciers. La nouvelle loi devrait dissiper toute incertitude sur ce point en prévoyant expressément ce qui suit :

Aux fins de déterminer si le débiteur avait l'intention d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers, un créancier est une personne qui détient une créance qui existait à la date de l'opération ou dont l'existence était raisonnablement prévisible à cette date.

Il en résulte qu'un recours sera possible si le débiteur avait intentionnellement diminué le patrimoine dont pouvaient disposer les créanciers éventuels en effectuant un transfert à titre gratuit en totalité ou en grande partie, ou en étant complice avec le cessionnaire pour frustrer le droit potentiel des créanciers de recouvrer leurs créances.

Preuve de l'intention

[34] En ce qui concerne les causes d'action n° 2 et n° 3, le prononcé d'une ordonnance de redressement repose sur la preuve que le débiteur a conclu une opération en ayant

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits des créanciers. Dans le cas de la cause d'action n° 3, il faut aussi établir que le cessionnaire a eu l'intention d'aider le débiteur à conclure l'opération. Si l'on examine pas explicitement quel fondement est susceptible d'établir l'intention, on laisse planer la possibilité que s'appliquera à la nouvelle loi la jurisprudence actuelle déroutante relative à la preuve de l'intention de retarder et de frustrer l'exécution des droits des créanciers, de commettre une fraude à cet égard, d'entraver cette exécution ou d'y porter atteinte. Afin d'empêcher le recours à cette approche, nous recommandons l'établissement d'une liste non exhaustive de facteurs dont le tribunal pourrait tenir compte. On doit considérer que ces facteurs sont seulement des indications de l'intention auxquelles le tribunal pourrait accorder le poids qui convient eu égard aux circonstances. Nous reconnaissons que les questions de preuve et de fardeau de preuve sont complexes et ne peuvent être réglées par voie législative. Cependant, le libellé proposé est conçu de façon à y indiquer que la preuve de l'un ou de plusieurs des faits figurant sur la liste ne donne naissance à aucune présomption d'intention, irréfutable ou réfutable. Le tribunal doit prendre une décision sur le fondement de l'ensemble des éléments de preuve présentés, eu égard aux faits généralement reconnus comme pertinents pour dégager l'intention des parties à une opération.

Lorsque la demande de redressement exige la preuve :

- a) que le débiteur a conclu une opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits des créanciers,**
- b) que le cessionnaire savait que le débiteur avait conclu une opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits des créanciers et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération.**

Le tribunal peut tenir notamment compte des facteurs énumérés ci-après, à titre d'indications de l'intention du débiteur et du cessionnaire ou de l'un d'eux, et accorde à tout facteur le poids qui convient eu égard aux circonstances :

- (i) dans le cas du débiteur, celui-ci était insolvable au moment de l'opération ou l'est devenu par suite de l'opération et, dans le cas du**

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

cessionnaire, celui savait que le débiteur était insolvable au moment de la transaction ou le deviendrait par suite de l'opération,

- (ii) l'opération a été effectuée à un moment où le débiteur ou le cessionnaire, selon le cas, était au courant de l'existence d'une réclamation contre le débiteur ou avait des motifs raisonnables de prévoir qu'une réclamation serait présentée dans un avenir prévisible,**
- (iii) lorsque l'opération est visée par une ordonnance du tribunal, l'omission par le débiteur de révéler l'existence et l'étendue des réclamations auxquelles l'ordonnance est susceptible de porter atteinte ou, dans le cas du cessionnaire, l'omission de révéler l'existence et l'étendue des réclamations dont il est au courant,**
- (iv) la valeur de la contrepartie reçue par le débiteur était tout à fait insuffisante par rapport à l'avantage conféré,**
- (v) les parties à l'opération étaient liées ou étroitement apparentées,**
- (vi) le débiteur a conservé la possession, l'usage ou l'avantage des biens ou la valeur transférée dans le cadre de l'opération,**
- (vii) l'opération a été conclue à la hâte,**
- (viii) l'une et l'autre des parties, ou l'une des deux, ont tenté de dissimuler à des créanciers ou à d'autres l'existence de l'opération ou des faits essentiels relativement à l'existence d'un recours en vertu de la loi;**
- (ix) l'opération n'a pas été documentée de la façon dont elle devrait l'être habituellement.**

[35] Il ne faut pas confondre l'importance de l'insolvabilité et de la contrepartie tout à fait insuffisante à titre de preuve possible d'une intention de frustrer les créanciers en ce qui a trait aux causes d'action n° 2 et n° 3 et celle de ces facteurs comme fondement du redressement dans le cas de la cause d'action n° 1. Dans ce dernier cas, il existe un droit à un redressement s'il est établi que le débiteur était insolvable au moment de l'opération

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

ou l'est devenu peu après et que le cessionnaire a donné une contrepartie manifestement insuffisante pour la valeur reçue du débiteur. L'intention ne constitue pas un facteur et il n'est pas question de faire une évaluation de la pertinence ou du poids à accorder à l'insolvabilité ou à l'insuffisance de la contrepartie donnée. Cependant, si l'opération ne répond pas aux critères de la cause d'action n° 1, par exemple, parce que le cessionnaire aurait donné une pleine contrepartie, dans un tel cas, le fait que le débiteur était insolvable au moment de l'opération pourrait être un indice déterminant de l'intention exigée pour l'établissement d'un redressement sous la cause d'action n° 3.

[36] C'est à dessein que les recommandations ne renferment pas de dispositions qui permettraient d'établir l'intention d'une personne morale ou d'une autre personne morale artificielle. Les tribunaux ont peu de difficulté à établir l'intention d'une personne morale à partir des principes de common law existants voulant que l'intention d'une personne autorisée, qui prend part à des actes constituant une opération, soit attribuée à la personne morale si la personne en est l'« âme dirigeante » dans ce contexte. Il n'est donc pas justifié de tenter de formuler un cadre législatif à cette fin car une telle formulation donnerait lieu à des questions d'interprétation et d'application.

Signification de « contrepartie »

[37] Le mot « contrepartie » est un concept bien compris et il n'est donc pas nécessaire de le définir en termes génériques. L'existence et l'évaluation de la contrepartie aux fins de la cause d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate) et la cause d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate) seront des questions que devront trancher les tribunaux. Cependant, afin de s'assurer qu'un recours est possible relativement à certains types d'opérations, il sera nécessaire de préciser explicitement que ce qui peut être considéré comme une contribution faite par une personne qui reçoit une valeur d'un débiteur-cédant ne constitue *pas* une contrepartie. Parmi ces catégories d'opérations, on trouve le rachat par une entreprise de ses propres actions. Le rachat d'actions n'ajoute rien aux capitaux propres d'une entreprise et ne constitue pas une renonciation à une dette que doit l'entreprise. Étant donné que les paiements de cette nature diminuent essentiellement le patrimoine de l'entreprise, ils devraient relever du champ d'application de la loi. Afin d'éviter toute incertitude dans ce contexte, la loi devrait énoncer ce qui suit :

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

Lorsqu'une société débitrice procède au rachat d'actions émises par celle-ci, un transfert des actions rachetées à la société ou le fait que leur détenteur s'en départit ne constitue pas une contrepartie reçue par la société.

E. Champ d'application de la loi : opérations visées par la loi proposée

Définition générale

[38] La définition d'« opération » déterminera les circonstances qui relèvent du champ d'application de la loi. Cela signifie que les créanciers auront droit à un redressement sous la forme d'une indemnité pour la violation de leurs droits ou l'atteinte à ceux-ci lorsqu'une « opération » relève de l'une ou l'autre des causes d'action. Sous réserve des qualifications mineures mentionnées ci-dessus, la définition devrait inclure tous les types d'opérations qui ont un effet direct ou indirect sur le patrimoine à l'égard duquel les créanciers peuvent chercher à exécuter leurs créances. Bien que le nombre d'opérations susceptibles d'être contestées puisse augmenter en vertu de la loi proposée, il est important de retenir que le régime de redressement proposé offrirait une gamme de solutions sans toutefois résilier ou annuler l'intégralité de l'opération.

Par « opération », on entend le transfert, la création ou l'attribution d'un avantage et cela comprend :

- (a) le transfert ou l'aliénation de droits dans des biens actuels ou devant être acquis à une date ultérieure;**
- (b) le versement d'une somme d'argent;**
- (c) l'extinction d'un droit ou d'une obligation;**
- (d) l'attribution ou la création d'une sûreté, d'un droit, d'une charge ou d'un privilège;**
- (e) le transfert, l'octroi ou l'attribution d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit au paiement;**
- (f) la désignation d'un bénéficiaire;**
- (g) la prise en charge d'une obligation de faire ou de provoquer à l'avenir l'un ou l'autre des événements qui précèdent.**

[39] En vertu des lois provinciales et territoriales actuelles, seul un transfert de biens donne lieu à un recours. Cependant, il est maintenant reconnu que de nombreuses autres

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

opérations ont comme résultat direct ou indirect de transférer à un tiers une valeur qui aurait été autrement disponible pour satisfaire les créances des créanciers. La définition proposée s'assure qu'un recours est possible si un débiteur insolvable conclut une opération pour aucune, ou pratiquement aucune, contrepartie ou avec l'intention prouvée de frustrer ses créanciers. L'alinéa g) reconnaît qu'un recours devrait aussi être possible lorsqu'un débiteur assume une obligation actuelle en vue d'accorder une valeur à l'avenir, en ayant à l'esprit que le régime de redressement proposé prévoit une gamme de solutions, y compris la délivrance d'une ordonnance d'injonction.

Rachats d'actions et paiement de dividendes par une société

[40] Comme nous l'avons noté relativement aux causes d'action, les paiements de cette nature diminuent essentiellement le patrimoine de la société jusqu'à concurrence du paiement. Si la société est insolvable au moment du paiement (cause d'action n° 1) ou que le paiement a pour but de frustrer les créanciers (causes d'action n° 2 et n° 3), un recours sera disponible. Nous recommandons par conséquent la disposition qui suit :

Par « opération », on entend un acte volontaire selon lequel une société achète ou rachète des actions de cette société ou verse un dividende, sauf un dividende sous forme d'actions.

[41] Les recours offerts par la loi proposée, tout comme ceux prévus par la loi actuelle, auront pour effet de priver la personne qui a traité avec le débiteur du bénéfice qui découle de l'opération. Cependant, nous recommandons qu'à l'égard d'opérations de cette nature, un recours accessoire puisse être porté contre les administrateurs de la société qui ont autorisé le paiement irrégulier, sauf s'ils n'étaient pas dans une position de reconnaître raisonnablement que cette conduite constituait une violation de la loi. Nous discutons plus longuement de ce point sous la rubrique relative aux recours du présent rapport.

