

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 SUPPLÉMENTAIRE DU GROUPE DE TRAVAIL

Présenté par Tamara M. Buckwold, présidente

Faculté de droit, Université de l'Alberta

Edmonton (Alberta)

Winnipeg

Août 2011

INTRODUCTION

[1] La Conférence a accepté lors de sa réunion annuelle de 2010 à Halifax le rapport final du groupe de travail sur la Partie 1 de ce projet sur les opérations sous-évaluées et les opérations frauduleuses (le rapport final sur la Partie 1). Des délégués de la Conférence ont remis des commentaires au groupe de travail, qui les a dûment étudiés. De plus, les mesures suivantes ont été prises pour obtenir des commentaires sur les recommandations présentées dans le rapport :

- le rapport a été adressé pour commentaires à l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation, à l'Institut d'insolvabilité du Canada (IIC) et à l'Association du Barreau du Canada (ABC). On avait demandé à recevoir des commentaires de la Section du droit des affaires de l'ABC, mais la présidente du groupe de travail a été informée que sa demande serait transmise à la Section du droit de la faillite, de l'insolvabilité et de la restructuration. Aucun de ces organismes n'a transmis de commentaire.
- Le rapport a été publié dans *Banking and Finance Law Review*, dans le cadre du symposium annuel de l'IIC sur le droit de l'insolvabilité. On a invité les lecteurs à présenter des observations et on a indiqué les coordonnées à cet effet, mais on n'a reçu aucune réponse.
- La présidente du groupe de travail a présenté le rapport lors d'un séminaire de la faculté de droit de l'Université de l'Alberta. Des professeurs ont fait part d'observations au groupe de travail, lequel les a étudiées.
- Un avocat de Vancouver a pris rapport avec la présidente du groupe de travail pour discuter les incidences des recommandations que celui-ci avait proposées dans son rapport provisoire de 2009, publié sur le site Internet de la Conférence. Le groupe de travail a étudié les suggestions reçues.

[2] Les commentaires reçus ont soulevé quatre questions importantes, exposées à la section suivante du présent rapport, qui ont toutes fait l'objet d'un examen attentif. Les recommandations ci-après comprennent des révisions proposées du Rapport final sur la Partie 1, en réponse à la première question. Par ailleurs, son travail sur la formulation des recommandations portant sur les paiements préférentiels à la Partie 2 du projet a incité le groupe à proposer quelques révisions de nature essentiellement technique des recommandations du rapport final sur la Partie 1.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[3] La composition du groupe de travail en 2010-2011 figure dans le rapport final de celui-ci sur la Partie 2 - Paiements préférentiels, qui est remis à la Conférence en même temps que le présent rapport.

QUESTIONS SOULEVÉES DANS LES COMMENTAIRES À PROPOS DU RAPPORT FINAL SUR LA PARTIE 1

1. *Y a-t-il lieu de réviser les recommandations relatives au transfert de biens insaisissables?*

[4] Le groupe de travail est convaincu qu'une méthode différente de transfert des biens insaisissables est appropriée. Les recommandations révisées sont exposées ci-après.

2. *Y a-t-il lieu de réviser les recommandations relatives à la période de prescription de façon à se conformer à la Loi uniforme sur la prescription des actions?*

[5] Le groupe de travail reconnaît qu'une démarche uniforme à l'égard des délais de prescription est souhaitable, mais a conclu qu'il faut s'écarter de la règle établie des 2 ans. Il existe des motifs stratégiques fondamentaux justifiant le délai de prescription d'un an dans ce contexte¹.

[6] La législation qu'a recommandée le groupe de travail vise à équilibrer deux intérêts majeurs divergents. D'un côté, il y a le droit que la loi reconnaît aux créanciers de se tourner vers les biens de leurs débiteurs pour faire valoir leurs créances. La législation renforce la capacité des créanciers de contester des opérations qui empiètent sur ce droit, en précisant les règles qui régissent les recours et en particulier, en supprimant l'obstacle de taille que constitue l'obligation de présenter une preuve positive de l'intention du débiteur de nuire au créancier en cas d'insolvabilité, et quand une contrepartie nulle ou minimale est reçue pour la valeur obtenue des biens du débiteur.

[7] De l'autre côté, la loi doit respecter la nécessité de finalité des opérations, sans exposer ceux qui traitent avec des débiteurs à un risque de perte excessif. Les frais des opérations sont susceptibles d'augmenter et les échanges commerciaux peuvent être gênés si le risque est important que l'opération soit annulée après sa réalisation. Un délai de prescription de 2 ans rend les opérations susceptibles de contestation pendant trop longtemps, même si la cause d'action ou les règles de la qualité pour agir pourraient être

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

conçues de façon à autoriser uniquement les recouvrements par des créanciers dont les créances ont pris naissance un an après l'opération. On peut attendre des créanciers une diligence raisonnable pour surveiller les affaires des débiteurs et poursuivre leurs causes d'action. Avec un délai de prescription de 2 ans, le créancier dont la créance a pris naissance dans l'année de la réalisation de l'opération pourrait retarder la contestation de celle-ci pendant de nombreux mois. Le délai de prescription d'un an circonscrit réellement la cause d'action et le risque que la loi impose aux cessionnaires. C'est un facteur important pour équilibrer les intérêts des créanciers et les personnes qui traitent avec leurs débiteurs.

[8] Même si la démarche adoptée dans la LFI n'est pas un parallèle parfait, le fait qu'elle permette au syndic de contester des opérations effectuées dans des conditions normales de concurrence seulement si elles ont lieu dans l'année précédant la faillite confirme le principe à l'appui d'une période restreinte d'exposition². Même si le syndic n'est pas tenu d'agir en application de la LFI dans un délai prescrit après la faillite, quiconque a traité avec un failli dans l'année ayant précédé le lancement de la procédure de faillite connaîtra le risque d'annulation possible d'opérations, pourra évaluer ce risque et y faire face. La faillite en effet agite un drapeau rouge : l'équivalent en dehors de ce domaine est l'avis de litige.

3. *Les recommandations de la Partie 1 assujettissent-elles les « acheteurs de bonne foi » à un risque excessif?*

[9] Ainsi qu'on l'a précédemment mentionné, la législation recommandée vise à équilibrer des intérêts divergents sans sacrifier l'un à l'autre et vice-versa. Les créanciers non garantis ont peu de recours pour empêcher des débiteurs de faire sur leurs biens des opérations telles qu'elles frustrent les créances des premiers, sauf à invoquer des procédures de faillite. Leur capacité de gérer le risque de perte résultant des mesures d'annulation des créanciers est limitée. Selon la législation proposée, il y a risque en cas d'achat de biens à un débiteur seulement si celui-ci est insolvable ou presque et si la contrepartie donnée est *manifestement* inférieure à la valeur du bien. L'acheteur peut certes ne pas être tout à fait conscient du fait que l'opération privera des créanciers de leurs droits d'exécution, le fait que le bien soit vendu pour bien moins que sa valeur devrait susciter les soupçons et inciter à un degré correspondant de prudence. Les règles concernant les acheteurs de bonne foi visent à protéger ceux qui ne sont pas en situation de reconnaître le risque de créances concurrentes sur le bien en cause. La personne qui

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

achète un bien par une opération pouvant faire l'objet d'une contestation en vertu de la loi proposée le fait en connaissance du risque évident de créances concurrentes; elle est en situation d'apprécier et de gérer ce risque. Même si la contestation de l'opération aboutit, la législation vise à permettre au cessionnaire de recouvrer la valeur investie dans le bien acheté. La brièveté de la période de prescription, discutée plus haut, limite plus encore le risque pour les cessionnaires. Le groupe de travail estime que les recommandations présentées équilibrent équitablement les droits des créanciers et ceux des cessionnaires.

4. *La législation devrait-elle comprendre une défense de « diligence raisonnable » excluant le recouvrement d'un redressement par le créancier dont la créance a pris naissance après la date de l'opération contestée?*

[10] La question concerne l'argument selon lequel les personnes qui prêtent de l'argent ou avancent du crédit sont censées exercer une « diligence raisonnable » en prenant la décision relative au crédit. Selon cette optique, le créancier diligent ne se fierait pas comme source de recouvrement aux biens dont le débiteur en perspective n'a plus la propriété. Il ne devrait pas être possible aux créanciers qui se décident en connaissant les actifs actuels du débiteur ou sans se renseigner correctement sur les finances de celui-ci de contester ultérieurement une opération en vue de recouvrer des actifs aliénés antérieurement par le débiteur. S'il peut établir que le ou les créanciers contestant l'opération ont acquis leur créance après que celle-ci a eu lieu et qu'ils connaissaient ou auraient dû connaître la situation financière du débiteur, le cessionnaire devrait pouvoir faire valoir une créance sur des actifs achetés au débiteur. Le groupe de travail a étudié, dans son évaluation de cet argument, des formulations possibles d'une défense de diligence raisonnable et a conclu pour les motifs ci-après que cette défense n'était ni nécessaire, ni adaptée :

- les créanciers dont les créances prennent naissance après la date de l'opération n'ont droit à un redressement que s'ils peuvent établir que a) l'intention première du débiteur en effectuant l'opération a été d'entraver ou de frustrer les créanciers dont les créances existaient ou étaient raisonnablement prévisibles à la date de l'opération, b) celle-ci a eu l'effet escompté, et c) le cessionnaire n'a donné aucune contrepartie ou une contrepartie inférieure à la valeur reçue dans l'opération ou a été complice de l'intention du débiteur de frustrer les créanciers. Ceci ne leur offre qu'une possibilité très limitée de contestation après l'opération.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

- Les créances de créanciers involontaires, de conjoints, en responsabilité civile délictuelle par exemple ou celles de victimes d'une violation de contrat postérieure à l'opération ne devraient pas être exclues du fait de la connaissance réelle ou présumée de la situation financière du débiteur ni assujetties à une défense possible de diligence raisonnable. Il est difficile de définir la distinction entre créances volontaires et créances involontaires.
- Les cessionnaires complices de l'intention du débiteur de frustrer des créanciers et ceux qui ont donné manifestement moins que la valeur reçue dans une opération sont au fait du risque de l'opération.
- La période de prescription d'un an (ci-dessus) restreint le risque couru par les cessionnaires, et ceux qui ne sont pas complices de l'intention du débiteur peuvent recouvrer une contrepartie donnée pour des biens reçus (ci-dessus).
- La possibilité de redressement en cas de transfert de biens, destiné à frustrer de futurs créanciers possibles, est conforme à la règle établie³.
- Une défense de diligence raisonnable obligerait les tribunaux et les parties à mener une évaluation intrinsèquement peu fiable de ce que le créancier aurait dû savoir quand il a traité avec le débiteur. Ceci nuirait fortement à la certitude à laquelle la réforme du droit de ce domaine s'efforce de parvenir.

