

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION DU DROIT CIVIL

**TRANSFERTS FRAUDULEUX ET TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS :
UNE ÉTUDE DE FAISABILITÉ**

C. R. B. DUNLOP

Regina (Saskatchewan)

23-26 août 2004

TRANSFERTS FRAUDULEUX ET TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS : UNE ÉTUDE DE FAISABILITÉ

C. R .B. Dunlop

RÉSUMÉ

[1] Ce document révisé la loi sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels au Canada.ⁱ Je conclus qu'une réforme est nécessaire. La législation et la jurisprudence ont été entachées d'anomalies depuis l'adoption du Statut Elizabethⁱⁱ en 1571 et aucun correctif ne remédiera à cette législation archaïque, ces confusions fondamentales, problèmes logiques, articles redondants, sa politique obscure et sa rédaction incompétente. Les problèmes légaux compliquent le travail des avocats plaidants, procureurs, juges et autres personnes d'affaires et professionnelles luttant avec ces questions de transactions révisables. La loi peut être réformée par une législation uniforme qui s'ajustera convenablement aux visées stratégiques du droit commercial.

[2] Ma conclusion est à l'effet que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) devrait déposer un rapport et une législation uniforme sur le droit des transferts frauduleux et traitements préférentiels si deux conditions sont satisfaites :

1. La CHLC devrait s'enquérir avant le début de son étude que certains gouvernements provinciaux et territoriaux sont effectivement intéressés à considérer les résultats de notre étude. Il doit y avoir des signes à l'effet que le gouvernement et dans une moindre mesure les professions pertinentes sont en faveur.
2. La CHLC devrait convenir d'un budget et d'un échéancier adéquats pour accomplir la recherche détaillée, la consultation et la rédaction mentionnée dans ce document. L'étude doit être fondée sur une recherche et une consultation sûres sans quoi elle ne convaincra personne.

[3] Si ces obstacles peuvent être écartés avant le début du projet, la CHLC devrait s'y engager. Autrement, elle devrait passer à d'autres projets.

RAPPORT

CONTEXTE

[4] Plus tôt cette année, Jennifer Babe et Tony Hoffmann me demandaient de préparer « une étude de faisabilité concernant le besoin de réforme et d'harmonisation du droit sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels au Canada ». Nous avons constaté lors de notre discussion « qu'une enquête et une analyse exhaustive ne seraient pas possibles ou à vrai dire, faisables. » Je considère que le but de ce rapport et de sa discussion est de décider si la CHLC devrait s'engager dans la préparation d'une législation uniforme sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels pour le Canada. J'ai achevé ce rapport avant la fin de février. Bien qu'une certaine consultation fut faite avant cette date, davantage aura été fait depuis. Je ferai rapport sur les résultats en août.

CONTEXTE

[5] Le problème dont veut traiter la législation sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels est décrit dans le rapport sur ce sujet de la Commission de réforme du droit de Colombie-Britannique (CRDCB) :ⁱⁱⁱ

Une personne incapable de payer ses dettes au complet ou qui fait face à l'exécution d'une obligation substantielle est souvent tentée de protéger ou de cacher ses actifs. Elle peut tenter de payer certains créanciers de préférence à d'autres ou de transférer son bien à un ami ou une connaissance et le mettre à l'abri de l'atteinte des personnes ayant des réclamations contre elle.

Des problèmes de cette nature ont été reconnus par le droit pendant des centaines d'années et, en Colombie-Britannique sont traités par les législations provinciale et fédérale.

[6] La loi anglaise sur les transferts frauduleux date du Moyen-âge mais la première tentative sérieuse de s'y attaquer peut être la *Fraudulent Conveyances Act, 1571*,^{iv} généralement désignée sous le nom de Statut Elizabeth. Le Statut cherchait à éviter les transferts « feints, malhonnêtes et frauduleux » de biens-fonds et biens personnels intervenus avec l'intention de « retarder, cacher ou frauder les créanciers et autres » de leurs justes et licites réclamations. L'article 2 prévoyait que de tels transferts devraient être « clairement et complètement annulés, contrecarrés et sans effet » envers les « créanciers et autres » dont les réclamations peuvent avoir été différées par de tels transferts. L'article 6 contenait une disposition restrictive importante à l'effet que l'Acte ne

s'étendait pas à un transfert pour « contrepartie valable » intervenu de bonne foi et sans connaissance de fraude. Contrairement, le Statut Elizabeth créait une offense criminelle mais les tribunaux virent rapidement son potentiel comme fondation pour une action civile afin d'éviter par les débiteurs les transferts frauduleux des biens exigibles. Depuis 1571, les tribunaux ont œuvré à créer un ensemble de droit vaste et complexe censé interpréter le Statut mais qui, en réalité, bâtit un nouveau droit permettant aux « créanciers et autres » de contester et éviter les transferts frauduleux.