Biens insaisissables

[42] La *Loi sur les transactions révisables* aura dans deux contextes des recoupements avec le droit provincial en la matière. Un débiteur peut transférer des biens insaisissables (c'est-à-dire des biens qui ne peuvent servir à l'exécution d'un jugement) à un cessionnaire dans des circonstances qui correspondent aux paramètres de l'une des causes d'action, par exemple, lorsque le débiteur est insolvable et ne reçoit aucune contrepartie (cause d'action n° 1). Par contre, un débiteur peut transférer des biens saisissables à un

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

cessionnaire en échange de biens insaisissables entre les mains du débiteur. Nos recommandations ont trait à la façon dont la loi proposée devrait s'appliquer à ces diverses situations :

- (1) Une « opération » ne comprend pas un transfert ou une disposition de biens qui sont insaisissables avant que le transfert ou la disposition ne soit effectué.**

- (2) La loi ne devrait pas prévoir de dispositions particulières pour les opérations qui ont pour effet de convertir des biens saisissables en des biens insaisissables en possession du débiteur. Cependant, une telle opération peut donner lieu à un recours si elle relève de l'une des causes d'action.**

Des considérations divergentes liées à la question des biens insaisissables exigent des choix politiques difficiles. Le groupe n'en est venu à un consensus sur les recommandations formulées qu'après un long et houleux.

[43] La première recommandation est conforme à la loi actuelle et est la moins controversée des deux. Elle traduit le fait qu'il existe peu de cas où les droits des créanciers sont entravés de façon significative par un transfert de biens insaisissables puisqu'ils n'auront pas perdu des biens qui auraient été à leur portée pour satisfaire leurs créances si le transfert n'avait pas eu lieu¹².

[44] La deuxième recommandation compte de la nécessité de respecter les principes enchâssés dans les lois sur les biens insaisissables. Les biens déclarés en vertu de la loi comme étant insaisissables pour le débiteur sont protégés au motif de la fonction qu'occuperaient les biens relativement à la capacité du débiteur de subvenir à ses propres besoins ou aux besoins des membres de sa famille. Il existe très peu de distinction entre la conduite d'un débiteur qui achète ces biens en utilisant des actifs saisissables tout en sachant que les créanciers se verront refuser leur recouvrement et celle d'un débiteur qui détient des actifs insaisissables acquis antérieurement en sachant qu'il pourrait satisfaire les créances des créanciers en en disposant. La distinction qui existe entre ces deux conduites sera souvent trop subtile pour rendre, en toute légitimité, une circonstance passible d'une sanction juridique tout en en protégeant une autre.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[45] Du fait qu'aucune disposition particulière ne s'applique à l'acquisition de biens insaisissables, aucun recours ne sera dans la majorité des cas disponible lorsque l'opération prévoit l'échange d'une contrepartie raisonnablement équivalente, puisque cette opération ne pourra donner lieu à un recours en vertu de la cause d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate) ou de la cause d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate). Cependant, il est important de noter que si les parties à une opération dans le cadre de laquelle un débiteur fait l'acquisition de biens insaisissables étaient complices pour frustrer les créanciers au moyen de l'opération, un recours sera disponible en vertu de la cause d'action n° 3, même si l'opération a été effectuée pour une pleine contrepartie. Il est recommandé que les dispositions réparatrices autorisent explicitement le tribunal à déclarer que les biens insaisissables pour le débiteur soient mis à la disposition des créanciers pour satisfaire leurs créances lorsque l'opération peut donner lieu à un recours vertu des causes d'action ordinaires.

[46] La position du groupe de travail est également justifiée par le fait qu'un recours ne pourrait être intenté à l'égard d'une opération en vertu de laquelle un débiteur a en réalité converti des biens saisissables en des biens insaisissables dans le cadre d'une opération qui concerne l'échange d'une pleine contrepartie ou d'une contrepartie raisonnablement équivalente qu'en créant une cause d'action particulière dont l'application à de telles opérations serait limitée. Compte tenu du fait qu'il est généralement indésirable de rendre la loi plus complexe en tentant de légiférer des cas particuliers, une telle approche ne serait pas justifiée à moins qu'un objectif impérieux en matière de politiques n'existe. La recommandation tient compte du fait que la raison d'être de la justification politique visant à adopter une approche qui minerait le droit sur les biens insaisissables est du moins matière à débat.

[47] La mesure dans laquelle cette approche porte atteinte aux créanciers dépend de la générosité des lois provinciales sur les biens insaisissables. Le groupe de travail était particulièrement conscient des incidences qu'une telle approche pouvait avoir dans le cas d'un transfert de fonds saisissables dans un REÉR qui bénéficie d'une exonération complète ou très libérale. Si, par exemple, un débiteur de la Saskatchewan investit une somme d'argent substantielle dans un REÉR dans le but de dissimuler des biens à ses créanciers, l'opération ne donnera pas lieu à un recours en vertu de la loi proposée puisque cette opération conclue entre le débiteur et l'institution financière qui a émis le placement est par définition pour une pleine contrepartie (ni l'une ni l'autre des causes d'action n° 1 et n° 2 ne s'appliquent), et l'institution n'aura pas sciemment pris part au

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

plan de l'investisseur de frustrer ses créanciers (la cause d'action n° 3 ne peut être invoquée).

[48] Le principe général qui plaide en faveur d'une dissimulation des REÉR des créanciers revient constamment et de façon explicite dans la LFI, à l'exception des cotisations au régime ou au fonds effectuées au cours des douze mois précédant la date de la faillite, lesquelles peuvent être récupérées par le syndic.⁵ Un résultat sensiblement semblable pourrait être atteint en vertu des lois provinciales sur les biens insaisissables par l'inclusion d'une disposition qui prévoit qu'un débiteur ne peut pas demander une exonération pour les fonds investis dans un REÉR s'il est insolvable au moment de l'investissement, qu'il est devenu insolvable par suite de cet investissement, ou qu'il est devenu insolvable dans un certain nombre de jours ou de mois suivant l'investissement, l'insolvabilité étant déterminée en fonction de la valeur des actifs saisissables du débiteur. La même approche pourrait être appliquée à toute catégorie de biens insaisissables quelle qu'elle soit, y compris les biens généralement insaisissables. Cependant, la plupart des membres du groupe de travail étaient d'avis qu'une telle disposition devrait être considérée comme une question de réforme des lois sur les biens insaisissables plutôt que comme un aspect de la réforme du droit général sur les transferts frauduleux¹³.

[49] Une dernière remarque s'impose quant aux répercussions de la recommandation n° 2 sur une opération en vertu de laquelle un débiteur désigne un bénéficiaire admissible en vertu d'une police d'assurance, avec comme résultat que la police devient insaisissable en vertu des lois provinciales sur les assurances¹⁴. La définition d'opération entérine la jurisprudence actuelle voulant que la désignation soit reconnue comme étant un transfert de droits de propriété au bénéficiaire, si bien qu'une telle désignation peut donner lieu à un recours si elle relève de l'une des causes d'action. Cela signifie de manière plus importante encore que si le bénéficiaire n'a pas donné de contrepartie, comme c'est le cas habituellement, un recours sera disponible si le débiteur était insolvable au moment de la désignation ou qu'il a procédé à cette désignation avec l'intention de frustrer ses créanciers. Le recours accordé aurait, dans la plupart des cas, pour effet d'annuler la désignation, ce qui éviterait l'exonération découlant de celle-ci et mettrait la police d'assurance à la disposition des créanciers. Si une telle approche est jugée contestable en vertu des principes d'insaisissabilité prévus dans les lois sur l'assurance, les législateurs voudront peut-être modifier ces lois pour empêcher ce résultat. Le groupe de travail a estimé qu'il s'agissait d'une question qui allait au-delà de la portée de son mandat de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

déterminer les principes d'insaisissabilité en tentant de définir une exception particulière pour ce type d'opération.

Garanties et autres obligations

[50] Une cause d'action qui exige que l'un de ses éléments soit l'évaluation de la contrepartie reçue soulève des questions épineuses quant aux opérations qui mettent en cause une garantie ou une promesse similaire d'indemnité conditionnelle à une inexécution de la part d'un tiers. Prenons, par exemple, le cas courant d'une garantie intersociétés souscrite pour fournir un financement au bénéfice d'une société liée à la société garante. Il est difficile voire impossible de déterminer si la valeur reçue par le garant est manifestement inférieure à la valeur octroyée à l'emprunteur ou au créancier qui a pris la garantie, étant donné qu'elle ne peut pas être alignée sur le montant du prêt ou du crédit accordé au tiers au bénéfice duquel la garantie a été consentie. Étant donné qu'une évaluation de la contrepartie est requise en vertu des causes d'action n° 1 et n° 2, nous recommandons par conséquent qu'un recours puisse être invoqué relativement aux opérations de cette nature seulement en vertu de la cause d'action n° 3. La même approche devrait s'appliquer à toutes les formes d'opérations qui portent sur la prise en charge d'une obligation conditionnelle, de la façon suivante :

En ce qui concerne une opération selon laquelle un débiteur assume une obligation conditionnelle en vue de transférer des biens, de verser une somme d'argent ou de satisfaire une obligation, y compris une garantie ou une entente d'indemnisation contre la perte causée par le défaut d'exécution ou l'inexécution d'un tiers, une ordonnance de redressement ne peut être obtenue que s'il est satisfait aux conditions de responsabilité prévues relativement à la cause d'action no 3, notamment :

- a) Un débiteur a conclu une opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers,**
- b) la capacité d'un ou de plusieurs créanciers d'obtenir satisfaction de ses ou de leurs créances a été entravée de manière significative par suite de l'opération, et**
- c) le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération.**

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

Déclaration de renonciation et refus du pouvoir de nomination

[51] Après avoir examiné les opinions divergentes sur le traitement des déclarations de renonciation et du refus du pouvoir de nomination, nous recommandons ce qui suit :

La loi ne prévoit pas de disposition expresse sur la déclaration de renonciation ou le refus du pouvoir de nomination.

Le résultat implicite de cette recommandation est que de telles circonstances ne peuvent en règle générale être qualifiées d'opérations et ne relèveront pas du champ d'application de la loi¹⁵.