RECOMMANDATIONS SUPPLÉMENTAIRES POUR LA PARTIE 1

[11] Les paragraphes ci-après reprennent le format du rapport final sur la Partie 1. L'explication et la discussion sont présentées en caractères ordinaires. Les recommandations sont présentes en retrait et en caractères gras. Une partie du commentaire renvoie aux procédures que prévoit la *Loi sur les transactions révisables*, qui est le titre recommandé pour la loi uniforme au paragraphe [8] du rapport final sur la Partie 1. Cette loi s'appliquerait aux paiements préférentiels, aux opérations sous-évaluées et aux opérations frauduleuses (voir également les paragraphes [5] et [6] du rapport final sur la Partie 2).

A. Biens insaisissables

[12] Le groupe de travail a recommandé dans son rapport final sur la Partie 1 que l'« opération » faisant l'objet d'une contestation ne devrait pas s'entendre du transfert ou de la disposition de biens qui ont été exonérés des mesures d'exécution forcée avant que le transfert ou la disposition ne soit effectué (au paragraphe [42]). La recommandation

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

était fondée sur l'opinion généralement acceptée dans la jurisprudence « 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 lieu ». Des inquiétudes ont toutefois été exprimées lors de la publication du rapport à la réunion annuelle de la Conférence en 2010 à propos de la possibilité de résultats incompatibles relativement à des opérations sur des biens insaisissables avant et après jugement. En cas de saisie de biens insaisissables par bref ou jugement, celui-ci peut être exécuté contre les biens que le cessionnaire détient du débiteur. On ne peut aux termes des mesures législatives d'exécution forcée avoir accès aux mêmes biens, s'ils sont transférés avant que le jugement ne soit rendu, et ils ne pourraient être recouvrés auprès du cessionnaire aux termes de la loi proposée. La possibilité de résultats incompatibles de cette nature varie selon les administrations, en fonction du champ d'application de la législation sur les biens insaisissables et de l'effet des jugements ou brefs sur ceux-ci. Le groupe de travail a longuement discuté le problème et conclu qu'il est justifié de revoir notre recommandation initiale. L'argument stratégique supplémentaire selon lequel les biens devraient être traités comme insaisissables seulement pendant que le débiteur continue de s'en servir aux fins qui suscitent l'exonération vient à l'appui de notre nouvelle recommandation. Le transfert de biens insaisissables par le débiteur constitue un abandon implicite de l'exonération. La recommandation ci-après a pour résultat que le transfert de biens insaisissables peut être contesté comme tout autre en vertu des causes d'action ordinaires.

Que la recommandation (1) au paragraphe [42] du rapport final sur la Partie 1 soit supprimée et remplacée par ce qui suit :

« Opération » S'entend notamment du transfert de biens insaisissables.

[13] Si elle est adoptée sans réserve, la règle exposée ci-dessus permettra aux créanciers de contester le transfert de biens insaisissables même si le débiteur continue après le transfert de propriété de se servir des biens aux fins qui ont suscité l'exonération. Une débitrice insolvable peut par exemple transférer à son enfant une propriété familiale insaisissable, mais continuer d'y vivre. Si le transfert est contesté avec succès en tant qu'opération sous-évaluée, la propriété familiale peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée aux termes d'une ordonnance de redressement rendue contre le cessionnaire, et la débitrice perdra alors le droit d'y demeurer. La jurisprudence de la

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

Saskatchewan (à la note de bas de page 12 du rapport final sur la Partie 1) résout ce problème en autorisant le tribunal à déclarer nul et frauduleux le transfert d'une propriété familiale insaisissable pour autant que le bref enregistré contre le titre de celle-ci ne puisse être exécuté aussi longtemps que le débiteur y habite. Le groupe de travail recommande l'adoption d'une démarche similaire à l'égard des biens insaisissables en général.

- 1) En cas de redressement accordé relativement à un transfert de bien insaisissable pour le débiteur qui continue d'utiliser le bien selon l'usage qui a suscité l'exonération, le tribunal peut suspendre l'exécution du jugement jusqu'à ce que le débiteur cesse d'utiliser le bien selon cet usage.**

- 2) En cas de suspension d'un jugement en application du paragraphe 1, le tribunal peut ordonner l'enregistrement d'un bref (ou d'un jugement) contre le cessionnaire ou le bien de celui-ci.**

[14] Les recommandations révisées relatives aux biens insaisissables touchent les « formes d'ordonnance » recommandées qui peuvent être accordées à titre de redressement et qu'énumère le paragraphe [77] du rapport final sur la Partie 1. L'alinéa *i*) prévoit « 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. » Cette formulation reflétait l'objet initial que les opérations comportant le transfert de biens insaisissables ne pouvaient être contestées à titre d'opérations sous-évaluées ou frauduleuses. Cependant, les opérations par lesquelles le débiteur échange des biens saisissables pour des biens insaisissables pouvaient être contestées si les motifs de redressement étaient établis. L'élargissement de la cause d'action de façon à autoriser la contestation d'opérations comportant le transfert de biens insaisissables exige une forme plus large d'ordonnance correctrice :

Que l'alinéa *i*) des formes d'ordonnance énumérées au paragraphe [77] du rapport final sur la Partie 1 soit supprimé et remplacé par ce qui suit :

- i)* une ordonnance déclarant que les biens qui seraient insaisissables contre les créanciers peuvent faire l'objet de mesures d'exécution**

forcée.

B. Recours : Recoupement des recours et des lois sur le désintéressement des créanciers

[15] Le produit du jugement dans une action intentée en vertu de la *Loi sur les transactions révisables* ne serait pas réservé aux demandeurs. Le paragraphe [81] du rapport final sur la Partie 1 comporte une recommandation visant à garantir que la valeur recouvrée en vertu d'une ordonnance de redressement dans une action en contestation d'une opération sous-évaluée ou frauduleuse est versée dans le système de désintéressement des créanciers pour distribution entre tous les créanciers qui sont admissibles au partage du produit des mesures d'exécution forcée prises contre les biens du débiteur. La même disposition devrait s'appliquer aux actions en contestation des paiements préférentiels. L'emploi du terme « créancier » dans le libellé initial de la recommandation crée cependant des difficultés à propos des actions relatives aux traitements préférentiels, car le terme revêt un sens différent dans ce contexte. La nouvelle formulation qui suit ne modifie pas le fonds de la recommandation mais vise à résoudre le problème de définition, adaptant ainsi la disposition à toutes les actions intentées en vertu de la *Loi sur les transactions révisables*.

Que la recommandation du paragraphe [81] du rapport final sur la Partie 1 soit modifiée de la manière suivante :

Une ordonnance 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 répartie entre toutes les personnes ~~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 prises contre le débiteur.

[16] La recommandation précitée présume sans le déclarer que même si le demandeur dans une action en contestation d'une opération n'a pas besoin d'un jugement contre le débiteur pour introduire l'instance (voir paragraphe [74] du rapport final), il doit obtenir un jugement pour le partage en vertu des règles de répartition pour le désintéressement des créanciers. Il y a lieu d'élaborer ce propos. Le droit de recouvrement du demandeur à l'égard des biens de quelqu'un à titre de créancier dépend de la validation formelle, par

jugement ou ordonnance, de l'existence et de la nature de sa créance. Le demandeur ne peut se borner à simplement affirmer qu'il est le créancier pour le montant demandé.

Que ce qui suit soit adjoint aux recommandations du rapport final sur la Partie 1 :

Le demandeur doit obtenir un jugement contre le débiteur aux fins de la répartition des sommes ou des biens obtenus en vertu d'une ordonnance de redressement.

C. Qualité pour agir en vertu de la loi

[17] Les recommandations du paragraphe [75] du rapport final sur la Partie 1 visent à autoriser les demandeurs à introduire une instance pour obtenir un jugement contre le débiteur avant la prise d'effet de l'ordonnance de redressement rendue aux termes de la *Loi sur les transactions révisables*. Sans les modifier en profondeur, les recommandations ci-après précisent la procédure que le demandeur peut invoquer à cette fin. Ainsi que le souligne le rapport final, les dispositions de cette nature peuvent ne pas être obligatoires lorsque les règles de procédure ou d'autres lois du ressort ayant légiféré prévoient déjà les procédures envisagées.

Que les recommandations du paragraphe [75] du rapport final sur la Partie 1 soient supprimées et remplacées par ce qui suit :

Dans les cas où, relativement à sa créance, le demandeur n'a pas de jugement contre le débiteur, il peut instituer une action contre celui-ci,

a) et le tribunal peut :

- (i) soit rendre un jugement contre le débiteur pour le montant de la créance du demandeur prouvée au cours de l'instance ou non contestée par le défendeur,**
- (ii) soit ordonner un procès distinct pour décider de la créance du demandeur contre le débiteur;**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- b) par ailleurs, le tribunal peut accorder une suspension d'instance ou suspendre l'application de la mesure correctrice jusqu'au jugement sur la créance du demandeur contre le débiteur dans l'instance ou dans une autre action et émettre toute autre ordonnance supplémentaire qu'il juge appropriée, y compris notamment une ordonnance :**
- (i) empêchant le défendeur ou toute autre personne de conclure une opération concernant les biens,**
 - (ii) donnant des directives quant à la manière de traiter les biens,**
 - (iii) nommant un séquestre des biens.**

D. Recours : les facteurs d'admissibilité

[18] Le rapport final sur la Partie 1 présente des recommandations à propos des recours prévus dans les actions en contestation d'opérations sous-évaluées ou frauduleuses. Le tribunal doit tenir compte de facteurs établis, qualifiés de « facteurs d'admissibilité », pour rendre une ordonnance de redressement conformément au principe général formulé. Ces facteurs sont énumérés dans les recommandations (1) et (2) du paragraphe [86]. Dans ses travaux sur les dispositions relatives aux recours s'appliquant aux paiements préférentiels, le groupe de travail a relevé une lacune dans la recommandation (2). Celle-ci prévoit que l'ordonnance obligeant le débiteur de payer une somme d'argent au cessionnaire, en dédommagement de la valeur que celui-ci a donnée dans l'opération (le prix d'achat payé par ex.) ou en reconnaissance des investissements que celui-ci a faits et qui ont accru la valeur du bien reçu dans l'opération, peut être affectée en garantie des biens du débiteur. La recommandation prévoit également qu'une règle de priorité est donnée pour la sûreté ainsi accordée. Cette règle ne distingue pas entre les deux types d'affaire envisagés et convient uniquement dans le premier. La sûreté garantissant le recouvrement du prix d'achat payé par le cessionnaire devrait avoir priorité sur tous les créanciers, sauf sur celui qui détenait une sûreté parfaite sur le bien transféré en vertu de l'opération alors que ce bien appartenait au débiteur. Le bien-fondé de la règle est détaillé au paragraphe [84] du rapport final sur la Partie 1. Il conviendrait de prévoir une règle de priorité différente pour les sûretés garantissant le recouvrement des investissements qu'a faits le cessionnaire et qui ont accru la valeur du bien transféré.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

La sûreté devrait avoir priorité sur toutes les autres, y compris celles des créanciers qui les détenaient sur le bien avant son transfert, car la plus-value sur le bien peut être considérée comme appartenant au cessionnaire. Si la sûreté antérieure grève l'actif amélioré et a priorité sur le cessionnaire, la partie garantie réalisera un gain inattendu aux dépens de celui-ci⁴. Les recommandations révisées ci-après prévoient une règle appropriée.