[7] Le Statut Elizabeth n'empêchait généralement pas un débiteur de favoriser l'un de ses créanciers par rapport aux autres. Dans le contexte de la faillite, toutefois, les tribunaux de l'époque de Lord Mansfield jugèrent que

[A] un traitement préférentiel frauduleux par un débiteur, s'il est fait la veille de, et suivi par, la faillite du débiteur, est nul envers ses créanciers; parce qu'il vise à empêcher une distribution égale des actifs parmi les créanciers, ce qui a toujours été le but de ces lois.^v

[8] Peu après, les tribunaux canadiens décidaient que le Statut Elizabeth ainsi que l'ensemble de la jurisprudence l'accompagnant faisait partie du droit du Canada. Certaines juridictions remplacèrent le Statut par une loi locale sur les transferts frauduleux suivant habituellement les idées de base du modèle anglais tout en en modernisant le langage. D'autres juridictions, comme l'Alberta, se servirent tout simplement du Statut Elizabeth sans le canadianiser. Des dispositions similaires existent dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)*.^{vi}

[9] L'histoire canadienne du droit sur les traitements préférentiels et frauduleux est plus complexe. Le gouvernement fédéral avait fait valoir son droit constitutionnel sur les faillites en adoptant des lois sur l'insolvabilité dans les années 1860 et 1870 mais révoqua ces législations en 1880. À compter de cette date jusqu'à l'adoption de la *Loi de 1919 sur la faillite (LFI)*, il n'y eut aucune législation fédérale sur le sujet. Plusieurs provinces cherchèrent à occuper le vide en adoptant, entre autres, des lois légiférant contre les traitements préférentiels frauduleux. La plupart des juridictions canadiennes continuent aujourd'hui d'avoir des lois sur les traitements préférentiels frauduleux à côté de dispositions comparables dans la *LFI*. Les dispositions de la *LFI* sur les transactions révisables ont fait l'objet d'amendements réguliers. Toutefois, le droit provincial sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels a, depuis les années 1880, été négligé malgré au moins trois rapports^{vii} sur la réforme du droit ainsi que de nombreux textes et articles recommandant soit une réforme limitée soit une réforme radicale.

PROBLÈMES DANS LE DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX

[10] Dans mon livre, je définis les problèmes d'orientation fondamentaux du droit sur les transferts frauduleux. Ces problèmes expliquent en grande partie la confusion et l'incertitude dans le droit actuel et nécessiteront d'être affrontés par quiconque s'engagera dans un projet de réforme.

Il est clairement souhaitable qu'une personne insolvable ne devrait pouvoir mettre des actifs à l'abri des réclamations légitimes des créanciers en les cédant à un ami approprié. D'un autre côté, le droit permet à une personne investissant dans une entreprise à caractère risqué de protéger son patrimoine particulier des réclamations ultérieures en incorporant l'entreprise comme entité légale séparée. Dans quelle mesure un débiteur devrait-il conserver des actifs tout en laissant quelque chose à saisir aux futurs créanciers ? Peut-on et devrait-on faire une distinction entre les transferts frauduleux et innocents et le cas échéant, à quelle intention donner priorité ? Le droit ne peut donner une protection illimitée aux créanciers : l'acheteur de *bonne foi* des actifs d'un débiteur peut prétendre à être tenu indemne de risques imprévisibles. Où le droit devrait-il tracer la ligne entre la liberté de commerce et la sécurité du titre de l'acheteur d'un côté et les réclamations légitimes des créanciers de l'autre ?^{viii}

[11] Ceux qui ont étudié et écrit sur ce sujet du droit sont d'une critique unanime. Un correspondant m'a écrit :

Premièrement, une réforme est-elle souhaitable ? Je crois que les opinions sur cette question sont assez unanimes parmi ceux qui ont jeté un quelconque coup d'oeil à ce domaine. Le droit actuel est anachronique et inaccessible. Il devrait être remplacé par une législation moderne révisant et formulant de nouveau cet ensemble de droit.

Les textes et essais sur ce sujet du droit sont remplis de critiques quant à des règles confuses, des dispositions législatives redondantes, des décisions perplexes et contradictoires, des règles et des idées antiques et une orientation opaque. Les problèmes de transferts frauduleux et traitements préférentiels n'ont produit aucune décision juridique de grande portée imaginative. La vaste majorité des affaires en disent peu ou ne disent rien au sujet du droit, se contentant de simplement copier des passages de causes ayant fait jurisprudence. Les dossiers qui ont traité du

droit ont souvent causé plus de trouble que nécessaire.^{ix} Non sans surprise, les demandes affluent pour une réécriture entière du droit.