[52] Si l'intérêt du débiteur a été dévolu, la déclaration de renonciation constituerait un transfert de biens qui relèverait de la définition générale d'« opération » et pourrait être contesté pour cette raison. Cependant, lorsque l'intérêt n'est valable uniquement que pour l'avenir, le refus du débiteur de l'accepter constitue un défaut de faire progresser les droits des créanciers mais il ne s'agit pas d'une ingérence au sens usuel. Cela soulèverait des problèmes supplémentaires de politique et de structure législative par l'inclusion de circonstances de cette nature dans le champ d'application de la loi, plus particulièrement à l'égard des conséquences réparatrices qui découleraient d'une contestation favorable. Nous ne connaissons aucun mécanisme législatif qui prévoit explicitement un recours dans de telles circonstances.

Opérations résultant d'ordonnances judiciaires ou qui s'opèrent de plein droit

[53] En règle générale, il est inopportun d'assujettir les transferts et les paiements faits en vertu d'ordonnances judiciaires à une contestation incidente en vertu de règles législatives distinctes. Dans de nombreux cas, le débiteur cédant ou payant n'aura reçu aucune valeur, ou du moins, une valeur qui peut être rapidement quantifiable, en échange d'un bien ou d'un bénéfice transféré en vertu d'une ordonnance judiciaire. Si ce transfert relève du champ d'application de la loi, une ordonnance pourrait potentiellement être annulée tout simplement parce que le débiteur était insolvable au moment où l'ordonnance a été émise, minant ainsi le fondement même de l'ordonnance (soit en vertu de la cause d'action n° 1). Cependant, dans certains cas, une ordonnance judiciaire peut être demandée afin de se soustraire aux créanciers plutôt que pour des motifs juridiques légitimes. Un débiteur ne devrait pas être autorisé à se soustraire aux règles de droit

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

relatives aux transactions révisables au moyen du mécanisme de substitution d'un transfert par voie d'ordonnance judiciaire par un transfert volontaire. Cela est particulièrement susceptible de se produire au moyen d'une ordonnance de consentement, bien que cela soit également possible lorsque les faits pertinents ne sont pas divulgués lors de l'audition d'une cause.

[54] La fraude à l'égard du tribunal constitue un motif d'annulation du jugement en vertu d'une exception reconnue au principe de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, il semble que seules les parties à l'instance puissent se prévaloir de ces principes, lesquels ne procèdent pas de l'effet transactionnel du jugement sur les tiers. Il est par conséquent essentiel que la loi traite expressément des motifs de redressement applicables lorsqu'une opération susceptible de révision résulte d'une ordonnance judiciaire.

[55] Même si les opérations résultant d'une ordonnance judiciaire ne devraient pas être complètement à l'abri des contestations, la loi doit reconnaître l'importance du caractère définitif des décisions. Par conséquent, nous recommandons que ces opérations puissent être contestées uniquement lorsqu'il est prouvé que l'ordonnance ou le jugement a été obtenu principalement pour entraver ou frustrer les créanciers. Conjuguée aux autres aspects de la loi destinés à préserver la possibilité légitime de se fier au caractère définitif d'une opération, cette approche vient établir un équilibre entre deux objets, soit protéger les bénéficiaires d'une ordonnance judiciaire et empêcher que les tribunaux soient utilisés comme moyen de se soustraire aux créanciers.

[56] Les transferts s'opérant de plein droit devraient également être assujettis aux règles qui s'appliquent aux transferts résultant d'une ordonnance judiciaire. Dans ce cas, l'intention du débiteur de se soustraire aux créanciers et, en ce qui a trait à la cause d'action n^o 3, l'intention du cessionnaire de concourir à ce résultat ne se rapporteraient pas directement au transfert mais plutôt à la mise en place de circonstances produisant le résultat juridique en question.

[57] Nous recommandons que les opérations résultant d'une ordonnance judiciaire ou s'opérant de plein droit tombent sous le coup de la loi sur la base suivante :

Lorsque les éléments constitutifs de l'opération résultent d'une ordonnance judiciaire ou opèrent de plein droit, une ordonnance de redressement sera disponible uniquement s'il est satisfait aux conditions de responsabilité formant la cause d'action n^o 2 ou n^o 3, à savoir :

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- a) le débiteur a conclu l'opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou plusieurs créanciers,**

- b) la capacité d'un ou de plusieurs créanciers du débiteur d'obtenir satisfaction de ses ou de leurs créances a été entravée de manière significative par suite de l'opération,**

- c) le cessionnaire, selon le cas :**
 - (i) n'a donné aucune contrepartie ou a donné une contrepartie manifestement inférieure à la valeur reçue du débiteur,**

 - (ii) connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération.**

Opérations liées à l'échec d'une relation conjugale

[58] En règle générale, les opérations entre conjoints sont à juste titre assujetties aux contestations fondées sur toutes les causes d'action prévues par la loi. Le transfert de biens au conjoint ou à un autre membre de la famille et les autres formes d'opérations impliquant des parents sont une façon courante pour une personne de mettre ses biens à l'abri des réclamations actuelles ou anticipées des créanciers. En revanche, les transferts résultant d'un véritable accord de séparation et les ordonnances alimentaires et relatives au partage du patrimoine familial appellent à des considérations spéciales. Ce n'est qu'au terme de longs débats et avec le concours et les commentaires des délégués de la Conférence sur l'harmonisation des lois que le groupe de travail est parvenu à arrêter les recommandations adoptées à cet égard.

[59] Aux termes des dispositions proposées, les opérations entre époux résultant d'un accord de séparation ou d'une ordonnance judiciaire seraient assujetties aux contestations uniquement aux conditions formant la cause d'action n° 3, à savoir que le débiteur a conclu l'accord ou a obtenu l'ordonnance en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer des créanciers et que le conjoint du débiteur a facilité la réalisation de cet objectif en connaissance de cause. Cela signifie que les efforts entrepris de bonne foi en vue du partage du patrimoine familial et de la prise de dispositions concernant

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'obligation alimentaire ne pourront être contestés par les créanciers. Bien que des arguments crédibles puissent être avancés en faveur de l'assujettissement des accords de séparation et des ordonnances judiciaires aux règles ordinaires, l'application des causes d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate) et n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate) aux accords de séparation, de même que l'application de la cause d'action n° 2 aux ordonnances judiciaires, ont été écartées pour deux principaux motifs.

[60] D'une part, pour octroyer un redressement en vertu des causes d'action n° 1 et n° 2, il faut procéder à une évaluation de la valeur de la contrepartie donnée par le cessionnaire en échange de l'avantage reçu de la part du débiteur. Cela exigerait de procéder à l'évaluation de la transaction faite pour le règlement des réclamations présentes et futures visant les biens et la pension alimentaire, un exercice virtuellement impossible tant en raison de la difficulté à monnayer les créances remises que de l'existence de facteurs personnels non pécuniaires mais légitimes et essentiels qui, souvent, influencent les modalités d'un accord ou d'une ordonnance.

[61] D'autre part, il est particulièrement important d'assurer le caractère définitif des opérations se rapportant à la dissolution des liens personnels puissants associés à une relation conjugale. La conclusion qu'entraîne le règlement des affaires entre parties à une relation intime relève du domaine psychologique et affectif autant que financier. Le fait de perturber la conclusion opérée peut avoir sur les parties en cause et leurs familles de profondes répercussions allant bien au delà de la stabilité financière. La personne qui reçoit de son conjoint débiteur des biens ou une pension alimentaire en vertu d'un accord ou d'une ordonnance ne devrait pas être exposée à de telles perturbations à moins qu'elle n'ait su que l'accord ou l'ordonnance visait avant tout à frustrer les créanciers du conjoint plutôt qu'à opérer un règlement légitime de la situation financière des parties.

[62] Le groupe de travail a aussi rejeté l'approche subsidiaire consistant à définir une ou plusieurs causes d'action s'appliquant exclusivement aux accords de séparation et aux ordonnances familiales. Il semble que dans la pratique, les tribunaux donnent effet aux accords ainsi qu'aux modalités proposées dans le cadre d'ordonnances sur consentement s'ils considèrent qu'il s'agit d'un authentique règlement de la situation des parties et ce, même si cela peut avoir des effets préjudiciables pour les créanciers d'une des parties. Le groupe de travail a envisagé la possibilité de prévoir une cause d'action inspirée des règles sur la bonne foi, mais tous les membres du groupe, sauf un, ont finalement conclu qu'il n'est généralement pas souhaitable de créer des causes d'action particulières pour

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

des opérations de type particulier et que les conditions de la cause d'action n° 3 constituaient en fait un bon critère pour évaluer la bonne foi de l'opération.

[63] La *Loi sur les transactions révisables* permettrait expressément au tribunal d'établir l'intention des parties à une opération en se fondant sur la preuve circonstancielle et dresserait une liste non exhaustive des circonstances pouvant être prises en compte. Étant donné que les parties à un règlement judiciaire doivent invariablement divulguer leurs dettes respectives, toute omission à cet égard pourrait être considérée comme une preuve solide que l'ordonnance est demandée en vue de se soustraire à la dette non divulguée. Par conséquent, l'omission de divulguer des dettes auxquelles une ordonnance judiciaire pourrait porter atteinte ferait partie des facteurs permettant de conclure que l'ordonnance a été demandée dans ce but.

[64] Les recommandations relatives aux opérations entre parents ne traitent pas des paiements faits à un membre de la famille afin de pourvoir aux frais ordinaires de la famille, des services de nature non commerciale dispensés à un membre de la famille ou des dons d'une valeur négligeable entre membres d'une même famille. Les transferts de ce genre seront protégés par les dispositions de la loi autorisant le tribunal à refuser ou à modifier les conditions d'une ordonnance afin de tenir compte des actions prises par le bénéficiaire qui croyait légitimement au caractère définitif de l'opération. Il est question de ces dispositions dans les recommandations relatives aux redressements formulées dans la partie G, dans la section intitulée *Facteurs à considérer dans le prononcé d'une ordonnance (les « facteurs d'admissibilité »)*.