[19] La recommandation du paragraphe (4) est issue du fait que, si le débiteur fait faillite, une sûreté sur des biens personnels accordée par le tribunal pourrait être mise en échec par le syndic du débiteur aux termes des règles de priorité des lois sur les sûretés mobilières ou lois sur les sûretés relatives aux biens personnels. Selon la nouvelle règle proposée, la sûreté sera traitée comme une sûreté parfaite en vertu de ces lois et aura priorité sur le syndic, à condition d'être enregistrée dans le Réseau d'enregistrement des biens personnels. Il faudra pour donner effet à cette disposition des modifications complémentaires de la législation régissant l'enregistrement des sûretés en vertu des lois sur les sûretés mobilières ou lois sur les sûretés relatives aux biens personnels (et peut-être des modifications des procédures d'enregistrement). L'enregistrement n'est pas obligatoire pour faire valoir les sûretés foncières contre les syndics de faillite.

[20] Les règles ci-après, quelque peu complexes, n'entrent en jeu que dans les cas où l'ordonnance de redressement, en remettant les biens au débiteur, les met à la disposition des créanciers. Le tribunal peut par une formulation différente de son ordonnance éviter les problèmes traités. Dans la plupart des cas, il vaudrait mieux ordonner la vente des biens transférés et que le cessionnaire soit remboursé à même le produit de la vente du prix payé ou des investissements qui ont amélioré la valeur des biens. Les créanciers admissibles à la répartition pourraient disposer du solde des fonds. Subsidiairement, le tribunal pourrait ordonner au cessionnaire de verser une somme équivalente à la valeur reçue dans l'opération, nette du prix d'achat. Le cessionnaire conserverait l'actif, avec la valeur des améliorations éventuelles.

Que la recommandation (2) du paragraphe [86] du rapport final sur la Partie 1 soit supprimée et remplacée par ce qui suit :

(2) Dans le cas où le tribunal ordonne que le bien transféré par le débiteur en vertu de l'opération ou son produit soient dévolus à celui-

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

ci, il peut accorder au cessionnaire une sûreté sur le bien garantissant :

- 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, à concurrence des dépenses ou de la valeur investies.**

(3) La sûreté accordée au cessionnaire en vertu du paragraphe (2) a priorité, relativement au bien,

- a) sur les droits des créanciers des débiteurs, à l'exception des créanciers qui détenaient une sûreté parfaite grevant le bien avant la conclusion de l'opération, à concurrence du montant garanti en vertu de l'alinéa (2)a),**
- b) sur les droits de tous les créanciers du débiteur, y compris les créanciers garantis, à concurrence du montant garanti en vertu de l'alinéa (2)b).**

(4) La sûreté accordée en vertu du paragraphe (2)

- a) peut être enregistrée dans le Réseau d'enregistrement des biens personnels,**
- b) et si la date de son enregistrement précède celle de la faillite du débiteur, elle a la qualité de sûreté parfaite en vertu des lois sur les sûretés mobilières ou lois sur les sûretés relatives aux biens personnels à la date de la faillite contre le syndic de faillite.**

MOTION

[21] Le groupe de travail sollicite de la Conférence une motion portant que le rapport supplémentaire sur la Partie 1 : Opérations sous-évaluées et opérations frauduleuses est accepté.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE : STRATÉGIE DE DROIT COMMERCIAL

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

PARTIE 2 : PAIEMENTS PRÉFÉRENTIELS

RAPPORT FINAL DU GROUPE DE TRAVAIL

présenté par Tamara M. Buckwold, présidente
Faculté de droit, Université de l'Alberta
Edmonton (Alberta)

Winnipeg
Août 2011

INTRODUCTION

[1] L'introduction contenue dans le rapport final du groupe de travail sur la première partie du projet, intitulé « Partie 1 : Opérations sous-évaluées et opérations frauduleuses », est pertinente également en ce qui a trait au présent rapport et ne sera pas reproduite ici⁵. Le présent rapport, qui traite des paiements préférentiels, constitue le rapport final du groupe de travail sur la partie 2. Cette partie avait d'abord été intitulée « Transferts préférentiels », mais l'expression « paiement préférentiel » a été adoptée par le groupe de travail et est employée dans le titre du présent rapport car elle traduit mieux le sujet.

[2] Les commentaires reçus des délégués de la Conférence sur le rapport final sur la partie 1 et les questions qui ont surgi pendant les travaux du groupe de travail sur les paiements préférentiels ont incité ce dernier à apporter quelques modifications – surtout de forme – aux recommandations proposées dans le rapport sur la partie 1 au cours de l'année 2010-2011. Un rapport complémentaire sur la partie 1 est remis à la Conférence en même temps que le présent rapport. Le rapport final sur la partie 2 recommande qu'un grand nombre des mesures recommandées dans le rapport final et le rapport complémentaire sur la partie 1 s'appliquent, sous réserve de certaines modifications, à une action visant à contester un paiement préférentiel. La plupart des recommandations adoptées ne sont pas reproduites dans le présent rapport et y sont seulement résumées. Le lecteur peut se référer aux paragraphes des rapports sur la partie 1 qui sont indiqués pour avoir le texte intégral des recommandations et les commentaires qui l'accompagnent.

LE GROUPE DE TRAVAIL

[3] Le groupe de travail a tenu périodiquement des conférences téléphoniques en 2010-2011. La professeure Tamara M. Buckwold, de l'Université de l'Alberta, a continué à agir comme présidente. Thomas G. Anderson, c.r., d'Anderson Consulting (Vancouver), le professeur Anthony Duggan, de l'Université de Toronto, la professeure Élise Charpentier, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Tim Rattenbury, du Bureau du procureur général du Nouveau-Brunswick, ont continué à faire partie du groupe de travail. Michael MacNaughton, de Borden Ladner Gervais LLP (Toronto), a participé à certaines des conférences téléphoniques. La présidente a remercié sincèrement

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

les membres du groupe de travail, des bénévoles dont la plupart ont participé au projet depuis ses débuts, à l'automne 2008. Ces personnes ont passé énormément de temps à lire et à commenter d'innombrables pages de documents de travail et à assister aux nombreuses réunions du groupe de travail. Elles ont apporté leur très grande expertise et leur contribution à l'élaboration des recommandations. Leurs suggestions et leurs observations ont toujours été constructives et, en travaillant en collégialité et avec enthousiasme, elles ont allégé le travail de la présidente et mené à bien ce projet long et complexe.

RECOMMANDATIONS

[4] Le présent rapport est divisé en sections dont les titres correspondent généralement à ceux utilisés dans le rapport final sur la partie 1. Comme dans ce rapport, les recommandations sont en retrait et en gras et les explications, en caractères ordinaires. Les rubriques générales suivantes sont souvent subdivisées :

- A. Titre et structure de la loi
- B. Paiements préférentiels : Principes sous-jacents d'une réforme du droit
- C. Motifs de recours : Définition des causes d'action
- D. Champ d'application de la loi : Opérations visées par la loi proposée
- E. Qualité pour agir
- F. Recours
- G. Délais de prescription

A. Titre et structure de la loi

[5] Les dispositions qui habilent les créanciers à contester des opérations constituant des opérations sous-évaluées ou des opérations frauduleuses (partie 1 du projet) et le paiement préférentiel de certains créanciers (partie 2) devraient être regroupées dans une seule loi. Les deux types de contestations assurent une protection contre les atteintes au droit légal des créanciers de faire exécuter leurs créances à l'encontre des biens d'un débiteur au moyen du régime d'exécution des jugements, mais elles visent des principes particuliers différents. La loi devrait traduire clairement ces principes et les différences fonctionnelles entre une action visant à contester une opération sous-évaluée ou frauduleuse et une action visant à contester un paiement préférentiel. Si les définitions et certaines autres dispositions de la loi proposée s'appliqueront aux deux types de

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

procédure, les motifs de recours seront définis différemment et certaines dispositions s'appliqueront seulement aux opérations sous-évaluées et aux opérations frauduleuses et d'autres, uniquement aux paiements préférentiels. La structure de la loi sera déterminée au cours de la rédaction, mais les rubriques suivantes pourraient être adoptées :

1. Définitions
2. Opérations sous-évaluées et opérations frauduleuses
3. Paiements préférentiels
4. Dispositions communes

[6] La recommandation qui suit confirme les paragraphes [8] et [9] du rapport final sur la partie 1 et donne plus de détails à ce sujet. Même s'il est recommandé d'adopter une loi distincte, une province ou un territoire pourrait décider d'incorporer les dispositions d'une loi uniforme dans une loi sur l'exécution des jugements qui a une portée plus large.

Les dispositions législatives régissant les opérations sous-évaluées et les opérations frauduleuses (rapport final sur la partie 1 et rapport complémentaire sur la partie 1) ainsi que les paiements préférentiels (rapport final sur la partie 2) devraient être regroupées dans une seule loi intitulée « *Loi sur les transactions révisables* ». La loi devrait notamment comporter des rubriques afin d'indiquer la distinction entre les deux types de contestations, même si certaines dispositions s'appliqueront aux deux.

B. Paiements préférentiels : Principes sous-jacents d'une réforme du droit

[7] Le paiement des dettes doit être encouragé et le droit permet habituellement à un débiteur de payer ses créanciers dans l'ordre et selon les montants qu'il décide. Le principe sous-jacent veut que les créanciers qui ne sont pas payés volontairement puissent recouvrer les sommes qui leur sont dues en obtenant un jugement et en l'exécutant en prenant possession de biens du débiteur en vertu des règles de droit sur l'exécution des jugements; chacun des créanciers sera payé en entier au bout du compte. Le principe ne tient plus lorsqu'un débiteur est insolvable parce qu'il n'a pas les moyens financiers de payer ce qu'il doit à tous ses créanciers. Selon l'un des principes fondamentaux du droit de la faillite, les créanciers non garantis d'un débiteur insolvable ont droit à une part des biens du débiteur au prorata de leur créance. Ce principe est mis en œuvre par le régime

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

de paiements imposé dans les procédures intentées en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* du Canada (la LFI), sous réserve du droit d'être payé en priorité qui est expressément accordé à certains créanciers, par exemple les employés impayés et les débiteurs d'une pension alimentaire. La LFI renforce le principe du paiement au prorata en empêchant certains créanciers de recouvrer une part disproportionnée de leur créance par rapport aux autres par suite d'un paiement fait volontairement par un débiteur insolvable peu de temps avant que la procédure de faillite ne soit entreprise. Un paiement antérieur à la faillite qui a pour effet de procurer une préférence à un créancier est inopposable au syndic de faillite dans les circonstances décrites à l'article 95. Le créancier avantagé est alors tenu de partager le paiement qu'il a reçu avec les autres créanciers conformément au régime de distribution prévu par la LFI. Les États-Unis, le Commonwealth ainsi que d'autres pays ont des règles similaires en matière de faillite.