[12] Dans cette section, j'énumère certains des domaines où le droit sur les transferts frauduleux a soulevé des critiques. Je ne tente aucunement de documenter pleinement les nombreuses dispositions législatives et la jurisprudence pertinente. Le sujet est bien documenté.^x Je n'analyse pas longuement les enjeux et encore moins ne fais de suggestion. Cela est le travail du mémoire de consultation et du rapport final.

[13] **Qui peut contester ?** – Le Statut Elizabeth étendait les avantages de la législation aux « créanciers et autres » dont les réclamations pourraient être entravées ou retardées par la transaction contestée. Les lois canadiennes suivirent la formule anglaise avec des variations mineures. Les tribunaux développèrent une approche d'interprétation conservatrice qui donna la qualité nécessaire pour poursuivre des créanciers sur des jugements actuels, des demandeurs dont les réclamations se termineraient sans doute par un jugement, des créanciers garantis où leur sûreté était inadéquate à satisfaire leur réclamation^{xi} et certains créanciers futurs. Le droit est jurisprudentiel et révèle de substantielles ambiguïtés. On pourrait croire qu'après plus de 400 ans, la formule dans le Statut pourrait être remplacée par une règle identifiant clairement les demandeurs pouvant contester un transfert frauduleux.

[14] **Transfert** – On dit souvent du Statut qu'il a annulé des « transferts » bien que les tribunaux aient ratissé beaucoup plus large. Entre autres situations, il y eut des causes épineuses de renonciation à des successions.^{xii}

[15] **Biens** – Le transfert doit être d'un « bien ». Le terme est généralement interprété pour comprendre tout bien réel et personnel exigible, bien qu'il se trouve une discussion intéressante dans le livre de Springman sur l'inapplication du Statut pour exempter un bien.^{xiii}

[16] **Insolvabilité** – En droit, il n'est pas nécessaire d'établir qu'un débiteur était insolvable à la date du transfert frauduleux. Toutefois, comme l'ont observé le rapport du Comité sur l'analyse de la législation de l'Ontario ainsi que le livre de Springman, la preuve d'insolvabilité peut être d'une « importance essentielle ». Le rapport de la CRDCB propose que l'insolvabilité soit un ingrédient nécessaire pour entreprendre une action sur transfert frauduleux. Nous discutons ci-après de la définition de solvabilité.

[17] **Intention frauduleuse** – Quand le débiteur transfère un bien pour rien ou une considération minimale, les tribunaux exigent une preuve de l'intention frauduleuse du débiteur. L'exigence peut venir des origines du recours sur le transfert frauduleux dans le droit criminel. Quand la transaction est pour considération, le demandeur doit aussi établir que le cessionnaire était complice de l'intention du débiteur. Plusieurs problèmes en découlent.

1. Prouver l'intention – La racine du problème est de prouver l'intention du débiteur et du cessionnaire. Au cours des siècles, les tribunaux ont développé des aides pour les assister à faire cette preuve, comprenant les signes distinctifs de fraude, les présomptions contestables et incontestables de la loi ou d'un fait, les inférences, l'obligation dans certaines situations de corroborer la preuve et les règles concernant le déplacement du fardeau de la preuve probante. Les causes sont complexes et difficiles à faire concorder.
2. Abandonner l'intention comme exigence ? – Certains rédacteurs ainsi que des commissions de réforme du droit ont suggéré d'abandonner l'intention comme élément essentiel, au moins dans une situation de transaction volontaire. À sa place, ils proposent de créer une norme objective pour les transactions annulables quelle qu'eut été l'intention des parties. On dit parfois du critère qu'il considère l'effet de la transaction plutôt que l'intention des parties. Un tel changement forcerait les législateurs à décrire plus précisément les transactions qu'ils voient offensives plutôt que d'engager les tribunaux dans une recherche futile pour une traînée d'indices. Aucun organisme de réforme du droit n'est allé aussi loin que d'éliminer l'intention de tous les transferts frauduleux et traitements préférentiels.
3. Pourquoi l'intention du cessionnaire est-elle pertinente ? – Même si l'intention est conservée comme élément essentiel, pourquoi l'intention du cessionnaire est-elle si importante qu'elle doit être prouvée ? C'est une preuve efficace de démontrer que le débiteur et le cessionnaire ont convenu d'un stratagème frauduleux pour frauder les créanciers mais le droit ne devrait-il aller à l'étape suivante et exiger que l'intention du cessionnaire soit une nécessité fondamentale ?
4. L'intention dominante ? – Les débiteurs au seuil d'un désastre financier peuvent avoir plus d'une pensée à l'esprit. De quelle importance doit être l'intention frauduleuse ?
5. Deux classes ou trois ? – Le droit décrit ci-dessus crée une règle différente pour les transactions volontaires et les transactions appuyées d'une considération. Le rapport de la CRDCB fait valoir que la meilleure approche est d'identifier trois classes de transactions : (1) celle avec une considération nulle ou minimale, (2) celle avec une pleine considération, et (3) celles appuyées par une certaine considération quoique inadéquate. La CRDCB élabore différentes règles pour chacune des trois situations.