(1) Lorsque les parties à une opération sont ou ont été dans une relation conjugale et que l'opération est le résultat, selon le cas :

- a) d'un accord de séparation,**
- b) d'une ordonnance judiciaire visant le partage des biens et des ressources financières ou le versement d'une pension alimentaire et résultant de l'échec de la relation conjugale,**

un redressement pourra être ordonné uniquement s'il est satisfait aux conditions de responsabilité formant la cause d'action n° 3, à savoir,

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- (i) le débiteur a conclu l'opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou plusieurs créanciers,
 - (ii) la capacité d'un ou de plusieurs créanciers du débiteur d'obtenir satisfaction de ses ou de leurs créances a été entravée de manière significative par suite de l'opération,
 - (iii) le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération.
- (2) Tout tribunal ayant compétence pour accorder un redressement sous le régime de la présente loi peut prononcer une ordonnance de redressement relativement à une opération visée à l'alinéa (1)b), qu'il ait ou non rendu l'ordonnance ayant donné effet à l'opération.

Pour l'application des dispositions qui précèdent :

« accord de séparation » Accord prévoyant le partage des biens et des ressources financières ou le versement d'une pension alimentaire pour le conjoint ou un membre de la famille du débiteur et découlant de l'échec de la relation conjugale ou s'y rapportant.

« conjoint » Personne vivant dans une relation conjugale avec le débiteur.

« relation conjugale » Mariage, union civile ou union de fait que la loi considère comme créatrice de droits et d'obligations.

Paiements préférentiels aux créanciers

[65] Le paiement d'une créance ne diminue pas la valeur nette du patrimoine du débiteur pour autant que le montant versé soit équivalent à la valeur du bien ou de l'avantage que reçoit le débiteur du créancier à qui le paiement est fait. Ainsi, les paiements faits aux créanciers ne font pas partie des préjudices que les dispositions législatives proposées dans le présent rapport visent à redresser. Bien que de tels

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

paiements puissent être contestés s'ils offrent un traitement préférentiel au bénéficiaire par rapport aux autres créanciers, les politiques qui sous-tendent le régime juridique applicable aux paiements préférentiels diffèrent de celles qui justifient un redressement aux termes des présentes recommandations. La question des paiements préférentiels est abordée dans la partie 2 du présent projet et un ensemble de dispositions spéciales lui sont consacrées dans la *Loi sur les transactions révisables*. La loi proposée devrait établir une distinction formelle entre les opérations préférentielles et les opérations sous-évaluées ou frauduleuses. Les conditions précises encadrant la mise en œuvre de cette distinction dépendront de la façon dont la loi est structurée, mais à cet égard, la recommandation suivante est proposée à titre provisoire.

Le paiement d'une somme d'argent ou le transfert d'un bien à un créancier en règlement total ou partiel d'une dette n'est pas une opération aux fins des causes d'action recommandées dans le présent rapport, sauf dans la mesure où la somme versée ou la valeur du bien transféré est supérieure au montant de la dette réglée.

F. Qualité pour agir en vertu de la loi

[66] La Loi prévoirait un recours à quiconque répond à la définition de « créancier ». Les dispositions recommandées ont pour but d'offrir un recours à une personne qui détient une réclamation fondée en droit susceptible de devenir un droit à un paiement ou à un transfert de biens exécutoire par des mesures légales contre les actifs d'un débiteur. Comme nous l'avons indiqué d'entrée de jeu, ces moyens légaux constituent essentiellement les mesures d'exécution forcée des jugements prévues dans les lois provinciales ou territoriales. Les principes décrits brièvement ci-dessous déterminent la catégorie de personnes qui détiennent le statut de « créancier »

Date à laquelle prend naissance la demande

[67] Les recommandations suivantes établissent la catégorie de personnes qui ont droit de se prévaloir d'un recours en vertu de la loi ;

Un « créancier » est une personne qui détient une créance à la date de l'opération à l'égard de laquelle un recours est intenté et, aux fins de la cause

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver les créanciers et contrepartie manifestement inadéquate) et n° 3 (complicité du débiteur et du cessionnaire dans le but d'entraver les créanciers (seulement), une personne dont la créance a pris naissance après la date de l'opération.

[68] Le droit actuel est ambigu quant aux circonstances selon lesquelles une personne dont la créance a pris naissance après la date de l'opération en question a droit de faire valoir un recours. Nous recommandons que seuls les créanciers qui détiennent une créance à la date de l'opération contestée aient droit à un recours lorsque l'action se fonde sur la cause d'action n° 1, soit que le débiteur était insolvable à la date de l'opération ou l'est devenu peu de temps après et que le cessionnaire n'a donné aucune contrepartie ou a donné une contrepartie manifestement inférieure au bénéfice reçu. Les créanciers dont les créances existent à cette date sont nécessairement concernés par la perte de valeur des éléments d'actifs inhérente à l'opération. Notons que la définition de « créance », formulée ci-dessous, fait en sorte qu'une personne n'est pas tenue de détenir une créance qui est devenue une somme déterminée à la date de l'opération pour se qualifier. Ce qui importe est l'existence actuelle d'une réclamation fondée en droit contre le débiteur. Bien que les personnes ayant traité avec le débiteur après qu'une opération de ce genre a eu lieu peuvent ne pas recouvrer le plein montant de leurs créances, le résultat qui en découle est un produit de la situation financière du débiteur au moment de l'opération subséquente et indirectement seulement un produit de l'opération antérieure, si tel est le cas. Les créanciers subséquents n'auraient par conséquent pas droit de se prévaloir d'un recours en vertu de cette cause d'action.

[69] Cependant, une personne qui obtient une créance contre le débiteur après que celui-ci a conclu une opération qui diminue la valeur de son patrimoine ou porte gravement atteinte à la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances aurait droit d'intenter un recours s'il peut être établi que le débiteur a conclu l'opération avec l'intention de frustrer un créancier ou d'y faire obstacle et que les éléments secondaires de l'une ou l'autre cause d'action n° 2 ou n° 3 sont établis. Cette approche vise à assurer qu'il pourra y avoir un recours si un débiteur conclut cette opération dans le but de frustrer des créances futures anticipées. Notons que les causes d'action fondées sur l'intention ont été conçues de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le débiteur avait l'intention de frustrer le créancier particulier qui demande un redressement, car une telle exigence soulèverait dans bien des cas de problèmes insurmontables de preuve. Il suffit de prouver que le débiteur avait l'intention de se dérober d'une façon générale à un seul ou à plusieurs créanciers quels qu'ils soient. Cet objectif est atteint en partie par la recommandation qui figure au paragraphe 29, qui fait clairement ressorti que

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

l'intention requise est une intention de frustrer les créanciers existants ou futurs dont les créances sont raisonnablement prévisibles à la date de l'opération.

[70] Une approche qui permet aux créanciers futurs de faire valoir un recours soulève la possibilité qu'une opération puisse être contestée par une catégorie indéterminée de plaignants. Cependant, cette préoccupation serait considérablement atténuée par l'imposition d'un délai de prescription de courte durée, dont nous discutons plus loin dans le présent rapport.

[[71] La définition recommandée de « créance » qui permet de qualifier un créancier à des fins de recours se compare à la définition utilisée dans la loi actuelle et proposée sur les transferts frauduleux et intègre une signification qui s'apparente sensiblement à celle qui est associée au concept de « réclamation prouvable » sous le régime de la LFI :

Par « créance », on entend le droit de faire exécuter une obligation, que cette obligation soit

- (a) déterminée ou indéterminée;**
- (b) absolue ou conditionnelle;**
- (c) certaine ou contestée; ou**
- (d) payable immédiatement ou à terme;**

Le mot « obligation » renvoie implicitement à une obligation qui tombe sous le coup de la loi par un jugement ou une ordonnance condamnant au paiement d'une somme d'argent ou au transfert de biens.

[72] Le droit des transferts frauduleux vient appuyer les règles de droit sur l'exécution des jugements et celles sur la faillite, deux mécanismes de recouvrement des créances non garanties. Les créanciers garantis sont en mesure de suivre le bien affecté en garantie jusque dans les mains de la personne à qui le débiteur l'a cédé. Par conséquent, ils n'ont pas à invoquer les règles de droit sur les transferts frauduleux pour préserver leur capacité d'obtenir l'exécution de l'obligation garantie car ils peuvent recourir à leur sûreté. En revanche, une créance garantie peut dans les faits cesser d'être garantie si l'opération implique un transfert de bien qui déclenche l'application d'une règle de priorité d'origine législative prévoyant que le cessionnaire prend le bien libre de tout intérêt ou qu'il a priorité sur toute sûreté. Dans la mesure où une règle produit un tel résultat, le créancier garanti devrait être considéré comme un créancier chirographaire pour l'application du

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

droit à un redressement prévu par la *Loi sur les transactions révisables*. Cette question fait l'objet d'une analyse plus approfondie en lien avec les redressements dans la partie G, dans la section intitulée *Redressements non exclus par les règles législatives sur les priorités des créances*.

[73] Bien qu'un créancier n'ait pas droit à un redressement à l'égard d'une opération concernant un bien sur lequel il détient une sûreté, les créanciers garantis auraient qualité pour exercer un recours dans la mesure où l'obligation n'est pas garantie (c.-à-d. si la sûreté a une valeur inférieure au montant de la dette). Pour l'application des dispositions proposées, une créance est garantie si le créancier détient une sûreté, peu importe si la garantie est opposable. La notion d'opposabilité détermine la priorité d'une sûreté mais non son existence.

Un créancier a droit d'invoquer un recours dans la seule mesure où sa créance est non garantie. Cela peut être indiqué par le libellé selon lequel une créance ne comprend une obligation dont l'exécution est garantie par une sûreté qui grève les biens du débiteur, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté. Lorsqu'une opération implique un transfert de bien par le biais duquel le cessionnaire a priorité sur la sûreté ou prend le bien libre de toute sûreté en raison de l'application d'une règle de priorité d'origine législative, le titulaire de la sûreté est un créancier chirographaire dans la mesure où la sûreté est éliminée ou subordonnée.

La créance n'a pas à être établie par jugement comme condition pour établir la qualité pour agir

[74] Il est important de reconnaître la distinction entre le droit d'exercer un recours et le droit d'introduire une instance. Une personne qui n'a pas obtenu de jugement ou d'ordonnance reconnaissant sa créance a droit d'instituer une action pour contester une opération malgré qu'un recours final puisse ne pas être accordé tant et aussi longtemps que la créance n'aura pas été officiellement établie. Ce droit serait reconnu dans une disposition statuant ce qui suit :

Un créancier peut instituer une action peu importe si la créance du créancier a été fixée par jugement.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

[75] Cependant, alors qu'un créancier devrait avoir droit d'instituer une instance sans être tenu d'obtenir en premier lieu un jugement concernant sa créance, un défendeur ne devrait pas être contraint de contester une action lorsque le fondement même de la créance du demandeur est douteux. Nos recommandations prévoient des dispositions qui portent sur la nécessité éventuelle de déterminer la validité d'une créance et d'offrir des mesures injonctives ou toute autre mesure de redressement accessoire qui peut se révéler nécessaire tant et aussi longtemps que le bien-fondé de la créance n'a pas été établi. Des dispositions du type recommandé ci-dessous peuvent ne pas être obligatoires lorsque la compétence d'un tribunal à rendre des ordonnances et à émettre des directives du genre prévu est établie par les règles de procédure ou autre loi du territoire intéressé.