[8] Dans les cas autres que ceux en matière de faillite, les débiteurs peuvent payer leurs créanciers comme ils le veulent, sous réserve des dispositions législatives relatives au désintéressement des créanciers. De telles dispositions sont en vigueur dans la plupart des provinces et des territoires du Canada depuis plus d'un siècle⁶. Les détails varient d'une province ou d'un territoire à l'autre, mais ces dispositions ont pour effet général qu'un créancier non garanti qui prend des mesures d'exécution à l'encontre des biens d'un débiteur doit en partager le produit au prorata avec les autres créanciers judiciaires et, dans certaines administrations, avec les créanciers non garantis dont les créances sont confirmées par un certificat remis au shérif ou à l'agent d'exécution. Les paiements faits volontairement à un créancier judiciaire ne sont pas touchés⁷. Les dispositions législatives relatives au désintéressement des créanciers qui ont été adoptées à la fin des années 1800 étaient accompagnées de dispositions sur les préférences frauduleuses qui, comme les dispositions de la LFI interdisant les préférences, avaient pour but d'empêcher un débiteur de se soustraire au régime de partage entre créanciers en payant certains créanciers non garantis au détriment des autres. Des dispositions législatives de ce genre sont encore en vigueur dans les provinces et les territoires.

[9] Même si on a laissé entendre que des mesures anti-préférences ne sont utiles qu'en matière de faillite, le groupe de travail reconnaît à l'unanimité que les règles de droit relatives au désintéressement des créanciers doivent être complétées par des dispositions législatives provinciales⁸. Le principe du partage entre créanciers mis en œuvre par ces règles pourrait être facilement mis en échec si le droit d'un débiteur de faire des paiements à ses créanciers ne faisait l'objet d'aucune restriction. Les

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

recommandations concernant la réforme des dispositions législatives provinciales concernant les préférences devraient cependant respecter les principes suivants :

- (1) ces dispositions devraient avoir une portée limitée : elles devraient empêcher les paiements volontaires aux créanciers seulement lorsque le débiteur et le créancier avantagé savent probablement ou devraient savoir qu'un paiement entravera la capacité des autres créanciers de recouvrer les sommes qui leur sont dues en vertu des règles de droit provinciales relatives à l'exécution des jugements;
- (2) elles devraient être compatibles avec la LFI : elles devraient s'appliquer d'une manière compatible avec les dispositions de la LFI sur les préférences;
- (3) elles devraient être harmonisées avec les autres dispositions législatives régissant les opérations qui entravent l'exercice, par les créanciers, de leur droit de recouvrer les sommes qui leur sont dues en utilisant le régime d'exécution des jugements : les dispositions de la *Loi sur les transactions révisables* qui régissent les paiements préférentiels et celles qui régissent les opérations sous-évaluées et les opérations frauduleuses devraient être harmonisées sur le plan de la structure, en tenant compte des objectifs différents qu'elles visent.

C. Motifs de recours : Définition des causes d'action

Causes d'action

[10] Le créancier qui a qualité pour contester un paiement fait par un débiteur à un autre créancier devrait avoir droit à un recours pour les motifs indiqués. Combiné au délai de prescription d'un an pendant lequel un paiement peut être contesté (voir la section G, plus loin), l'effet des règles proposées ressemble grosso modo à celui des dispositions de la LFI sur les préférences, qui s'appliquent aux paiements faits par un débiteur à un créancier avec lequel il a un lien de dépendance.

- (1) **Une ordonnance de redressement pourra être rendue lorsqu'un débiteur fait un paiement à un créancier avec lequel il a un lien dépendance, ou en faveur d'un tel créancier, si le paiement a pour effet de procurer au créancier une préférence sur un autre créancier.**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

(2) Pour l'application du paragraphe (1) :

a) un paiement a pour effet de procurer une préférence au créancier si le débiteur :

- 1. est insolvable au moment du paiement,**
- 2. devient insolvable par suite du paiement,**
- 3. fait le paiement dans des circonstances dans lesquelles il court manifestement le risque de devenir insolvable et qu'il le devient dans les six mois suivant la date du paiement;**

b) les personnes qui sont liées sont présumées avoir un lien de dépendance pendant qu'elles sont ainsi liées, mais cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'elles n'ont aucun lien de dépendance;

c) la question de savoir si des personnes qui ne sont pas liées n'avaient pas un lien de dépendance à un certain moment est une question de fait;

d) des personnes sont liées lorsqu'elles sont liées pour l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada);

e) des personnes sont réputées n'avoir aucun lien de dépendance :

(i) relativement à un dépôt de couverture effectué auprès d'une chambre de compensation par un membre d'une telle chambre,

(ii) relativement à un transfert, un paiement ou une charge qui se rapporte à une garantie financière et s'inscrit dans le cadre d'un contrat financier admissible.

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« chambre de compensation » Organisme qui agit comme intermédiaire pour ses membres dans les opérations portant sur des titres.

« créancier » S'entend notamment de la personne qui se porte caution ou répond d'une dette envers un tel créancier.

« dépôt de couverture » Tout paiement, dépôt ou transfert effectué par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, en application des règles de celle-ci, en vue de garantir l'exécution par un membre de ses obligations touchant des opérations portant sur des titres; sont notamment visées les opérations portant sur les contrats à terme, options ou autres dérivés et celles garantissant ces obligations.

« garantie financière » et « contrat financier admissible » Ont le sens qui leur est attribué par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada).

« membre » Personne se livrant aux opérations portant sur des titres et qui se sert d'une chambre de compensation comme intermédiaire.

[11] Selon le paragraphe 95(1) de la LFI, un paiement fait au cours de la période de 12 mois précédant la faillite par une personne insolvable à un créancier avec qui elle a un lien de dépendance est inopposable s'il a pour effet de procurer au créancier une préférence sur un autre créancier. Les dispositions recommandées ici offrent aussi un recours lorsqu'un débiteur insolvable fait un paiement à un créancier avec qui il a un lien de dépendance. Ces dispositions sont différentes en apparence de la LFI parce que l'effet préférentiel est déduit de l'insolvabilité du débiteur et qu'il n'est pas nécessaire de le prouver. En fait, un paiement fait par un débiteur qui est insolvable ou qui le devient peu de temps après constituera presque toujours une préférence. Comme un débiteur insolvable est, par définition, incapable de payer tout ce qu'il doit à ses créanciers, le créancier qui est payé volontairement recevra une somme proportionnellement plus grande que les autres créanciers. Le groupe de travail a examiné longuement la possibilité d'exiger la preuve que le paiement a eu pour effet de procurer une préférence au créancier qui l'a reçu. Il est toutefois devenu évident qu'il est difficile, voire impossible,

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

de concevoir un critère satisfaisant servant à déterminer ce qui constitue un effet préférentiel hors du contexte d'une faillite. Le critère prévu actuellement par certaines lois provinciales n'est pas clair et est rarement, si ce n'est jamais, invoqué devant les tribunaux. Le groupe de travail était convaincu qu'un tel critère n'est pas nécessaire; le paiement de l'un de ses créanciers par un débiteur insolvable crée en soi une préférence dans la majorité des cas. En conséquence, les circonstances qui constituent une préférence annulable sous le régime de la LFI sont essentiellement les mêmes que celles qui constituent un paiement préférentiel sous le régime de la loi proposée, bien que les règles soient formulées différemment.

[12] Les alinéas (2)*b*) à *e*) et le paragraphe (3) favorisent l'harmonisation de la loi proposée avec la LFI en incorporant les dispositions de celle-ci qui prévoient dans quels cas le débiteur et le créancier qui reçoit un paiement ont un lien de dépendance. Ainsi, la loi proposée renferme des règles qui reprennent les dispositions de la LFI, sous réserve de modifications mineures apportées au libellé; en outre, elle incorpore par renvoi toutes les dispositions de la LFI qui définissent les personnes liées, à l'alinéa (2)*d*), ainsi que les définitions de « garantie financière » et de « contrat financier admissible » contenues dans la LFI, au paragraphe (3). Les autres définitions figurant au paragraphe (3) sont reprises mot à mot de l'article 95 de la LFI, auquel elles s'appliquent, mais elles sont reproduites en entier afin d'éviter leur incorporation par renvoi à une disposition particulière de la LFI, dont la numérotation peut éventuellement être modifiée. Les dispositions de la LFI servant à déterminer s'il existe un lien ou non s'appliquent à l'ensemble de la LFI, de sorte qu'elles peuvent être adoptées sans qu'il soit nécessaire de renvoyer à un article particulier de celle-ci. De même, les expressions « garantie financière » et « contrat financier admissible » sont définies dans les dispositions générales de la LFI renfermant les définitions. L'approche adoptée pour la rédaction de la *Loi sur les transactions révisables* peut prendre différentes formes, mais elle devrait atteindre les résultats indiqués par les recommandations.

[13] La définition de « créancier » au paragraphe (3) reconnaît qu'un paiement à une personne qui a garanti une dette peut constituer un moyen indirect de payer le créancier à qui la dette est payable; le débiteur paie la personne qui s'est portée garante, laquelle a l'obligation, en vertu de la garantie, de payer le créancier.

[14] Les recommandations du groupe de travail permettent que seuls les paiements à des créanciers ayant un lien de dépendance avec un débiteur insolvable ou sur le point de

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

l'être soient recouverts par les autres créanciers. Les paiements faits à des créanciers sans lien de dépendance avec le débiteur ne sont pas touchés. Cette approche est appuyée par les principes généraux d'ingérence limitée dans les paiements faits aux créanciers et de cohérence substantielle avec la LFI, qui sont énoncés ci-dessus. Un paiement fait par un débiteur à un créancier avec lequel il n'a aucun lien de dépendance peut rarement être contesté sous le régime de la LFI; un tel paiement est inopposable seulement s'il a été fait au cours des trois mois précédant la faillite et que le débiteur avait l'intention de procurer au créancier une préférence sur un autre créancier. L'effet préférentiel d'un paiement fait naître une présomption d'intention, mais celle-ci est facile à réfuter (p. ex. le paiement est fait « dans le cours ordinaire des affaires », le débiteur avait principalement l'intention de continuer à faire des affaires ou le paiement a été obtenu par un « créancier diligent » qui a utilisé les mesures de recouvrement ordinaires). La création d'une cause d'action provinciale visant à maintenir la cohérence souhaitée avec la LFI exigerait l'imposition d'un délai de prescription de trois mois et l'application du critère relatif à l'intention de procurer une préférence, lequel constitue un facteur important dans l'état dysfonctionnel du droit actuel. Une telle approche ne ferait que créer de l'incertitude, sans offrir aux créanciers une protection digne de ce nom contre les paiements volontaires disproportionnés.