[18] **Les transactions pour considération doivent être à un cessionnaire de « bonne foi » sans connaissance de l'insolvabilité** – L'article 6 du Statut Elizabeth prévoit que le Statut ne s'étend pas à un transfert « pour considération valable et de bonne foi transféré ou opérant translation à quelque personne ou personnes... n'ayant pas... connaissance de telle fraude ou collusion. »^{xiv} Les exigences de bonne foi et l'absence de connaissance sont compliquées. Le Rapport du CRD de l'Ontario^{xv}, suivi du livre de Springman^{xvi}, note que l'exigence de bonne foi peut référer au débiteur ou au créancier-cessionnaire ou peut « signifier qu'il doit y avoir un transfert authentique de l'intérêt réel dans le bien impliqué dans la transaction du débiteur à son concessionnaire. »^{xvii} Chaque lecture présente des difficultés. L'exigence de la connaissance n'est pas plus claire dans le contexte de l'ensemble du Statut. Une réécriture est essentielle.

[19] **Nul ou annulable** – Le Statut Elizabeth, suivi par ses paraphrases canadiennes, décrit les transferts frauduleux comme nuls. Les tribunaux ont généralement lu (ou amendé) le langage législatif pour dire « annulable ». ^{xviii} L'amendement judiciaire devrait être incorporé dans une nouvelle loi, bien que la Conférence puisse se demander si l'on ne devrait y insérer plus de discrétion judiciaire en décrivant la transaction comme « révisable ».

[20] **Recours interlocutoires et finaux** – Les lois sur les transferts frauduleux sont généralement silencieuses sur les recours interlocutoires ou finaux. Les juges ont tenté de se bâtir un arsenal mais les causes sont contradictoires et diffuses. La législation pourrait traiter de plusieurs questions :

1. Un demandeur dans une action de transfert frauduleux peut-il user de recours avant jugement, d'actions conservatoires^{xix} ou d'ordonnances de conservation pour immobiliser le bien faisant l'objet de la poursuite ?
2. Quand le bien demeure entre les mains du cessionnaire qui l'a reçu du débiteur, que devrait pouvoir ordonner le tribunal (rétrocession au débiteur ? saisie dans les mains du cessionnaire ? autres recours ?) Dans une telle ordonnance, le tribunal devrait-il pouvoir accorder compensation au cessionnaire pour la perte du bien ? Le cas échéant, de qui ?
3. Quand peut-on retracer le bien dans les mains des cessionnaires ultérieurs ?
4. Le demandeur peut-il réaliser sur les produits de la vente originale par le débiteur ? Qu'en est-il du produit des reventes subséquentes ?

[21] « **Frauduleux** » ? – Nombre de transactions contestées en vertu de la législation sur les transferts frauduleux ne sont pas frauduleuses au sens dans lequel le terme est utilisé ailleurs dans la loi. Un autre terme pourrait être trouvé, p.ex., transactions révisables ou annulables.

PROBLÈMES DANS LA LOI SUR LES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS FRAUDULEUX

[22] Le conflit d'orientation sous-jacent aux lois sur les traitements préférentiels frauduleux est plus grave que dans les causes de transferts destinés à faire obstacle aux créanciers en général.

En common law, les créanciers n'avaient aucune responsabilité de partager les fruits de l'exécution également avec les autres créanciers et nous nous attendrions à ce que le paiement volontaire du débiteur à certains plutôt qu'à d'autres devrait également être acceptable. Toutefois, la politique du premier arrivé premier servi a été rejeté en faveur d'un partage *pari passu* dans les lois sur la faillite et, dans ce pays, pour une législation de mesures d'allègement pour les créanciers. Comme corollaire, les législatures canadiennes ont adopté des lois sur les traitements préférentiels frauduleux dont le but était de prohiber au moins certains transferts préférentiels indépendamment de la validité ou du mérite de la réclamation du créancier préféré. Les tribunaux se sont toutefois montrés plus hésitants à annuler le traitement préférentiel d'un créancier légitime qu'ils ne l'ont été face à un transfert destiné à faire obstacle à l'ensemble des créanciers.^{xx}

La législation est d'une qualité hésitante et sans enthousiasme qui se voit dans la création d'exceptions si grandes qu'elles en excluent la plupart des transactions, lesquelles seraient autrement prohibées. Les causes font preuve d'une hésitation similaire. Le résultat est un mélange de règles confuses et contradictoires.