- (1) Lorsqu'une créance n'a pas été fixée par un jugement ou une ordonnance du tribunal, celui-ci peut accorder une suspension d'instance ou suspendre l'application de la mesure jusqu'à ce que le bien-fondé de la créance soit officiellement établi.**

- (2) Lorsqu'une telle ordonnance est rendue, le tribunal peut émettre toute autre ordonnance supplémentaire qu'il juge appropriée, y compris notamment une ordonnance :**
 - (a) prescrivant qu'une question soit tranchée dans le cadre d'une instance ou autrement,**

 - (b) empêchant le défendeur ou toute autre personne de conclure une opération concernant les biens,**

 - (c) donnant des directives quant à la manière de traiter les biens,**

 - (d) nommant un séquestre des biens.**

G. Redressements

Principe général régissant l'attribution d'un redressement

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[76] L'approche traditionnelle à l'égard du redressement disponible pour la violation des lois sur les transferts frauduleux se fonde sur la notion selon laquelle le transfert irrégulier est nul, soit de façon générale ou à l'encontre des créanciers lésés. Les lois plus modernes et les recommandations en vue d'une réforme adoptent en règle générale une approche plus nuancée conçue pour permettre au tribunal de modeler un redressement qui a pour but de restituer les biens ou la valeur transférée aux créanciers qui se qualifient, en tenant compte de toute contrepartie donnée et des autres investissements faits par le cessionnaire sur la foi de l'opération. L'opération n'a pas à être littéralement annulée. La Loi devrait comprendre un énoncé du principe général qui guide la formulation de l'ordonnance de redressement qui convient, de la façon suivante :

Lorsque les motifs de recours sont établis, le tribunal doit rendre l'ordonnance jugée nécessaire pour que les biens ou la valeur transférée ou conférée dans le cadre de l'opération soient mis à la disposition du créancier, jusqu'à concurrence de la valeur de la réclamation du créancier contre le débiteur, en tenant compte des facteurs cernés à [la disposition prévoyant la définition de « facteurs d'admissibilité », ci-dessous].

Formes d'ordonnance

[77] Une liste non exhaustive des types d'ordonnance qui peuvent être rendues pour donner effet au principe général devrait être établie. La liste proposée est la suivante :

Lorsqu'il accorde un redressement en vertu [du principe général susmentionné], le tribunal peut rendre l'une des ordonnances suivantes, seule ou en combinaison avec d'autres :

- (a) **Une ordonnance qui confère au débiteur, ou à toute autre personne, les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération, ou le produit* des biens ainsi transférés.**
- (b) **Une ordonnance déclarant que les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération ou leur produit* sont assujettis aux mesures d'exécution forcée entre les mains du cessionnaire.**
- (c) **Une ordonnance déclarant que les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération ou leur produit* sont assujettis aux mesures d'exécution forcée entre les mains du cessionnaire.**

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- (d) Une ordonnance exigeant du cessionnaire qu'il verse une somme d'argent équivalant à la valeur des biens ou autres bénéfices reçus en vertu de l'opération.**
- (e) Une ordonnance exigeant du cessionnaire qu'il verse une somme d'argent afin de tenir compte du revenu gagné dans le cadre de l'utilisation ou de l'exploitation de biens, d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit de paiement en vertu de l'opération.**
- (f) Une ordonnance prescrivant la remise ou l'acquittement d'une dette contractée, ou d'une sûreté ou garantie consentie par le débiteur en vertu de l'opération.**
- (g) Une ordonnance remettant en vigueur une obligation ou une sûreté à laquelle le débiteur a renoncé en vertu de l'opération.**
- (h) Une ordonnance annulant une désignation en faveur d'un Bénéficiaire.**
- (i) Une ordonnance déclarant que les biens qui seraient insaisissables contre les créanciers peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée lorsque les biens ont été acquis dans le cadre de l'opération donnant lieu au droit à un redressement.**
- (j) Une ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance judiciaire lorsque l'ordonnance constitue une opération donnant lieu au droit à un redressement.**
- (k) Une ordonnance nommant un séquestre qui prendra possession des biens et qui les traitera de la manière prescrite.**
- (l) Une ordonnance accordant une injonction contre le débiteur ou toute autre personne.**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

*** Par « produit » des biens, on entend les biens identifiables découlant directement ou indirectement de toute opération à l'égard des biens ou du produit des biens, et comprend le droit à un paiement d'assurance ou à tout autre paiement à titre d'indemnité ou de dédommagement pour la perte des biens ou du produit des biens ou les dommages causés à ceux-ci.**

Recoupement des recours et des lois sur le désintéressement des créanciers

[78] La qualité pour agir sera déterminée selon les principes décrits ci-dessus et les parties au litige ne seront pas tenues d'intenter un recours au nom des créanciers de façon générale. Cependant, une ordonnance corrective rendue par un tribunal pourrait avoir l'effet de restituer les biens ou leur valeur au débiteur, les mettant ainsi à la disposition des créanciers qui se qualifient pour partager le produit accordé dans le cadre de mesures d'exécution forcée d'un jugement en vertu des lois provinciales sur le désintéressement des créanciers, y compris les créanciers qui n'ont pas qualité pour demander un redressement aux termes de la *Loi sur les transactions révisables*.

[79] Posons l'hypothèse par exemple qu'un recours soit accordé en vertu de la cause d'action n^o 1 (insolvabilité du débiteur et contrepartie manifestement inadéquate) à un créancier A dont la créance existait à la date de l'opération. Après la date de l'opération mais avant que le recours ne soit accordé, le créancier B acquiert une créance et obtient un jugement contre le débiteur. Le système de redressement donne au tribunal une grande latitude pour modeler un recours qui restitue de manière appropriée la valeur perdue aux créanciers qui se qualifient en vertu de l'opération. Si, dans ce scénario, la forme de l'ordonnance choisie a comme effet d'annuler l'opération contestée et de restituer les biens du débiteur, ceux-ci feront l'objet de mesures d'exécution forcée sur l'initiative du créancier A et du créancier B. Peu importe lequel des créanciers institue les mesures d'exécution, tous deux auront droit d'en partager le produit même si le créancier B n'avait pas qualité pour faire une demande de redressement en vertu de la *Loi sur les transactions révisables*. L'application de la loi sur le désintéressement des créanciers ferait en sorte que le bénéfice du redressement accordé au créancier A aux termes de la *Loi sur les transactions révisables* serait partagé avec le créancier B.

[80] Le Groupe de travail a conclu que notre mandat n'englobait pas l'examen de la question de savoir s'il faut suspendre ou autoriser l'application du droit en matière de redressement pour les créanciers en ce qui touche les biens auxquels les créanciers ont accès par suite d'une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur les transactions révisables*. Cependant, il est nécessaire d'établir le régime de redressement de la *Loi de*

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

telle façon que la forme de l'ordonnance n'ait pas d'effets disparates sur la capacité des créanciers de se partager les biens sous le régime des dispositions législatives en matière de redressement pour les créanciers.

[81] La recommandation ci-dessous exigerait que le tribunal formule l'ordonnance de façon à ce que son produit soit visé par les dispositions législatives en matière de redressement pour les créanciers de l'administration. Ainsi, les créanciers ayant le droit de se partager le produit des mesures d'exécution forcée du jugement prises contre le débiteur auront accès aux sommes versées ou aux biens transférés aux termes de l'ordonnance. Une ordonnance exigeant la remise d'un bien au débiteur ne devrait pas avoir un effet différent sur l'application du droit en matière de redressement pour les créanciers qu'une ordonnance visant le versement d'une somme par le cessionnaire. Par conséquent, si l'ordonnance de redressement exige un paiement de la part du cessionnaire, le tribunal devrait ordonner que le montant en question soit versé au greffier du tribunal ou à un autre responsable de l'exécution pour distribution aux créanciers du débiteur qui ont droit au partage en application du droit en matière de redressement pour les créanciers. Autrement, l'exécution du jugement contre le cessionnaire entraînerait la distribution de l'argent aux créanciers du cessionnaire plutôt qu'aux créanciers du débiteur, ce qui irait à l'encontre de l'objectif visant la remise de la valeur transférée aux créanciers du débiteur dans le cadre de l'opération. De même, le tribunal ne devrait pas rendre une ordonnance visant la remise d'un bien directement à un créancier demandeur si le débiteur a d'autres créanciers qui seraient admissibles au partage de la valeur du bien si ce dernier était remis au débiteur.

Une ordonnance rendue en vertu de la présente loi est rédigée de telle façon ou assortie de telles conditions que la somme à verser ou la valeur du bien à transférer aux termes de cette ordonnance puisse être réparti entre tous les créanciers du débiteur qui sont admissibles au titre de [insérer le titre de la loi provinciale sur le redressement pour les créanciers] au partage du produit des mesures d'exécution forcée du jugement prises contre le débiteur.

Facteurs dont tenir compte au moment d'accorder une ordonnance (facteurs d'admissibilité)

[82] Il sera possible d'exercer un recours en vertu de la *Loi sur les transactions révisables* lorsque la personne ayant traité avec un débiteur n'a donné aucune valeur ou

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

une valeur manifestement inférieure à la pleine valeur des bénéfices reçus, peu importe si cette personne était au courant de l'insolvabilité du débiteur (cause d'action n° 1) ou de l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers (cause d'action n° 2). Dans un tel cas, le cessionnaire peut être tenu de restituer les bénéfices reçus mais devrait être autorisé à conserver ou à recouvrer toute contrepartie payée et tout autre investissement réalisé pour améliorer les biens transférés en vertu de l'opération. Les alinéas (1)a) et b) de la recommandation ci-dessous indiquent au tribunal les facteurs dont il devra tenir compte pour formuler l'ordonnance de redressement. Par exemple, le tribunal pourrait ordonner que les biens transférés en vertu de l'opération soient restitués au débiteur ou dévolus au créancier du demandeur et que le débiteur rembourse au cessionnaire la contrepartie qu'il a reçue en vertu de l'opération. Le tribunal pourrait également imposer des conditions visant à indemniser le cessionnaire des dépenses qui ont amélioré la valeur des biens. Lorsqu'une ordonnance oblige le cessionnaire à tenir compte du revenu gagné grâce aux biens reçus en vertu de l'opération (voir l'alinéa e) sous l'intertitre *Formes d'ordonnances*), le tribunal peut déduire les investissements réalisés par la production de ce revenu.