[15] La décision de mettre à l'abri de toute contestation les paiements faits par un débiteur à un créancier avec lequel il n'a aucun lien de dépendance est fondée indirectement sur l'approche adoptée dans d'autres pays et sur le droit existant qui limitent les interventions. Les règles de préférence qui s'appliquent sous le régime du droit de la faillite d'autres administrations protègent par différents moyens les paiements faits par un débiteur à un créancier avec lequel il n'a aucun lien de dépendance, par exemple en exigeant la preuve de l'intention de procurer une préférence à ce créancier, en excluant les paiements faits « dans le cours ordinaire des affaires » ou en protégeant les créanciers qui ne savent rien de la situation financière difficile du débiteur. Toutes ces règles sont incertaines et aucune ne s'est révélée totalement satisfaisante. Bien que les paiements faits à des créanciers n'ayant aucun lien de dépendance avec le débiteur puissent, en théorie, être contestés en vertu du droit provincial actuel au motif qu'il s'agit de paiements préférentiels, les restrictions importantes imposées par la loi et les moyens de défense offerts par celle-ci font en sorte que des contestations de ce genre sont rares en pratique. Les actions visant à contester un paiement préférentiel qui sont accueillies ont presque toujours trait à des paiements faits à des créanciers ayant un lien de dépendance avec le débiteur et, en pratique, les créanciers sans lien de dépendance avec le débiteur

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

participent rarement à une tentative calculée de ce dernier de se soustraire aux règles de droit relatives au désintéressement des créanciers qui limiteraient la somme qu'ils peuvent recouvrer à une partie proportionnelle des biens saisissables du débiteur. En résumé, le droit ne permet généralement pas que des mesures soient prises lorsqu'un débiteur fait un paiement à un créancier avec lequel il n'a aucun lien de dépendance. Il ne servira pas à grand chose d'essayer d'élaborer des règles qui feront une distinction entre les paiements légitimes et illicites qui sont faits par une personne à une autre avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance; les coûts résultant de l'incertitude des résultats produits par des règles ambiguës seraient plus importants que les modestes avantages qui pourraient être tirés.

Définition d'insolvabilité

[16] La définition d'insolvabilité recommandée dans le rapport final sur la partie 1 convient également dans le cas des paiements préférentiels.

La définition d'insolvabilité recommandée au paragraphe [32] du rapport final sur la partie 1 s'applique également aux dispositions de la loi régissant les paiements préférentiels.

D. Champ d'application de la loi : Opérations visées par la loi proposée

Définition générale de « paiement »

[17] La loi offrirait un recours à un créancier qui peut démontrer que le débiteur a fait un « paiement » à un autre créancier dans les circonstances définies par la cause d'action. Le terme « paiement » devrait être défini dans les termes généraux suivants :

(1) « paiement » S'entend, sous réserve du paragraphe (2), d'une opération par laquelle un débiteur transfère, crée ou procure, directement ou indirectement, un avantage à un créancier en réglant une dette ou en se portant garant du règlement d'une dette.

[18] La définition de « paiement » incorpore implicitement la définition d'« opération » adoptée au paragraphe [38] du rapport final sur la partie 1. Cette définition inclut tous les types d'opérations par lesquelles un débiteur transfère

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

directement ou indirectement à un tiers une valeur qui aurait dû être utilisée pour payer ses créanciers. La définition de « paiement » crée toutefois une distinction entre un paiement préférentiel et une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse. Un « paiement » susceptible de faire l'objet d'une contestation au motif qu'il est préférentiel est une opération par laquelle une valeur est transférée par un débiteur à un créancier pour régler ou garantir une dette. Une opération qui n'est pas un « paiement » (c'est-à-dire qui ne sert pas à régler ou à garantir une dette) peut seulement être contestée en vertu des règles de la partie 1. Il sera question plus loin, dans la section portant sur la qualité pour agir, des définitions de « créancier » et de « créance ».

Opérations exclues concernant une dette garantie

[19] Le paragraphe (2) de la définition de « paiement » exclurait les opérations qui pourraient être incluses dans la définition générale, mais qui ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'une contestation fondée sur le fait qu'elles constituent un traitement préférentiel.

- (2) Le terme « paiement » ne désigne pas une opération par laquelle :**
- a) un débiteur exécute une obligation garantie par une sûreté sur des biens du débiteur, dans la mesure où cette sûreté a priorité sur les droits des créanciers non garantis du débiteur;**
 - b) une personne transfère, crée ou procure un intérêt dans des biens pour garantir le nouveau montant avancé par le cessionnaire;**
 - c) une personne accorde une sûreté sur des biens à titre de garantie financière en remplacement de la garantie financière de valeur équivalente accordée pour garantir la même obligation.**

[20] *Alinéa (2)a)* : Le paiement d'une dette garantie par une sûreté sur des biens du débiteur ne devrait pas pouvoir être contesté au motif qu'il s'agit d'un paiement préférentiel si la sûreté a priorité sur les créances des créanciers judiciaires en vertu des

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

règles d'exécution des jugements qui s'appliquent. Le paiement a un effet neutre en ce qui concerne les créanciers non garantis dans la mesure où il fait disparaître la sûreté. La valeur des biens du débiteur qui étaient grevés par la sûreté devient disponible pour les créanciers non garantis en remplacement de l'argent ou des autres biens utilisés pour lever la sûreté. Il en sera autrement lorsque la sûreté a priorité sur une autre sûreté qui a elle-même priorité sur les créances des créanciers judiciaires. L'annulation du paiement exigerait cependant que la sûreté qui grevait le bien soit rétablie et bouleverserait les priorités établies. La règle générale devrait s'appliquer dans un tel cas. Par ailleurs, si la sûreté est subordonnée à un bref ou à un jugement, les créanciers non garantis ont le droit de se faire payer sur les biens du débiteur avant que la dette garantie soit payée. Le créancier garanti savait ou aurait dû savoir, lorsque la sûreté a été prise, que le règlement de sa créance serait subordonné aux droits des créanciers non garantis dans la mesure de leur priorité; les créanciers non garantis devraient être autorisés à contester un paiement fait au titre de la dette garantie, au motif qu'il s'agit d'un paiement préférentiel.

[21] *Alinéa (2)b*) : Les règles de droit concernant les préférences s'appliquent au paiement préférentiel de dettes non garanties existantes, que le paiement prenne la forme d'un transfert direct de valeur ou de l'octroi d'une sûreté garantissant le paiement en réponse à une demande de paiement ou dans le but de retarder le paiement. L'octroi d'une sûreté garantissant une dette existant déjà est considéré comme un paiement parce que l'exécution de la sûreté permettra de payer la dette et, en ce qui concerne les autres créanciers, les biens pouvant servir au paiement de leurs créances ne seront plus grevés par la garantie financière. Les règles de droit concernant les préférences ne visent pas à empêcher des personnes de donner une garantie dans le but d'obtenir de nouvelles sommes d'argent ou un nouveau crédit. L'alinéa 2b) fait en sorte que les créanciers non garantis ne puissent recouvrer les biens grevés d'une sûreté consentie à un créancier pour obtenir de nouvelles sommes d'argent.

[22] *Alinéa (2)c*) : Le créancier qui accepte une forme de garantie financière en remplacement d'une autre qui garantit une dette existante ne devrait pas être privé de sa sûreté. Les lois provinciales actuelles renferment une disposition à cet effet.

Paiements faits par un transfert de biens insaisissables

[23] Les raisons justifiant la recommandation modifiée selon laquelle les transferts de biens insaisissables peuvent être contestés au motif qu'il s'agit d'opérations

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

sous-évaluées ou d'opérations frauduleuses sont expliquées dans le rapport complémentaire sur la partie 1. Ces raisons s'appliquent également au paiement sous la forme d'un transfert de biens insaisissables.

Les recommandations relatives au transfert de biens insaisissables figurant aux paragraphes [12] et [13] du rapport complémentaire sur la partie 1 s'appliquent également aux dispositions de la loi régissant les paiements préférentiels.

Déclaration de renonciation et refus du pouvoir de nomination

[24] Le rapport final sur la partie 1 indique au paragraphe [51] que « [l]a loi ne [devrait pas prévoir] de disposition expresse sur la déclaration de renonciation ou le refus du pouvoir de nomination ». La même règle devrait s'appliquer aux paiements préférentiels. Si un débiteur renonce à un intérêt déjà dévolu en paiement d'une dette, le paiement résultant de la déclaration de renonciation peut être contesté au motif qu'il s'agit d'un paiement préférentiel. Si le débiteur refuse d'accepter un intérêt avant qu'il soit dévolu ou d'exercer un pouvoir de nomination en sa faveur, sa décision ne peut être contestée.

La recommandation relative aux déclarations de renonciation et au refus du pouvoir de nomination figurant au paragraphe [51] du rapport final sur la partie 1 s'applique également aux dispositions de la loi régissant les paiements préférentiels.

Les paiements qui résultent d'ordonnances judiciaires ou qui s'opèrent de plein droit ne peuvent être contestés au motif qu'ils procurent une préférence

[25] Le rapport final sur la partie 1 recommande qu'un transfert de valeur qui résulte d'une ordonnance judiciaire ou qui s'opère de plein droit puisse être contesté au motif qu'il s'agit d'une opération frauduleuse, lorsqu'une procédure judiciaire est utilisée intentionnellement dans le but de se soustraire aux créanciers du cédant ou qu'une règle de droit est manipulée à cette fin. Cette approche ne peut être appliquée directement aux paiements faits à des créanciers parce que, dans le cas des paiements préférentiels, les causes d'action n'exigent pas une intention de procurer une préférence. En principe, l'utilisation intentionnelle d'une procédure judiciaire en vue de mettre les biens d'une personne à l'abri de ses créanciers n'est pas identique à l'utilisation d'une procédure

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

judiciaire dans le but de recouvrer une dette. De même, le règlement d'une dette par l'exercice d'un droit légal n'est pas analogue à un règlement au moyen d'un paiement fait volontairement. Le recouvrement, par les créanciers non garantis, des sommes qui leur sont dues par l'utilisation de mesures juridiques qui donnent accès aux biens d'un débiteur, par exemple l'exécution des jugements ou la saisie pour non-paiement de loyer, est comparable à maints égards à l'exécution des droits de réalisation par un créancier garanti. Le créancier qui exécute un jugement exerce un droit conféré par la loi, il ne cherche pas à obtenir une préférence. Si le créancier obtient un avantage que les autres créanciers n'ont pas, cet avantage est conféré par la loi et non par le débiteur. Si le créancier a obtenu ou exécuté un jugement, il doit partager le produit avec les créanciers qui y ont droit en vertu des règles régissant les redressements offerts aux créanciers. Bien que, aux termes de l'article 95 de la LFI, une instance judiciaire intentée par ou contre une personne insolvable puisse être contestée au motif qu'elle procure une préférence, le sens et la portée de l'expression sont obscurs et le petit nombre de causes publiées dans lesquelles cette partie de la disposition a été invoquée indique que les procédures judiciaires sont rarement utilisées pour procurer une préférence. La recommandation ci-dessous échappe à tout argument selon lequel un transfert de valeur par l'obtention ou l'exécution d'un jugement ou autrement en vertu d'une règle de droit est visé par la définition générale de « paiement » puisqu'il s'agit d'un transfert ou de l'octroi indirect d'un avantage.