[23] Comme ci-dessus, j'énumère certains domaines du droit sur les traitements préférentiels frauduleux qui peuvent être critiqués. Je ne mentionne pas de nouveau les enjeux communs aux transferts frauduleux et traitements préférentiels. Comme exemple, nous avons la difficulté de prouver l'intention ainsi que l'utilisation dans la législation du mot « nul » plutôt que annulable ou révisable.

[24] **Qui peut contester** – À la différence du Statut Elizabeth et des législations canadiennes qui l'ont remplacé, les lois sur les traitements préférentiels frauduleux ne peuvent être utilisées que par les « créanciers ». Le terme a été interprété de façon restrictive.

[25] **L'exigence de l'insolvabilité du débiteur** – À la différence des transferts frauduleux, les lois sur les traitements préférentiels frauduleux exigent que la transaction contestée en soit une « faite par une personne insolvable ou incapable de payer ses dettes en entier ou qui sait qu'elle est à la veille de la banqueroute. »^{xxi} Bien que la législation fixe trois alternatives, les tribunaux ont conclu qu'il n'y avait pas de différence réelle entre les deux premières. Les tribunaux ont soulevé plusieurs problèmes avec l'exigence de l'insolvabilité, aucun d'eux n'ayant été clairement résolu.

1. Certains juges distinguent « entre l'insolvabilité légale, *c.-à-dire*, ne pas avoir suffisamment de biens pour payer ses dettes s'ils sont vendus sous le régime d'un processus légal et l'insolvabilité commerciale, à savoir, ne pas avoir les moyens de payer et d'acquitter ses obligations commerciales au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles dans le cours ordinaire des affaires. »^{xxii} D'autres tribunaux ont résisté à la vente forcée comme méthode pour décider de la valeur des actifs.
2. Il y a une incertitude quant à savoir si la détermination de l'insolvabilité devrait tenir compte des actifs futurs et éventuels ainsi que des obligations contractuelles.^{xxiii}
3. Il serait sans doute possible de trouver une formule plus précise que « la veille de l'insolvabilité ».
4. « Dans certaines causes, les tribunaux ont été étrangement réticents à tirer des conclusions raisonnables de faits qui généralement indiquaient l'insolvabilité. »^{xxiv} Les problèmes de preuve et la norme qui sera appliquée par le tribunal créent une réelle incertitude pour les demandeurs.

[26] Les transactions qui ne sont pas contestées dans les 60 jours – Toutes les lois canadiennes sur les traitements préférentiels frauduleux font une distinction entre les transactions se produisant dans les 60 jours^{xxv} de l'attaque par un créancier ou une cession par le débiteur et les transactions se produisant au-delà de la limite de 60 jours. Quant à la dernière classe de cas, le demandeur doit établir que l'intention volontaire et dominante du débiteur était de préférer le créancier à qui le transfert est fait. Il y a beaucoup de droit sur les débiteurs avec différentes intentions qui ne satisfont pas le test légal. Le demandeur doit aussi prouver que le cessionnaire-crédancier (1) connaissait l'insolvabilité du débiteur au moment du transfert ou avait connaissance de faits qui aurait dû démontrer l'incapacité du débiteur de satisfaire à ses obligations et (2) participait à la fraude au sens où il / elle avait sciemment et volontairement accepté le traitement préférentiel par rapport aux autres créanciers.^{xxvi} Tout projet de réforme du droit devra demander :

1. Le test devrait-il être l'intention du débiteur ou la nature et l'effet de la transaction ?

2. Est-ce que la connaissance, la conduite ou la participation du cessionnaire-crédancier devrait être une considération pertinente ?^{xxvii} Si c'est le cas, il serait utile de dire si la connaissance par le créancier est suffisante ou si une certaine sorte de participation ou l'intention d'accepter le traitement préférentiel est nécessaire.

[27] **Les transactions contestées dans les 60 jours** – « Toutes les lois provinciales sur les traitements préférentiels comprennent des articles où la preuve de l'effet du traitement préférentiel du transfert et le début en temps opportun des procédures (typiquement, dans les 60 jours de la date du transfert contesté) déclencherait soit l'annulabilité ou une présomption à l'effet que le transfert s'est effectué avec l'intention requise. »^{xxviii} Le livre de Springman distingue deux types de dispositions. L'article ontarien ne prévoit qu'une disposition *prima facie* qui peut être réfutée par le défendeur en démontrant une intention autre que celle du traitement préférentiel. Springman mentionne aussi qu'une intention concurrente demeure une exigence comme c'est le cas pour l'insolvabilité. D'un autre côté, les articles de certaines provinces de l'Ouest stipulent que les transactions sont nulles si elles ont pour effet de préférer le cessionnaire-crédancier et que l'intention des parties au transfert n'est pas pertinente.