[83] L'alinéa (1)c) de la recommandation ci-dessous autorise le tribunal à tenir compte des autres obligations contractées par le cessionnaire sur la foi raisonnable de la finalité de l'opération. Cette disposition ne précise pas les motifs de recours et ne justifie le refus d'octroyer une ordonnance ou la modification d'une ordonnance que lorsque le cessionnaire a changé de position, de sorte qu'un jugement prévoyant la restitution des bénéfices reçus en vertu de l'opération serait injuste. La portée de cette disposition est également limitée par le fait que la personne qui connaît les circonstances à l'origine du recours ne sera habituellement pas en mesure d'établir qu'elle s'est raisonnablement fondée sur la finalité de l'opération. Les cas où le tribunal devra exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser l'octroi d'une ordonnance ou de préciser une ordonnance en vertu de l'alinéa (1)c) seront relativement rares. Or, il est tout de même impossible d'anticiper toutes les circonstances où il pourrait dûment le faire. Il pourrait notamment s'agir d'opérations sous la forme de dons de bienfaisance, de paiements de sommes d'argent aux membres de la famille pour des dépenses courantes, de la prestation de services à des fins non commerciales à un membre de la famille ou à une organisation caritative ainsi que de cadeaux modestes offerts par un débiteur insolvable. Par exemple, la personne qui reçoit une somme d'argent raisonnable de la part d'un parent, d'un conjoint ou d'un autre membre de la famille immédiate insolvable pour l'aider à payer ses dépenses personnelles et ses frais de scolarité peut la dépenser en présumant que le paiement ne sera pas contesté, même si elle sait que le cédant a des difficultés financières. Elle ne devrait pas être tenue de rembourser l'argent reçu aux créanciers du

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

cédant. De même, la personne dont le parent, le conjoint ou un autre membre de la famille immédiate insolvable lui fournit des services personnels ou ménagers, comme des travaux de charpenterie ou des services de garde d'enfants qui auraient autrement une valeur marchande, ne devrait pas être forcée de payer pour ces services. Dans un tel cas, l'acceptation des services peut être perçue comme une obligation sur la foi raisonnable de la finalité de l'opération.

[84] Le dernier paragraphe de la recommandation vise principalement à placer le cessionnaire qui est tenu de restituer les biens mais qui a un droit de recouvrement contre le débiteur pour une contrepartie payée dans la même position par rapport aux plaignants concurrents que celle du cessionnaire qui est tenu de payer une somme d'argent dont le total est obtenu en déduisant la contrepartie payée de la valeur des biens reçus. Par exemple, si un débiteur insolvable transfère au cessionnaire des biens valant 100 000 \$ pour un montant de 50 000 \$, le tribunal pourrait 1) ordonner que les biens soient remis au débiteur et que ce dernier rembourse au cessionnaire la somme de 50 000 \$ payée, ou 2) que le cessionnaire paie 50 000 \$ aux créanciers, ce qui représente la différence entre la valeur des biens et la somme payée. Dans le deuxième exemple, l'investissement de 50 000 \$ du cessionnaire est entièrement protégé au moyen de la conservation des biens. Dans le premier exemple, en l'absence de conditions supplémentaires, le cessionnaire serait simplement un créancier non garanti du débiteur jusqu'à concurrence de la somme de 50 000 \$ payée pour les biens. Si le débiteur est toujours insolvable, ce qui risque d'être le cas, le cessionnaire ne recouvrera pas la contrepartie ou, au mieux, recouvrera seulement une petite fraction de cette contrepartie. Dans un tel cas, le tribunal devrait protéger le droit du cessionnaire de recouvrer son investissement en lui accordant une sûreté sur les biens restitués au débiteur. La sûreté ainsi accordée devrait avoir la priorité sur les autres intérêts, à l'exception de la sûreté dont la priorité avait déjà été établie avant que les biens ne soient transférés en vertu de l'opération. La disposition relative à l'attribution d'une sûreté garantirait également le droit du cessionnaire de recouvrer les dépenses autres que les sommes payées pour acheter les biens assujettis à l'opération.

[85] Lorsque la cause d'action à l'origine de l'ordonnance de redressement est fondée sur l'intention du débiteur d'entraver ou de frustrer les créanciers, le cessionnaire qui connaissait ou qui aurait raisonnablement dû connaître l'intention du débiteur n'a pas droit à un rajustement compensatoire des modalités de l'ordonnance.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[86] Voici la recommandation quant aux facteurs d'admissibilité qui devraient être pris en considération par le tribunal lorsqu'il rend une ordonnance de redressement :

1) **Le tribunal peut refuser d'octroyer une ordonnance, rajuster les modalités d'une ordonnance ou rendre une ordonnance prescrivant le recouvrement d'une somme d'argent identifiée contre le débiteur en faveur du cessionnaire, en reconnaissance de ce qui suit :**

- a) **la valeur donnée par le cessionnaire en vertu de l'opération;**
- b) **les dépenses et les investissements non pécuniaires effectués par le cessionnaire qui ont augmenté la valeur des biens reçus en vertu de l'opération ou qui ont généré des revenus dans le cadre de l'utilisation des biens ou d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit de paiement reçu en vertu de l'opération;**
- c) **les obligations contractées par le cessionnaire sur la foi raisonnable de la finalité de l'opération;**

pourvu que ces facteurs ne s'appliquent pas en faveur d'un cessionnaire qui savait ou aurait dû raisonnablement savoir que le débiteur a conclu l'opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers.

2) **Lorsque le tribunal ordonne au débiteur de payer une somme d'argent au cessionnaire, l'ordonnance peut être affectée en garantie des biens du débiteur, y compris des biens dévolus au débiteur conformément à [l'alinéa a) des formes d'ordonnances]. La sûreté accordée au cessionnaire a priorité sur les droits des créanciers des débiteurs, à l'exception des créanciers qui détenaient une sûreté parfaite grevant les biens avant la conclusion de l'opération.**

L'application des règles de priorité prévues par la loi ne peut empêcher un recours

[87] La plupart des provinces ont des lois qui prévoient l'enregistrement dans un registre public d'un jugement ou d'un bref délivré par le tribunal à titre d'instrument

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

d'exécution d'un jugement (anciennement appelé « bref d'exécution » mais désormais appelé de différentes façons). Par souci de commodité, le terme « jugement » sera utilisé pour désigner les deux notions. Dans certaines provinces, les lois ayant fait l'objet d'une réforme prévoient un système d'enregistrement complet visant toute forme de biens d'un débiteur judiciaire. Dans d'autres provinces, la portée des lois en matière de registre est plus limitée. Dans tous les cas, l'enregistrement sert de fondement pour déterminer la priorité des droits d'exécution associés au jugement. La règle de priorité fondamentale prévoit qu'un jugement enregistré a priorité sur un intérêt acquis subséquent dans les biens assujettis à l'enregistrement. Ainsi, le fait qu'un débiteur judiciaire transfère des biens ne porte pas atteinte à première vue aux droits d'exécution des créanciers judiciaires parce que ces derniers peuvent exécuter le jugement en faisant saisir les biens en possession du cessionnaire. Toutefois, lorsque des biens personnels sont visés, les lois de la province peuvent comporter des règles de priorité qui permettent au cessionnaire d'échapper au jugement ou d'avoir la priorité sur celui-ci dans des circonstances données. La *Loi sur les transactions révisables* devrait expressément prévoir si un recours peut être intenté contre un cessionnaire qui a priorité sur un jugement en vertu d'une telle règle.

[88] Le même problème survient lorsque le transfert de biens donnant ouverture à un recours en vertu de la *Loi sur les transactions révisables* déclenche une règle de priorité qui annulerait ou subordonnerait une sûreté grevant les biens visés. Bien que la partie garantie n'ait pas la qualité pour agir en vertu de la Loi dans la mesure où sa créance est garantie, l'application de la règle peut rendre la créance entièrement ou partiellement ordinaire. La Loi devrait également préciser si un recours peut être exercé dans ces cas-là.

Un recours peut être exercé contre une personne qui acquiert des biens transférés par un débiteur en vertu d'une opération, peu importe si cette personne acquiert les biens libres de tout bref, jugement ou autre instrument visant l'exécution (le cas échéant), ou une sûreté en vertu des dispositions de la [insérer le nom de la loi applicable, notamment la législation en matière d'exécution de jugement, la *Loi sur les sûretés mobilières* et la *Loi sur les titres de biens-fonds*.]

Pour l'application de cette recommandation, « sûreté » s'entend de tout intérêt dans les biens garantissant le paiement ou l'exécution d'une obligation.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[89] Cette méthode est justifiée par le fait que les règles de priorité sont limitées par la loi dans laquelle elles figurent et sont implicitement conçues pour traiter les opérations de bonne foi qui ne contreviennent pas aux autres lois. Si l'opération donne ouverture au recours sur le fondement de considérations de principe plus générales, ce recours ne devrait pas être contrecarré par une règle de priorité qui ne tient pas compte de ces considérations. Cette recommandation garantira également que la responsabilité du cessionnaire n'est pas différente selon que le jugement est enregistré la journée après l'opération. Si la règle de priorité est déterminante, le cessionnaire serait exonéré de toute responsabilité dans le premier cas, mais pas dans le second.