- (3) Le terme « paiement » ne désigne pas une opération qui résulte de l'obtention ou de l'exécution d'une ordonnance judiciaire ou qui s'opère de plein droit.**

Paievements liés à l'échec d'une relation conjugale

[26] Les paragraphes [58] à [64] du rapport final sur la partie 1 traite des problèmes particuliers et des considérations de principe associés aux transferts de valeur d'un débiteur à son conjoint ou ancien conjoint en vertu d'un accord de séparation ou d'une ordonnance alimentaire ou concernant le partage des biens. Les mêmes problèmes et considérations surgissent lorsqu'un transfert est un paiement au conjoint créancier en vertu d'une demande de pension alimentaire ou d'une réclamation de biens. Les conjoints sont des « personnes liées » selon les définitions de la LFI adoptées relativement aux paiements préférentiels. Si les règles ordinaires sont appliquées, tout transfert à un conjoint créancier pourrait être contesté au motif qu'il procure une préférence, et ce

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

conjoint pourrait se défendre en démontrant que le paiement a été fait dans des circonstances où il n'existait pas un lien de dépendance. Il sera souvent difficile de déterminer si des conjoints séparés ou divorcés ont un lien de dépendance ou non dans un contexte donné. L'ingérence dans le paiement des réclamations légitimes d'un conjoint qui découlent de l'éclatement de la famille est incompatible avec les principes contenus dans les recommandations de la partie 1 et, lorsqu'une pension alimentaire est en cause, avec la préférence qui est généralement accordée à ce type de dette par la loi. Le créancier alimentaire doit être payé sur le produit de l'exécution du jugement avant les autres créanciers. Le paiement fait à un conjoint en application d'un accord de séparation ou d'une ordonnance alimentaire ou de partage des biens ne devrait pas pouvoir être contesté en vertu des règles régissant les préférences. Un paiement de ce genre peut toutefois être contesté s'il est visé par les règles de la partie 1 qui s'appliquent aux transferts entre conjoints en général, c'est-à-dire si le paiement a été fait principalement dans le but d'entraver ou de frustrer les créanciers du conjoint débiteur, qu'il a cet effet et que le conjoint créancier avait l'intention d'aider le débiteur à atteindre cet objectif en participant à l'opération.

Si les parties à une opération qui est un « paiement » sont ou ont été dans une relation conjugale et que le paiement 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,**

les dispositions de la Loi applicables à un paiement fait à un créancier dans des circonstances où il existe un lien de dépendance ne s'appliquent pas, mais le paiement est une « opération » qui peut être contestée en conformité avec les recommandations contenues au paragraphe [64] du rapport final sur la partie 1.

E. Qualité pour agir

Recommandations de la partie 1 appliquées aux paiements préférentiels

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[27] Les recommandations contenues dans le rapport final sur la partie 1 prévoient qu'une opération peut être contestée par un « créancier », c'est-à-dire une personne qui détient une « créance ». Ces recommandations sont pertinentes également en ce qui a trait à une action visant à contester un paiement préférentiel, sous réserve de modifications mineures.

Les recommandations contenues aux paragraphes suivants du rapport final sur la partie 1 s'appliquent aux actions visant à contester un paiement préférentiel, sous réserve des modifications indiquées ci-dessous : [67] (définition de créancier), tel que modifié, [71] (définition de créance), tel que modifié, [73] (une créance ne comprend pas une obligation garantie), [74] (la créance n'a pas à être établie par jugement pour que le créancier ait la qualité pour agir) et [75] (suspension de l'instance lorsque la créance n'est pas établie par un jugement).

[28] La recommandation contenue au paragraphe [67] du rapport final sur la partie 1 indique qu'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, lorsque la cause d'action exige la preuve que l'opération visait à entraver les créanciers, une personne dont la créance a pris naissance après la date de l'opération. L'inclusion des créanciers dont la créance a pris naissance après la date de l'opération ne convient pas en ce qui concerne les règles de droit interdisant les préférences, lesquelles ont pour objet de prévenir toute atteinte au droit au partage des créanciers qui détiennent une créance au moment où l'un d'eux reçoit un paiement disproportionné, et non de protéger les créanciers éventuels.

La définition de « créancier » devrait inclure seulement, dans le cas d'une action visant à contester un paiement préférentiel, une personne qui détient une créance à la date du paiement à l'égard duquel un recours est intenté.

[29] La définition de « créance » au paragraphe [71] du rapport final sur la partie 1 a pour effet d'inclure dans la catégorie de « créancier » une personne qui détient une créance conditionnelle ou éventuelle. Une créance conditionnelle est une créance associée à une obligation qui existe actuellement, mais qui n'a pas à être exécutée avant que la condition survienne ou soit remplie; par exemple, une créance fondée sur une dette existante, payable à une date ultérieure ou selon des conditions prescrites. Une créance

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

éventuelle est fondée sur une obligation qui peut être exécutée seulement si un fait ou une situation défini qui peut survenir ou non (c'est-à-dire une éventualité) se produit; par exemple une promesse de payer une somme d'argent en cas de défaut d'une autre personne ou en cas de victoire d'une équipe sportive. Il ne convient pas de conférer à une personne qui détient une créance éventuelle la qualité de contester une opération au motif qu'elle procure une préférence étant donné que, à la date du paiement, le détenteur de la créance n'a pas un droit au partage des biens du débiteur et qu'il est possible qu'il n'acquiert jamais ce droit. Par contre, le détenteur d'une créance conditionnelle détient une créance existante dont l'exécution peut être compromise par un paiement préférentiel. Mentionnons également, au sujet des paiements préférentiels, que non seulement la définition de « créancier » détermine la qualité d'introduire des procédures judiciaires, mais elle joue aussi un rôle au regard de la cause d'action, en offrant un recours lorsqu'un débiteur fait un paiement à un « créancier » ou en faveur d'un « créancier ».

Une « créance » inclut, dans le cas d'une action visant à contester un paiement préférentiel, le droit de faire exécuter une obligation qui est subordonnée à une condition, mais non une créance fondée sur une obligation éventuelle.

Une obligation garantie n'est pas une « créance »

[30] Les paragraphes [72] et [73] du rapport final sur la partie 1 traitent de la qualité pour agir d'un créancier dont la créance est garantie par une sûreté sur des biens du débiteur. La recommandation contenue au paragraphe [73] prévoit qu'un créancier a droit à un recours dans la seule mesure où sa créance est non garantie. La deuxième partie de la recommandation a trait à la possibilité qu'un créancier détenant une sûreté sur un bien qui est transféré par le débiteur devienne un créancier non garanti en raison de l'application d'une règle de priorité favorable au cessionnaire. Dans un tel cas, le détenteur de la sûreté est un créancier non garanti dans la mesure où la sûreté est éliminée ou subordonnée et il a qualité pour agir à ce titre. Les mêmes règles devraient s'appliquer à un transfert de biens qui constitue un paiement préférentiel.

Les recommandations contenues au paragraphe [73] du rapport final sur la partie 1 devraient s'appliquer également à une action visant à contester un paiement préférentiel et, à cette fin, le terme « opération » inclut un

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

« paiement » et le terme « cessionnaire » désigne notamment un créancier qui reçoit un paiement.

La créance n'a pas à être établie par jugement pour que le créancier ait qualité pour agir

[31] On recommande, au paragraphe [74] du rapport final sur la partie 1, qu'un créancier puisse instituer une action en vertu de la loi, peu importe que sa créance ait été établie par jugement ou non. Au paragraphe [75], on reconnaît que, si un créancier dont la créance n'a pas été établie par jugement a qualité pour instituer une action, il a droit à une partie de l'argent ou des biens seulement si sa créance est confirmée par un jugement ou une ordonnance du tribunal avant la distribution de l'argent ou des biens. Le rapport complémentaire sur la partie 1 recommande un libellé légèrement différent de la disposition proposée au paragraphe [75]. Toutes ces dispositions s'appliquent également à une action visant à contester un paiement préférentiel.

Les recommandations contenues au paragraphe [74] du rapport final sur la partie 1 et au paragraphe [17] du rapport complémentaire sur la partie 1 s'appliquent également à une action visant à contester un paiement préférentiel.

F. Recours

Principe général régissant l'octroi d'un redressement

[32] Le rapport final sur la partie 1 renferme un énoncé général indiquant l'objectif qui doit être atteint par une ordonnance de redressement prononcée par le tribunal dans une action visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse. Le tribunal doit concevoir le redressement qui convient dans les circonstances à partir d'une liste énumérant des formes d'ordonnance. L'objectif du redressement accordé relativement à un paiement préférentiel est différent et devrait être énoncé séparément. Cet objectif est relativement simple : annuler le paiement de sorte que la somme payée soit partagée au prorata avec les autres créanciers du débiteur qui y ont droit en vertu du droit provincial. Le rapport entre l'ordonnance rendue et le droit régissant le partage ressort de la recommandation contenue au paragraphe [35] ci-dessous. Cette approche est analogue à celle adoptée à l'égard des préférences dans la LFI. Une action du syndic de

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

faillite annule le paiement et le montant payé est alors versé dans l'actif de la faillite et distribué conformément à la LFI. Le principe qui guide l'octroi d'un redressement à l'encontre d'un traitement préférentiel peut être énoncé dans les termes suivants :

Lorsque des motifs de recours sont établis, le tribunal doit rendre une ordonnance annulant le paiement.

Formes des ordonnances

[33] Une liste exhaustive des types d'ordonnances qui peuvent être rendues dans une action visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse figure dans le rapport final sur la partie 1. Toutes les ordonnances, à l'exception de celles indiquées dans le paragraphe qui suit, peuvent aussi être rendues dans une action visant à contester un paiement préférentiel. L'alinéa *i*) a été modifié conformément à la recommandation faite au paragraphe [14] du rapport complémentaire sur la partie 1.

(1) Dans une action visant à contester un paiement préférentiel, le tribunal peut rendre l'une des ordonnances mentionnées au paragraphe [77] du rapport final sur la partie 1, modifié par le rapport complémentaire sur la partie 1, à l'exception de celles indiquées au paragraphe (2) et, à cette fin, le terme « opération » inclut un « paiement » et le terme « cessionnaire » désigne notamment un créancier qui reçoit un paiement.