L'insolvabilité doit tout de même être prouvée. Cela soulève de nombreuses questions :

1. Devrait-il y avoir un article sur une présomption légale ? Quelles sont les circonstances qui déclencherait la présomption ? Est-ce que le droit devrait créer une présomption réfutable ou la règle devrait-elle être de simplement déclarer les transactions dont certaines caractéristiques les rendent annulables ?
2. L'intention du débiteur devrait-elle être nécessaire ? Est-ce que l'intention ou la conduite du cessionnaire devrait également être une exigence ?
3. Est-ce que la présomption légale devrait être remplacée par une distinction basée sur les transactions effectuées à distance et celles qui ne le sont pas comme le propose le rapport du CRD de l'Ontario ?^{xxix}
4. Si la présomption légale est retenue, une loi uniforme aura à faire un choix parmi les modèles disponibles. Un exemple sera la longueur de la période de temps.
5. Ces dispositions, comme les articles sur les transactions protégées, sont notamment mal rédigées. Le CRDCB dit de l'article pertinent de la C.B. qu'il est « sibyllin » et « illogique » et que « le langage actuel de la loi n'en permet pas une lecture rationnelle. »^{xxx} L'article demeure essentiellement inchangé aujourd'hui.

[28] **Transactions protégées** – Chaque loi sur les traitements préférentiels frauduleux comprend une liste de transactions qui ne peuvent être contestées même si de manière générale,

elles correspondent à celles qui sont interdites. Bien que la législation varie largement, les transactions suivantes sont souvent exemptées dans les articles :^{xxx}

1. Une vente ou un paiement fait de bonne foi dans le cours ordinaire du commerce ou du métier à un acheteur ou une personne innocente;
2. Le paiement d'une somme d'argent à un créancier;
3. Le transfert authentique d'un bien fait de bonne foi :
 - (1) en considération du paiement actuel d'une somme d'argent, ou
 - (2) sous forme de garantie pour l'avance actuelle d'une somme d'argent, ou
 - (3) effectué en considération d'une vente actuelle ou de la livraison d'un bien où l'argent payé ou le bien vendu ou livré porte une valeur relative juste et raisonnable pour ladite considération.

Les problèmes d'interprétation abondent.

1. Les références à la bonne foi et à l'innocence soulèvent la question à savoir si les exceptions ne sont pas redondantes. Un traitement préférentiel frauduleux est sans doute de mauvaise foi et non pas innocent. Si une telle transaction n'est pas un traitement préférentiel, qu'ajoutent les exceptions utilisant ces termes ?
2. Que signifient les mots « commerce ou métier » ? Ils ont été interprétés de façon restreinte dans les exemptions de la législation d'exécution.
3. L'exception pour le paiement d'une somme d'argent est-elle illimitée (auquel cas elle excepte la plupart des traitements préférentiels frauduleux) ou est-elle limitée par la condition exigeant une « valeur relative juste et raisonnable ». L'effet de la condition est problématique pour l'ensemble des exceptions. La rédaction varie d'un bout à l'autre du Canada.
4. De nombreuses exceptions se chevauchent.
5. Les exceptions concernant les garanties sur les biens personnels ont été rédigées une centaine d'année avant le *Personal Property Security Act*. Quelle est la relation entre les deux lois ?

[29] « **Frauduleux** »? – Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, bon nombre, sinon la plupart des traitements préférentiels frauduleux ne sont pas frauduleux et devrait être nommés de façon plus représentative de ce qui se passe, c.-à-dire, des traitements préférentiels révisables ou annulables.

[30] **Les dispositions sur les transferts frauduleux** – Les lois sur les transferts préférentiels frauduleux comprennent généralement une partie qui est un résumé de la législation sur les

transferts frauduleux. Ces articles n'ont rien à voir avec les lois sur les traitements préférentiels frauduleux, sont redondants et devraient être éliminés de toute loi uniforme.

[31] **Abroger la législation sur les traitements préférentiels frauduleux ?** – Sous-jacente aux questions à examiner ci-dessus se trouve la question fondamentale à savoir si les paiements ou transferts à des créanciers devraient être traités comme des transferts frauduleux et annulés. La Commission de réforme du droit de Colombie-Britannique a proposé dans son document de travail^{xxxii} l'abrogation de la législation sur les traitements préférentiels frauduleux mais, suite à la réception de plaintes, modifia sa recommandation dans le rapport final d'abroger la loi existante et de la remplacer par une législation moderne.^{xxxiii} L'abrogation demeure une recommandation possible pour la CHLC. Une proposition plus modeste est de considérer si les mêmes principes ou concepts peuvent être appliqués à chacun des transferts et traitement préférentiels frauduleux.