[90] Cette recommandation n'aura pas d'incidence importante sur l'application des règles de priorité prévues par la loi parce qu'en pratique une opération en vertu de laquelle le cessionnaire a priorité sur un jugement ou une sûreté donnera très rarement ouverture à un recours en vertu de la *Loi sur les transactions révisables*. Par exemple, il y a peu de risque qu'une vente conclue « dans le cours ordinaire des affaires », en vertu de laquelle l'acheteur acquiert une marchandise libre de toute charge soient annulée à titre d'opération révisable. Si le vendeur est un débiteur insolvable, le fait même que la vente soit faite dans « le cours ordinaire » signifie que la contrepartie versée n'aura pas été « manifestement inférieure » à la valeur des biens achetés et les motifs d'un recours fondé sur la cause d'action n^o 1 ne seront pas établis. Cela est vrai même si l'opération fait partie d'une vente de liquidation ou de fermeture, étant donné que le très bas prix payé en pareilles circonstances représente la valeur marchande des biens. À l'inverse, alors qu'une règle de priorité peut permettre à un acheteur de biens de consommation de prendre les biens libres de toute charge parce que le prix d'achat était inférieur au montant fixé par la règle¹⁶, l'opération peut donner ouverture à un recours en vertu de la *Loi sur les transactions révisables* si le prix payé était « manifestement inférieur » à la valeur réelle des biens ou si l'acheteur était complice du vendeur dans son intention de frustrer les créanciers. Si l'acheteur était innocent de toute faute, les actes faits raisonnablement sur la foi de l'opération peuvent être considérés comme « facteur d'admissibilité » aux fins d'octroi d'un redressement.

Cessionnaires subséquents d'un bien ou d'un bénéficiaire

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

[91] Il est nécessaire de définir dans quelle mesure il existe un recours contre une personne qui n'a pas traité directement avec le débiteur mais qui a reçu un bien ou un bénéfice conféré par le débiteur en vertu d'une opération donnant lieu à une cause d'action en vertu de la Loi (par ex. "A" acquiert un bien du débiteur dans le cadre d'une opération relevant de l'une des causes d'action et transfère subséquentment le bien à "B"). Les deux facteurs qui sont régulièrement invoqués pour déterminer les limites du recours dans les autres ressorts et en vertu de la LFI sont la mesure de la valeur donnée par un deuxième cessionnaire ou une deuxième personne recevant un bénéfice indirect et la mesure dans laquelle elle savait que le bien ou le bénéfice reçu résultait d'une opération contestable en vertu de la loi. Les dispositions recommandées suivent le modèle courant en (1) prévoyant qu'une ordonnance peut être rendue contre la personne qui a reçu tout ou partie du bénéfice d'une opération, tout en (2) limitant l'étendue de la responsabilité en offrant un moyen de défense à la personne qui a donné une contrepartie non négligeable et qui n'était pas en mesure de connaître les circonstances pertinentes de l'opération contestée.

(1) Si les motifs de recours sont établis, le tribunal peut rendre une ordonnance contre la personne qui a reçu tout ou partie du bénéfice conféré en vertu de l'opération,

a) **soit du débiteur,**

b) **soit en vertu d'une opération avec une partie intermédiaire.**

(2) Dans le cas visé à l'alinéa *b*), une ordonnance ne peut être rendue contre la personne qui a reçu le bénéfice si cette personne

a) **a donné une contrepartie qui n'était pas manifestement inférieure à la valeur du bénéfice conféré,**

b) **ne savait pas ou ne pouvait pas raisonnablement savoir que le bénéfice découlait d'une opération en vertu de laquelle**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- (i) **le débiteur avait pour objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers,**
- (ii) **le débiteur a reçu une contrepartie manifestement inadéquate à un moment où il était insolvable ou est devenu insolvable dans les circonstances décrites dans (la cause d'action n^o 1).**

[92] L'effet implicite de ces dispositions est qu'une ordonnance peut être rendue contre un cessionnaire ou un bénéficiaire indirect qui a donné manifestement moins que la pleine valeur du bien ou du bénéfice reçu, *ou* qui, indépendamment de la contrepartie donnée, aurait raisonnablement dû savoir que le bien ou le bénéfice résultait d'une opération donnant ouverture à un recours en vertu de la loi. Le sous-alinéa (2)b(i) vise la connaissance d'une opération sujette à une contestation fondée sur les causes d'action n^{os} 2 et 3, alors que le sous-alinéa b(ii) vise la connaissance des faits faisant tomber l'opération initiale sous le coup de la cause d'action n^o 1. Les facteurs d'admissibilité susmentionnés seraient pris en compte dans l'ordonnance de redressement.

[93] L'alinéa (1)a) est inclus par souci d'exhaustivité. Toutefois, étant donné que l'objet de la disposition est de définir la responsabilité des gens qui n'ont pas traité directement avec le débiteur, il pourra être supprimé en cas de redondance lorsque les recommandations relatives aux redressements seront intégrées dans le projet de Loi.

Ordonnances avant jugement

[94] Des mesures injonctives devraient être prévues pour empêcher un débiteur ou toute personne ayant traité avec ce dernier de faire toute opération relativement aux biens qui seraient autrement disponibles pour satisfaire les créances des créanciers. Nous recommandons par conséquent que le tribunal soit habilité à rendre une ordonnance pour empêcher une opération ou, si l'opération a déjà eu lieu, d'empêcher le débiteur ou une autre personne de continuer à agir de manière à frustrer le droit du créancier d'obtenir un

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

redressement efficace. Les principes généralement applicables en matière d'octroi de mesures injonctives s'appliqueraient.

- (1) Que l'instance ait été ou non introduite en vertu de la présente loi, le tribunal peut accorder une injonction lorsqu'il estime qu'il est probable qu'une opération donnant droit à un redressement en vertu de la présente loi s'est produite ou est sur le point de se produire.**

- (2) Lorsqu'il accueille une demande, le tribunal peut rendre toute ordonnance contre le débiteur ou toute autre personne, s'il y a lieu,**
 - a) dans le but de préserver le bénéfice de toute ordonnance finale de redressement qui peut être accordée ou de permettre de rendre une ordonnance appropriée,**

 - b) dans le but d'empêcher une opération de se produire.**

- (3) Toute personne intéressée peut demander au tribunal de modifier l'ordonnance ou d'y mettre fin.**

Recours secondaire contre les administrateurs qui ont autorisé le rachat d'actions ou le paiement d'un dividende

[95] La reconnaissance d'un rachat d'actions ou du paiement d'un dividende par une société à titre d'opération qui peut être contestée en vertu de la nouvelle loi fait en sorte qu'un redressement puisse être adjugé contre les actionnaires qui en ont reçu le paiement. Cependant, dans de telles circonstances, un recours supplémentaire devrait pouvoir être exercé contre un directeur d'entreprise qui a pris part à l'autorisation du paiement, à moins qu'il ait donné cette approbation en étant raisonnablement d'avis que celle-ci ne serait pas contestée en vertu de la loi. L'approche recommandée s'apparente sensiblement au recours prévu par la LFI relativement aux paiements de ce type faits par des personnes

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

morales insolubles, avec la différence notable que la LFI rend les administrateurs principalement responsables et offrent un recours secondaire seulement contre les actionnaires qui sont liés à un administrateur ou à la personne morale. Les facteurs d'admissibilité exposés précédemment qui s'appliquent en principe à l'octroi d'une ordonnance de redressement n'entrent pas en ligne de compte dans le cas d'une ordonnance visant un administrateur, étant donné que celui-ci n'est pas un cessionnaire.

- (1) Lorsqu'une opération concernant l'achat ou le rachat d'actions par une société ou la déclaration de dividendes donne lieu à une ordonnance contre le ou les actionnaires qui sont parties à l'opération, le tribunal peut accorder un redressement contre l'administrateur ou les administrateurs de la société, conjointement et solidairement, qui prendra effet si et seulement dans la mesure où une ordonnance contre l'actionnaire n'est pas satisfaite dans les délais prescrits.
- (2) Une ordonnance ne peut être rendue contre un administrateur qui,
 - a) conformément à toute loi applicable régissant l'exploitation de la société, s'est opposé au paiement d'un dividende ou à l'achat ou au rachat d'actions et s'était par conséquent exonéré en vertu de la loi de toute responsabilité, ou
 - b) avait des motifs raisonnables de croire que les circonstances de l'opération étaient telles que l'opération ne donnait pas lieu à un recours en vertu de la loi, soit en raison de l'état actuel ou éventuel de solvabilité de la société ou de l'intention de celle-ci de conclure l'opération.
- (3) Pour déterminer si un administrateur avait des motifs raisonnables au sens de l'alinéa *b*) ci-dessus, le tribunal doit considérer si l'administrateur s'était fondé de bonne foi, et une personne raisonnable dans la position de l'administrateur aurait été susceptible de se fonder, sur :

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- a) des états financiers et autres déclarations de la société présentés par ses dirigeants ou par son vérificateur, ou
 - b) un rapport relatif aux affaires de la société préparé conformément à un contrat intervenu entre la société et une personne physique dont la profession accorde de la crédibilité aux déclarations faites dans le rapport.
- (4) Le redressement accordé en vertu de cet article devrait prendre la forme d'une ordonnance condamnant au paiement d'une somme d'argent équivalant au montant payé par la société aux termes de l'opération.

H. Délais de prescription

[96] La série de recommandations qui suit définit les délais à l'intérieur desquels les recours doivent être intentés :

- (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout recours à l'encontre d'une opération doit être intenté dans un délai d'un an suivant la date de l'opération.**
- (2) Dans le cas où le cessionnaire dissimule ou aide à la dissimulation de l'opération ou des faits sur lesquelles le recours est fondé, le délai d'un an commence à courir à partir du moment où le demandeur a pris connaissance ou devait raisonnablement avoir pris connaissance de l'opération ou des faits importants. Dans tous les cas, aucun recours ne peut être intenté plus de 5 ans après la date de l'opération.**
- (3) Lorsque le débiteur devient insolvable avant la fin du délai d'un an, le syndic à la faillite peut intenter un recours si l'opération a eu lieu pendant la période qui commence le jour qui précède d'un an la date de**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA
la faillite et se termine à la date de la faillite. Dans tous les cas, aucun
recours ne peut être intenté par le syndic plus d'un an après la date de
la faillite.

- (4) La date d'une opération est la date à laquelle le bien est cédé ou le**
bénéfice créé ou conféré, et, dans le cas où l'opération suppose la
prestation de services périodiques ou fait autrement partie d'une série
d'événement étroitement liés, la date où les services ou les événements
sont terminés pour l'essentiel.