[34] Si on l'appliquait à une action en annulation d'un paiement préférentiel, l'alinéa *e*) de la liste des formes d'ordonnance figurant dans le rapport final sur la partie 1 permettrait à un tribunal d'enjoindre à un créancier recevant le paiement au moyen du transfert d'un bien, d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit de paiement de restituer le revenu tiré de l'utilisation ou de l'exploitation du bien reçu. Une telle règle n'est pas appropriée. Le bénéficiaire d'une opération sous-évaluée ou d'une opération frauduleuse n'a absolument aucun droit au bien reçu à l'encontre des créanciers du cédant, lesquels devraient être autorisés à recouvrer à la fois le bien et les profits tirés de son utilisation par le cessionnaire, comme l'alinéa *e*) le prévoit. Par contre, le créancier qui a reçu le paiement préférentiel a le droit d'être payé; la seule illégalité qu'il a commise en recevant le bien, c'est de ne pas l'avoir partagé. Le bénéficiaire d'un paiement préférentiel devrait donc avoir l'obligation de restituer le montant du paiement

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

en retournant le bien ou l'avantage transféré, ou sa valeur. Il ne devrait toutefois pas être tenu d'indemniser les autres créanciers relativement au revenu tiré de l'utilisation ou de l'exploitation du bien; l'ordonnance visée à l'alinéa *e*) ne devrait pas pouvoir être rendue. Une ordonnance de redressement peut tenir compte de l'augmentation naturelle de la valeur du bien transféré à titre de paiement préférentiel, ce qui pourrait inclure les intérêts produits si le bien porte intérêt (p. ex. un CPG) ou sa plus-value. Le tribunal peut ordonner que le créancier avantagé rembourse la valeur du bien reçu à titre de paiement ou permettre aux créanciers de saisir le bien entre les mains du cessionnaire, afin que la plus-value du bien ou sa valeur, y compris les intérêts le cas échéant, soit recouvrée. L'alinéa *j*) de la liste des formes d'ordonnance traite du transfert de valeur ordonné par le tribunal. Comme un tel transfert ne peut être contesté au motif qu'il constitue un paiement préférentiel, la forme d'ordonnance prévue n'est pas pertinente dans ce contexte. La recommandation qui suit empêche l'utilisation des formes d'ordonnance mentionnées aux alinéas *e*) et *j*) lorsqu'un paiement préférentiel a été fait.

- (2) Les formes d'ordonnance qui ne doivent pas être utilisées dans une action visant à contester un paiement préférentiel sont celles mentionnées aux alinéas *e*) et *j*) du paragraphe [77].**

Recoupement des recours et des lois sur le désintéressement des créanciers

[35] Le rapport final sur la partie 1 comprend des recommandations ayant pour but de faire en sorte que les biens recouvrés dans le cadre d'une action visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse soient répartis entre tous les créanciers du débiteur qui y ont droit en vertu de la loi provinciale ou territoriale sur le désintéressement des créanciers. Les modifications recommandées aux paragraphes [15] et [16] du rapport complémentaire sur la partie 1 précisent davantage ces recommandations. Celles-ci s'appliquent également à une action visant à contester un paiement préférentiel.

Les recommandations contenues aux paragraphes [15] et [16] du rapport complémentaire sur la partie 1 devraient s'appliquer également aux actions visant à contester un paiement préférentiel.

Facteurs à prendre en compte au moment de rendre une ordonnance (facteurs d'admissibilité)

[36] Les recommandations qui suivent enjoignent au tribunal de tenir compte des facteurs mentionnés lorsqu'il rend une ordonnance de redressement. Ces facteurs sont expliqués dans les paragraphes plus loin.

- (1) Le tribunal peut rajuster les modalités d'une ordonnance annulant un paiement ou rendre une ordonnance pour le recouvrement d'une somme d'argent déterminée contre le débiteur en faveur du créancier recevant le paiement, en reconnaissance des dépenses et des investissements non pécuniaires effectués par le créancier qui ont augmenté la valeur des biens reçus dans le cadre du paiement.**
- (2) Le tribunal peut, lorsqu'il ordonne que les biens transférés par le débiteur dans le cadre du paiement ou leur produit soient dévolus à ce dernier, accorder au cessionnaire une sûreté sur les biens garantissant les dépenses et les investissements non pécuniaires qu'il a effectués et qui ont augmenté la valeur des biens reçus dans le cadre de l'opération, dans la mesure des dépenses ou de la valeur investie.**
- (3) La sûreté accordée en vertu du paragraphe (2) a priorité sur les droits de tous les créanciers du débiteur relatifs aux biens, y compris les créanciers garantis.**
- (4) La sûreté mobilière accordée en vertu du paragraphe (2) :**
 - a) peut être enregistrée dans le registre des biens personnels;**
 - b) a le statut d'une sûreté rendue opposable au syndic de faillite en vertu de la législation sur les sûretés mobilières à la date de la faillite du débiteur si elle est enregistrée avant cette date.**
- (5) Lorsqu'un paiement éteint l'obligation d'une personne autre que le débiteur découlant d'une sûreté ou d'une caution garantissant cette obligation, le tribunal peut refuser de rendre une ordonnance**

annulant le paiement si l'obligation n'est pas rétablie par suite de l'ordonnance.

[37] Certains facteurs applicables à une action visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse (voir le paragraphe [86] du rapport final sur la partie 1) s'appliquent aussi aux actions visant à contester un paiement préférentiel. La recommandation (1) ci-dessus vise le cas où un créancier qui est payé par le transfert d'un bien augmente ensuite la valeur de ce bien par des investissements ou du travail. Une ordonnance de redressement devrait annuler le paiement dans la mesure de la valeur du bien sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées, tout en permettant au créancier de conserver la plus-value produite par ses investissements. Par exemple, si le tribunal ordonne que le bien soit restitué au débiteur afin qu'il puisse être saisi dans le cadre d'une procédure d'exécution ou déclare que le bien peut être saisi entre les mains du créancier, il devrait ordonner que le débiteur paie le montant de la plus-value au créancier. S'il décide plutôt d'ordonner au créancier de payer une somme d'argent représentant le paiement reçu, cette somme devrait correspondre à la valeur du bien, moins la plus-value produite par ses investissements. Le tribunal ne devrait pas modifier une ordonnance afin de tenir compte de la plus-value du bien transféré au créancier qui résulte de l'augmentation de sa valeur ou de l'accumulation d'intérêts puisque les autres créanciers auraient pu bénéficier des augmentations de la valeur du bien qui surviennent naturellement si le bien n'avait pas été transféré.

[38] Les recommandations (2) à (4) sont similaires aux éléments des recommandations contenues au paragraphe [20] du rapport complémentaire sur la partie 1 qui traitent également des investissements augmentant la valeur d'un bien. Le lecteur devrait se référer au rapport complémentaire pour en savoir davantage au sujet des raisons justifiant les dispositions proposées et de leur application. Les recommandations qui s'appliquent aux paiements préférentiels ne prévoient pas que le tribunal rende une ordonnance rétablissant la valeur conférée au bien par le créancier qui reçoit le paiement, l'action ne visant pas à rétablir la valeur des biens transférés par le débiteur à ses créanciers, mais plutôt à obliger le créancier cessionnaire à partager le paiement fait par le débiteur en échange de la valeur qu'il a conférée aux biens⁹. Comme le rapport complémentaire sur la partie 1 l'indique, les complications associées à l'application des recommandations (2) à (4) surviennent seulement si le tribunal ordonne que le bien transféré à titre de paiement préférentiel soit restitué au débiteur. Pour éviter ces complications, le tribunal pourrait ordonner la vente des biens et la remise d'une partie appropriée du produit au créancier

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

cessionnaire, ou permettre à ce dernier de conserver les biens et lui enjoindre de payer une somme équivalant à leur valeur sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées.

[39] La recommandation (5) vise le cas où un paiement préférentiel est fait à un créancier à qui un tiers a consenti une sûreté ou une caution en garantie de la dette. Selon la définition de « paiement », le paiement d'une dette garantie par une sûreté sur les biens du débiteur ne peut être contesté au motif qu'il s'agit d'un paiement préférentiel. Les créanciers peuvent par contre contester le paiement d'une dette garantie par une sûreté ou un cautionnement offert par un tiers. Si la sûreté ou la caution est éteinte par le paiement et que celui-ci est annulé par le tribunal par la suite, le créancier ne bénéficiera ni de l'argent payé ni de la sûreté ou de la caution. La loi devrait empêcher un tel résultat en prévoyant que le paiement peut être annulé seulement si le rétablissement de la dette originale fait renaître l'obligation du garant ou de la personne qui s'est portée caution.

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

[40] Les paragraphes [87] et [88] du rapport final sur la partie 1 traite de la possibilité d'obtenir un redressement lorsque les biens transférés par un débiteur font l'objet d'une sûreté, d'un bref ou d'un jugement qui est subordonné ou annulé par le transfert. Si l'opération est une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse, le fait qu'une règle de priorité s'applique en faveur du cessionnaire n'empêche pas qu'une ordonnance de redressement soit rendue. La même règle devrait s'appliquer à un transfert de biens qui constitue un paiement préférentiel.

Les recommandations contenues au paragraphe [88] du rapport final sur la partie 1 devraient s'appliquer également à une action visant à contester un paiement préférentiel et, à cette fin, le terme « opération » inclut un « paiement » et le terme « cessionnaire » désigne notamment un créancier qui reçoit un paiement.

[41] Le rapport final sur la partie 1 ne traitait pas explicitement de la situation du créancier garanti dont la sûreté est annulée ou subordonnée par une opération si les biens sont restitués au débiteur par l'ordonnance de redressement. Une telle ordonnance vise à permettre aux créanciers judiciaires, y compris le demandeur dans le cadre d'une procédure relative à une opération révisable, de saisir les biens dans le cadre de la

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

procédure d'exécution. On pourrait faire valoir cependant que la sûreté de la partie garantie grève à nouveau les biens lorsque ceux-ci sont restitués au débiteur ou que la restitution des biens rétablit la priorité dont jouissait la sûreté avant le transfert, selon l'effet de la règle de priorité qui s'applique. Dans ces cas, le droit de la partie garantie de faire exécuter la sûreté pourrait avoir priorité sur les droits d'exécution des créanciers judiciaires, ce qui irait à l'encontre de l'objectif de l'ordonnance de redressement; seule la partie garantie tirerait profit de la procédure. Cela serait injuste et produirait des résultats incohérents selon la forme de l'ordonnance accordée. Si elle perd sa sûreté à cause d'une règle de priorité, la partie garantie a qualité pour contester l'opération et pour réclamer une part du redressement en tant que créancier non garanti. La sûreté disparaît effectivement aux fins de l'action relative à une opération révisable. La partie garantie ne peut se servir de l'action pour rétablir sa sûreté et faire annuler l'application de la règle de priorité aux dépens à la fois du cessionnaire et des autres créanciers non garantis. Elle devrait être traitée comme un créancier non garanti eu égard à tous les aspects de la procédure relative à une opération révisable. La recommandation suivante devrait s'appliquer à toute action intentée sous le régime de la *Loi sur les transactions révisables*¹⁰.

Lorsque des biens transférés dans le cadre d'une opération sont grevés d'une sûreté qui est annulée ou subordonnée au droit du cessionnaire par suite du transfert, le détenteur de la sûreté ne peut pas revendiquer les biens recouvrés en vertu de l'ordonnance de redressement en invoquant sa sûreté, peu importe la forme de l'ordonnance et, à cette fin, le terme « opération » inclut un « paiement » et le terme « cessionnaire » désigne notamment un créancier qui reçoit un paiement.