[32] **Déterminer l'orientation et réécrire la loi afin de représenter clairement cette orientation** – Même si une législation sur les traitements préférentiels frauduleux est retenue, les lois existantes sont complètement confuses, répétitives, illogiques et encore diffuses quant à l'orientation. La première étape est de décider quelle attitude devrait être prise par le droit envers les traitements préférentiels frauduleux et ensuite bâtir une législation représentant clairement et simplement cette orientation. Des amendements en mesures disparates ne seraient pas suffisants.

N'IMPORTE QUELLE COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DEVRAIT-ELLE ENTREPRENDRE LA RÉFORME DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS ?

[33] Dans cet article, je demande à savoir si la réforme du droit des transferts frauduleux et traitements préférentiels est un projet utile et nécessaire pour toute commission de réforme du droit. Ma conclusion est à l'effet que s'il existe une preuve claire de l'intérêt et du soutien du gouvernement et, dans une moindre mesure, des groupes professionnels pertinents, un tel projet de réforme est une bonne idée. Je ne considère pas ici à savoir si la CHLC devrait entreprendre ce projet. Cette question soulève des enjeux additionnels et difficiles dont je traiterai dans la dernière partie de ce document.

1. Arguments pour la réforme

[34] **La loi est cassée** – Jennifer Babe m'a demandé de répondre à la question à savoir si la loi est « cassée ». Je réponds qu'elle était cassée dès la rédaction du Statut Elizabeth. Comme un mauvais programme d'ordinateur, d'entrée de jeu la loi était défectueuse et aucune somme de correctifs ne pourrait remédier aux confusions fondamentales, problèmes logiques, articles redondants, à l'orientation diffuse et à la mauvaise rédaction. Les lois existantes devraient être abrogées et remplacées par une nouvelle législation. Les commentaires de rédacteurs et de réformateurs du droit ainsi que la rétroaction à ce point soutiennent cette conclusion.

[35] **L'état de cassure du droit affecte la pratique et les affaires** – Les problèmes légaux mentionnés ci-dessus compliquent le travail des avocats plaidants et des juges se colletant aux dossiers de transactions révisables. Les syndicats de faillite et professionnels autres que les membres de la profession juridique préféreraient une législation d'emblée plus compréhensible que le Statut Elizabeth ou les imitations canadiennes. La loi rend plus difficile le travail des procureurs donnant des opinions sur la vulnérabilité potentielle de transactions à être mise de côté comme transferts frauduleux ou traitements préférentiels. Le problème du procureur est compliqué par des pièges éthiques en avisant ses clients sur ce que peuvent être des transactions évitables.^{xxxiv} Les difficultés éthiques et légales peuvent être facilitées en quelque sorte si le droit est rendu plus cohérent, logique et compréhensible.

[36] **Le texte législatif est archaïque** – Certaines provinces comme l'Alberta n'ont pas contourné le Statut Elizabeth pour rédiger une version comme législation provinciale. Il y a de

sérieux problèmes à se fier à une vieille loi impériale : la difficulté d'amendement, le langage archaïque, le fait que l'intention de la loi à l'origine était de créer un crime et non pas une cause pour action civile. Bien que les lois sur les cessions et traitements préférentiels et transferts frauduleux soient comparativement modernes, datant de la fin du XIX^e siècle, elles furent rédigées de manière confuse et hésitante laissant un doute réel sur ce qu'était l'intention des rédacteurs. Ces confusions demeurent intactes dans la législation moderne.

[37] **Des bourses d'études pour la recherche et la réforme existent** – Au moins trois commissions de réforme du droit ou ministères gouvernementaux ont récemment proposé la réforme du droit sur les transactions révisables. Leurs rapports étudiés et bien documentés seront d'une grande aide aux rédacteurs de tout nouveau rapport. Le chercheur bénéficiera également de la loi américaine *Uniform Fraudulent Transfer Act*^{xxxv} ainsi que de l'importante documentation érudite canadienne rédigée au cours des vingt-cinq dernières années.