[97] Ces recommandations visent l'atteinte d'un équilibre entre le besoin de donner aux créanciers les moyens de découvrir et de contester des opérations qui portent atteinte à leurs droits et le principe important du caractère définitif des opérations. Le besoin de protéger les opérations déjà effectuées est particulièrement pressant dans un système qui offre une cause d'action qui ne requiert pas de preuve positive d'une intention frauduleuse. Par conséquent, aux termes de la loi, il y aurait un délai de prescription d'un an qui commencerait à courir à la date de l'opération plutôt qu'à la date à laquelle l'opération est découverte. Les mesures législatives générales en matière de prescription prévoient souvent comme début de délai la date où les faits à l'origine de la cause d'action sont connus du demandeur ou auraient dû l'être, mais cette façon de faire pourrait potentiellement permettre aux créanciers d'annuler des opérations qui ont eu lieu des années plus tôt. L'approche préconisée confère relativement peu de temps aux créanciers pour prendre connaissance de l'opération, obtenir des conseils juridiques et entamer des procédures. Le point de départ du délai de prescription serait toutefois reporté si le cessionnaire a caché ou aidé à cacher l'opération ou un fait important relatif à l'opération de manière à ce que l'opération ou les faits donnant naissance à la demande de redressement soient difficiles à découvrir. La loi limiterait ainsi la capacité de collusion entre les parties à une opération en vue d'empêcher la contestation de l'opération en cachant des faits pertinents jusqu'à la fin du délai de prescription, conformément au principe selon lequel il faut donner aux créanciers qui pourraient vouloir contester une opération les moyens de pouvoir la découvrir. Le principe du caractère définitif des opérations justifie néanmoins l'imposition d'un délai de prescription absolu de cinq ans, que l'opération ait ou non été cachée. Bien que l'imposition d'un délai absolu donné soit largement arbitraire, le groupe de travail recommande un délai de cinq ans, notamment parce qu'un tel délai correspond à la

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

période de cinq ans au cours de laquelle des opérations sous-évaluées entre des parties liées peuvent être contestées en vertu de la LFI.

[98] Il existe une distinction importante entre les dispositions de la LFI et des lois provinciales correspondantes portant sur les opérations sous-évaluées en ce qui a trait à la manière dont est fixée la période au cours de laquelle une opération peut être contestée. Aux termes des lois provinciales, cette période commence à la date de l'opération et s'étend jusqu'à la date du début du litige. Toutefois, la LFI permet au syndic de faillite de contester une opération qui a lieu pendant la période comprise entre la date de la faillite et une date antérieure précisée en fonction d'une période soit d'un an, si les parties à l'opération sont sans lien de dépendance, soit d'un an ou de cinq ans, si les parties ont un lien de dépendance, selon les motifs de contestation invoqués. Cela veut dire que les procédures engagées par un syndic en vertu de la LFI pourraient être prises plus d'un an (voire plus de cinq ans) après le moment où l'opération en question a eu lieu. L'utilisation de la date de la faillite comme moment charnière pour définir la période pertinente en vertu de la LFI a un fondement pratique et conceptuel. On doit accorder au syndic un délai raisonnable après sa nomination pour enquêter sur les affaires financières du failli, identifier les opérations suspectes et entamer des procédures. Par ailleurs, un délai de prescription fondé sur une période de temps donnée après la date de l'opération pourrait expirer peu après la nomination du syndic, empêchant ainsi un redressement. De plus, en cas de faillite, il y a suspension du droit des créanciers d'engager des procédures pour exécuter leurs créances. En effet, les droits des créanciers sont entre les mains du syndic. Il est par conséquent approprié de considérer la date de la faillite comme l'équivalent de la date à laquelle la mesure d'exécution est prise par le créancier.

[99] Selon le droit actuel, le syndic peut contester une opération sous-évaluée en vertu tant de la LFI que des lois provinciales. Si le droit de recourir à une loi provinciale doit être significatif en cas de faillite, il convient d'imiter l'approche de la LFI concernant les prescriptions dans ce contexte, particulièrement si le délai de prescription prévu est court. Toutefois, permettre des procédures de faillite prolongées signifie qu'une opération peut être contestée des années après qu'elle a été effectuée si aucun autre délai de prescription n'est prévu. Des préoccupations quant au caractère définitif des opérations justifient par conséquent l'imposition de la condition minimale que le syndic entame des procédures au cours de l'année suivant la faillite.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[100] En règle générale, aux fins du calcul du délai de prescription, la date de l'opération est la date à laquelle le bien est transféré, ou l'avantage sous une autre forme est transféré, créé ou conféré (voir la définition d'« opération » ci-dessus). Toutefois, dans certains cas, lorsque l'opération comporte une fourniture de services, l'avantage peut être transféré sur une certaine période de temps. Dans un tel cas, le délai de prescription commence à courir lorsque la fourniture de services ou la série d'événements qui constituent l'opération sont terminées. La disposition voulant que cette approche ne s'applique que si les événements sont « étroitement liés » vise à faire en sorte que lorsqu'une succession de transferts distincts entre les mêmes parties a lieu, chaque transfert est traité comme une opération distincte. Lorsque les transferts successifs ne sont pas étroitement liés, le délai de prescription applicable au premier transfert doit être calculé à partir de la date de ce transfert, et non de la date du dernier transfert.

I. Lois abrogées

[101] La loi uniforme qui sera produite conformément aux recommandations du présent rapport et celles du rapport sur la partie 2 du présent projet remplacerait la législation actuelle en matière de transferts frauduleux et de traitements préférentiels. La nouvelle loi devrait indiquer explicitement que la loi anglaise connue sous le nom de *Statute of Elizabeth* n'est plus en vigueur dans les provinces ou territoires où elle a toujours force de loi à titre de droit établi. Nous recommandons par conséquent que le projet de loi prévoie ceci :

[TRADUCTION] **LE STATUTE OF FRAUDULENT CONVEYANCES, 13 ELIZ. I, c. 5, 1571, N'EST PLUS EN VIGUEUR et [insérer le nom de la loi en cause] est abrogée.**

PROCHAINES ÉTAPES

[102] Le groupe de travail se réunira à nouveau à l'automne 2010. Il commencera alors à travailler sur les recommandations concernant la partie 2 du projet, et traitera notamment de la question des transferts préférentiels à des créanciers. Le groupe espère conserver ses membres actuels et qu'une ou deux personnes additionnelles se joindront à l'équipe pour remplacer les membres qui ont dû quitter. Les recommandations sur cette partie du projet devraient être prêtes à temps pour la remise du rapport final à la Conférence lors de la réunion annuelle de 2011. Ce document constituera la position du groupe quant à la rédaction de la loi uniforme sur les transactions révisables. Le travail de rédaction commencera en 2010-2011 et sera terminé au cours de l'année suivante.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

[103] Le groupe de travail sollicite une motion de la Conférence portant ce qui suit :

- a) le rapport du groupe de travail sur la Partie 1 : Transactions sous-évaluées et transferts frauduleux est accepté;
- b) il est enjoint au groupe de travail de formuler des recommandations sur la Partie 2 : Transferts préférentiels et de remettre un rapport à la Conférence lors de la réunion annuelle de 2010;
- c) le groupe de travail est autorisé à commencer en 2010-2011 le travail de rédaction de la loi uniforme sur les transactions révisables.

¹ L'étude a été réalisée par Richard C.R.B. Dunlop, Université de l'Alberta professeur émérite et auteur du très respecté ouvrage *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1995.

² Les documents d'étude portent les titres respectifs suivants : *Part 1: Introduction and Transactions at Undervalue* et *Part 2: Preferential Transfers*.

³ Les membres du Groupe de travail qui ont pris part aux diverses décisions mentionnées dans le rapport sont parvenus à un consensus dans presque tous les cas. L'opinion dissidente d'un des membres en ce qui touche deux recommandations est précisée.

⁴ La publication *Banking and Finance Law Review* est un périodique juridique canadien publié par Carswell, sous la direction des professeurs Benjamin Geva (rédacteur en chef) et Stephanie Ben-Ishai (rédactrice générale) de Osgoode Hall Law School (Université York).

¹⁰ L.R.C., 1985, ch. B-3.

¹¹ En cas de faillite, le syndic peut exercer un recours tant en vertu de la LFI que sous le régime des lois provinciales. Voir *Robinson c. Countrywide Factors*, [1978] 1 R.C.S. 753.

¹² Il existe une jurisprudence appuyant l'opinion voulant qu'un créancier puisse conserver l'enregistrement d'un bref contre une propriété familiale entre les mains d'un cessionnaire tiers lorsque le transfert serait susceptible d'être annulé par les créanciers, en cas de saisissabilité de la propriété. Même si les créanciers peuvent ne pas exécuter le bref tant et aussi longtemps que le débiteur demeure dans la résidence, ils peuvent le faire une fois que la résidence cesse d'être la propriété du débiteur. Cependant, dans d'autres cas, les tribunaux ont simplement traité la propriété insaisissable, y compris la valeur insaisissable de celle-ci, comme ne relevant pas du champ d'application des lois sur les transferts frauduleux. Voir p. ex., *Hamm c. Metz* (2002), 209 D.L.R. (4e) 385 (Sask. C.A.), où la cour a tiré son interprétation de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Can. Nat. c. Tencha*, [1928] R.C.S. 26.

¹³ La question de savoir si une opération dans le cadre de laquelle un débiteur utilise des biens saisissables constitue une aliénation susceptible d'être annulée en vertu du droit actuel est matière à débat. Pratiquement toutes les décisions rapportées dans lesquelles la question a été étudiée portent sur la création d'une dispense par la désignation d'un bénéficiaire en vertu d'une rente protégée par la Loi sur les assurances, dont nous discutons au paragraphe 45. Étant donné que ces décisions se fondent sur l'octroi d'un intérêt au bénéficiaire (constituant ainsi l'aliénation susceptible d'être annulée), elles ne consacrent pas la proposition plus étendue selon laquelle l'acquisition de biens saisissables lorsqu'aucun droit de tiers n'est visé peut être contestée. Cependant, certains souscriraient à l'opinion plus large. Une analyse complète de la jurisprudence va au-delà de la portée du présent rapport. L'auteur est d'avis que la jurisprudence ne corrobore pas la conclusion selon laquelle l'achat de biens insaisissables au moyen de biens saisissables peut être annulé au seul motif que le débiteur avait l'intention en agissant ainsi de

dissimuler ses biens de ses créanciers. Cependant, au moins un autre membre du groupe de travail est d'avis contraire.

¹⁴ Par définition, une police d'assurance inclut un contrat de rente ou une police d'assurance échangeable contre une rente émise par une société d'assurance-vie visée par la Loi sur les assurances.

¹⁵ Pour une discussion soutenant la position contraire, voir plus particulièrement M.A. Springman, George R. Stewart et Michael J. MacNaughton, *Frauds on Creditors : Fraudulent Conveyances and Preferences* (Toronto, Carswell 1994), sur feuilles mobiles.

¹⁶ Par ex., *Civil Enforcement Act*, R.S.A. 2000, ch. C-15, par. 36(2).