Cessionnaires subséquents d'un bien ou d'un bénéfice

[42] Le rapport final sur la partie 1 renferme des recommandations (au paragraphe [91]) qui offrent un recours contre une personne qui n'a pas traité directement avec le débiteur mais qui a reçu indirectement un bien ou un bénéfice conféré par ce dernier (c'est-à-dire le débiteur transfère un bien à A, qui le transfère ensuite à B). Les recommandations faisant directement référence aux causes d'action de la partie 1, elles ne peuvent être adaptées à une action visant à contester un traitement préférentiel. La règle appropriée devrait permettre le recouvrement à l'encontre du deuxième cessionnaire au motif que le deuxième transfert constitue un paiement préférentiel seulement si les

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

premier et deuxième cessionnaires ont un lien de dépendance; le deuxième cessionnaire est présumé être en mesure de vérifier l'origine du bien et le risque de le perdre aux mains des créanciers du débiteur (le premier cédant). La même approche devrait s'appliquer aux transferts subséquents. La recommandation ci-dessous fait en sorte qu'un redressement peut être accordé à l'encontre d'une personne autre que le créancier qui reçoit un bien à titre de paiement préférentiel seulement si chaque opération de la chaîne ayant mené au défendeur concernait des personnes ayant un lien de dépendance.

Si les motifs de recours contre un créancier qui reçoit un paiement d'un débiteur sont établis, le tribunal peut rendre une ordonnance contre la personne qui a reçu tout ou partie du bénéfice conféré en vertu du paiement :

- a) dans le cadre d'une opération avec le créancier, si la personne avait un lien de dépendance avec lui;**
- b) dans le cadre d'une opération avec un cessionnaire subséquent au créancier, si les parties à chaque opération en vertu de laquelle le bénéfice du paiement a été transféré avaient un lien de dépendance.**

Ordonnances avant jugement

[43] La recommandation contenue au paragraphe [94] du rapport final sur la partie 1 traite des ordonnances avant jugement qui visent à empêcher un débiteur de faire, relativement à des biens qui seraient autrement disponibles pour régler ses dettes, des opérations qui constitueraient des opérations sous-évaluées ou des opérations frauduleuses ou, si l'opération a déjà eu lieu, à empêcher le débiteur ou une autre personne de continuer à agir de manière à priver le créancier contestant l'opération de son droit d'obtenir un redressement efficace. Les mêmes dispositions devraient s'appliquer relativement aux paiements préférentiels.

La recommandation contenue au paragraphe [94] du rapport final sur la partie 1 devrait s'appliquer également relativement aux paiements préférentiels.

G. Délais de prescription

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[44] Le groupe de travail a étudié avec soin les délais de prescription qui devraient s'appliquer respectivement aux actions visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse et aux actions visant à contester un paiement préférentiel. Les recommandations contenues dans le rapport final sur la partie 1 ont été examinées et revues entièrement après la remise du rapport à la réunion annuelle de 2010 de la CHLC (voir les paragraphes [5] à [8] du rapport complémentaire sur la partie 1). Les délais de prescription n'ont pas seulement pour but de favoriser l'introduction des actions au moment opportun : ils jouent aussi un rôle important en circonscrivant la cause d'action et en protégeant ainsi adéquatement le caractère définitif des opérations. Un délai de prescription d'un an a donc été adopté pour les actions visant à contester une opération sous-évaluée ou une opération frauduleuse; ce délai peut être proposé lorsque des faits relatifs à la demande de redressement sont dissimulés. Le même délai devrait s'appliquer aux actions visant à contester un paiement préférentiel, compte tenu des principes directeurs exposés précédemment. En particulier, les dispositions provinciales régissant les paiements préférentiels devraient être compatibles autant que possible avec les règles de la LFI. Celle-ci permet au syndic de contester seulement les paiements faits par le débiteur au cours de la période commençant un an avant l'ouverture de la faillite et se terminant à la date de la faillite à un créancier avec lequel il avait un lien de dépendance. Le délai prévu par les dispositions provinciales qui se rapproche le plus de ce délai est le délai de prescription d'un an suivant le paiement visé par la contestation.

Les recommandations contenues au paragraphe [96] du rapport final sur la partie 1 devraient s'appliquer également à une action visant à contester un paiement préférentiel et, à cette fin, le terme « opération » inclut un « paiement » et le terme « cessionnaire » désigne notamment un créancier qui reçoit un paiement.

PROCHAINE ÉTAPES

[45] Les recommandations du groupe de travail acceptées par la Conférence seront regroupées dans une loi uniforme sur les transactions révisables au cours de l'année 2011-2012. Le travail sera effectué par la présidente du groupe de travail en collaboration avec le rédacteur législatif affecté au projet, en consultation avec le groupe de travail. La loi sera présentée à la Conférence à la réunion annuelle de 2012.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

MOTION

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

- a) le rapport final du groupe de travail sur la partie 2 : Paiements préférentiels est accepté;
- b) il est enjoint au groupe de travail de rédiger une loi uniforme sur les opérations révisables qui sera présentée à la Conférence à la réunion annuelle de 2012.

¹ Le délai peut être prorogé jusqu'à 5 ans en cas de dissimulation de preuves.

² Pour annuler l'opération, il faut prouver l'insolvabilité du débiteur et son intention de frustrer le créancier. Les opérations effectuées dans des conditions normales de concurrence entre un an et cinq ans avant la faillite peuvent être annulées s'il est établi que le débiteur soit était insolvable, soit avait l'intention de frustrer le créancier.

³ Cette proposition a certes été contestée dans un récent jugement ontarien, mais celui-ci omet de reconnaître la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et d'autres jugements qui la confirment. Voir *McGuire c. Ottawa Wine Vaults Co.* (1913), 48 R.C.S. 44.

⁴ Un exemple facilitera la compréhension de ces recommandations. Par exemple, si un débiteur insolvable transfère au cessionnaire pour 100 000 \$ un objet valant 400 000 \$. Le cessionnaire investit de l'argent ou des efforts dans l'objet, qui acquiert une plus-value de 50 000 \$. Un créancier du débiteur conteste l'opération et est admissible à exercer un recours fondé sur la cause d'action n° 1 du rapport final de la Partie I. Si le tribunal ordonne que l'objet soit dévolu au débiteur afin qu'il soit à la disposition des créanciers en vertu des règles de droit sur l'exécution des jugements, il devrait ordonner que le débiteur rembourse au cessionnaire la somme de 100 000 \$ que celui-ci a payée et la plus-value de 50 000 \$ produite par l'investissement de ce dernier. Ces obligations devraient être garanties par une sûreté sur l'objet. La sûreté accordée au cessionnaire pour garantir la somme de 100 000 \$ qu'il a payée devrait avoir priorité sur toutes les autres sûretés sur l'objet, sauf les sûretés parfaites qui existaient déjà avant le transfert de l'objet; la partie garantie antérieure ne devrait pas perdre au profit du cessionnaire. La sûreté accordée à celui-ci pour garantir la somme de 50 000 \$ investie dans l'objet devrait avoir priorité sur toutes les sûretés concurrentes. Le cessionnaire a le droit de recouvrer la valeur investie contre les créanciers concurrents.

⁵ Le rapport a été accepté par la Conférence à sa réunion annuelle de 2010 qui a eu lieu à Halifax.

⁶ Pour plus de détails sur l'historique et des explications additionnelles, voir Tamara M. Buckwold, Réforme du droit des transferts frauduleux et des traitements préférentiels (Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels), partie II : Transferts préférentiels, aux par. 2 à 6, un document d'information présentée à la CHLC à la réunion annuelle de 2008.

⁷ La *Loi uniforme sur l'exécution forcée des jugements ordonnant paiement* de la CHLC créerait une exception limitée à cette règle. Un créancier judiciaire qui a donné une instruction d'exécution à l'agent d'exécution doit remettre à ce dernier tout paiement qu'il reçoit en vertu de son jugement en vue de la distribution, conformément au régime prévu par la loi. Voir le par. 180(3). C'est ce que prévoit la loi intitulée *Enforcement of Money Judgments Act*, S.S. 2010, ch. E-9.22, qui a été adoptée récemment par la Saskatchewan (cette loi n'était pas en vigueur au moment de la rédaction du présent rapport).

⁸ Aux États-Unis, en Angleterre et dans d'autres pays du Commonwealth, le principe du partage entre les créanciers s'applique seulement en matière de faillite. Il n'y a qu'au Canada que des dispositions

législatives relatives au désintéressement des créanciers s'appliquent dans les cas où le débiteur n'est pas en faillite.

⁹ Un exemple pourrait permettre de mieux comprendre l'application des paragraphes (2) et (3). Supposons que le débiteur transfère un bateau au créancier en règlement d'une dette. Le créancier investit 20 000 \$ pour faire réparer et repeindre le bateau. Les motifs de recours sont établis et le bateau est restitué au débiteur par une ordonnance annulant le paiement. Le bateau est ainsi mis à la disposition des créanciers admissibles en vertu des règles de droit régissant l'exécution des jugements. Le tribunal rend en faveur du créancier une autre ordonnance reconnaissant la somme de 20 000 \$ qui a été investie dans le bateau et déclare que le créancier détient sur ce bien une sûreté garantissant le paiement de cette somme. La banque détient sur le bateau une sûreté qui grève tous les biens actuels et futurs du débiteur. La sûreté du cessionnaire a priorité sur celle de la banque.

¹⁰ Supposons que la partie garantie détient une sûreté sur des biens personnels du débiteur. Ce dernier transfère ces biens au créancier en règlement d'une dette. Le débiteur est insolvable et, comme il est lié au créancier, l'opération est faite entre deux personnes ayant un lien de dépendance. Le paiement a pour effet d'annuler la sûreté de la partie garantie ou de la subordonner au droit du créancier en vertu d'une règle de priorité de la loi sur les sûretés mobilières. L'effet combiné des recommandations fait en sorte : (1) que le paiement est un paiement préférentiel qui peut être contesté par les créanciers non garantis du débiteur; le fait que la loi sur les sûretés mobilières donne priorité au créancier sur la partie garantie n'est pas pertinent; (2) que la partie garantie est traitée comme un créancier non garanti dans la mesure de la valeur des biens transférés et elle a, avec les autres créanciers non garantis du débiteur, qualité pour contester le paiement; (3) si un redressement est accordé en vertu de la *Loi sur les transactions révisables*, la partie garantie a le droit de participer à la distribution résultant des mesures d'exécution en vertu des règles provinciales ou territoriales relatives au désintéressement des créanciers, mais non en vertu de la sûreté (la partie garantie doit obtenir un jugement et prendre les autres mesures requises ou, dans certaines administrations, obtenir un certificat afin de participer à la distribution des biens en vertu des règles de droit relatives au désintéressement des créanciers).