[38] **Les avocats et syndics veulent une législation pour renverser *Ramgotra*** – Les avocats et syndics de faillite sont actuellement intéressés dans la réforme d'aspects restreints du droit sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels. Durant la dernière année, j'ai discuté avec des avocats et des syndics des propositions de l'Alberta Law Reform Institute pour l'exemption des régimes d'assurance-revenu en cas d'invalidité. Lors de ces conversations, les praticiens critiquèrent de leur plein gré la décision *Ramgotra* de la Cour Suprême du Canada,^{xxxvi} plus particulièrement son interprétation des dispositions des règlements de la *LFI*. Je n'ai pas entendu de mécontentement général avec la loi provinciale sur les transactions révisables. Je solliciterai les sections nationale et provinciales pertinentes de l'Association du Barreau canadien et en ferai part à l'assemblée du mois d'août.

[39] **Les avocats et syndics ont en aversion les coûts, les délais et l'incertitude des procédures** – Une autre critique entendue des avocats et syndics avait moins à voir avec le principe et davantage avec le coût des procédures, les délais et l'incertitude des résultats. Deux syndics m'ont déclaré qu'ils avaient refusé de recommander des procédures en vertu des législations provinciale ou fédérale sur les transactions révisables parce qu'ils ne pouvaient être assurés de ce qui se produirait et craignaient d'avoir à en payer les coûts plutôt que d'en réaliser les actifs pour la succession. Ces avocats et syndics ont souvent exprimé leur soutien pour la recommandation de la Personal Insolvency Task Force^{xxxvii} à l'effet que même si les REER sont exempts de la faillite, ils devraient être sujets à une récupération fiscale de trois ans des contributions à tels régimes.^{xxxviii} Une telle récupération, selon les mots de la commission

d'études devrait « être une acquisition irréfragable : cela signifie qu'elle ne dépendrait d'aucun test de fraude ou de détermination judiciaire. »^{xxxix} En d'autres mots, le droit sur les transactions révisables possède tellement de failles qu'il devrait être remplacé par un transfert mécanique au syndic de toutes sommes d'argents payées dans les trois ans de la faillite, indépendamment de l'état des finances du failli et encore moins de son intention. Les préoccupations au sujet des coûts, des délais et de l'incertitude sont importantes dans tout projet de réforme bien qu'il soit douteux que toute discussion de principe sur le droit des transactions révisables aille aussi loin que ces critiques semblent le vouloir.

2. Arguments contre la réforme

[40] **Le droit s'est établi sur des décisions juridiques de centaines d'années** – Les arguments pour la réforme exagèrent l'importance de la législation. Le Statut Elizabeth n'a servi que de prétexte à un ensemble de droit jurisprudentiel qui s'est perfectionné au cours des siècles. Il est important que les règles légales gouvernant les affaires litigieuses commerciales et sur les biens soient fixées, plus particulièrement du fait que les procédures sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels visent à perturber la propriété en privant les cessionnaires de biens que, dans la plupart des cas, ils ont achetés et payés. Le danger de réécrire des centaines d'années de jurisprudence est que cela créera de nouveaux problèmes ou en ressuscitera d'anciens qui avaient été vus et surmontés par les juges durant la longue histoire du droit.

[41] On pourrait répondre que la législation a créé certains problèmes qui pourraient être résolus par une modification législative. La formule « créanciers et autres » a gêné le droit depuis son inclusion dans le Statut Elizabeth. Assurément, nous pouvons faire mieux. Quant à l'inviolabilité de la jurisprudence, nous serions tenté de citer le réputé aphorisme du juge Holmes : « Il est révoltant de n'avoir de meilleure justification pour une règle que le fait qu'elle ait été édictée du temps d'Henri IV. »^{x1} Bien que des règles établies soient importantes, il est également important qu'elles soient équitables, compréhensibles et motivées, qualités faisant défaut dans le présent droit.

[42] **Dans la plupart des cas, le droit est clair et sans controverse** – La plupart des causes de transferts frauduleux et traitements préférentiels reposent sur des faits et le droit consiste en des citations de paragraphes passe-partout d'arrêts-clé. Dans la plupart des poursuites, le droit est clair et n'est pas sujet à controverse; il s'exerce bien et ne peut être décrit comme « cassé » Le problème réel est l'incertitude inhérente à la recherche des faits, un point litigieux plus vaste que ce projet. Cet argument tient pour acquis que les faits qu'il faut trouver, p.ex., l'intention du débiteur et du cessionnaire, sont des exigences raisonnables. Si nous remplaçons les exigences de l'intention avec des règles se concentrant sur l'effet de la transaction, l'exercice de la recherche de faits peut s'en trouver facilité. L'argument se concentre sur la procédure et ignore complètement les difficultés en donnant des opinions ou conseillant les clients sur la légalité d'une transaction particulière.

[43] **Les juges et praticiens semblent disposés à accepter le droit avec toutes ses failles connues** – Mon examen de la jurisprudence pour la deuxième édition de mon livre ne m'a pas

laissé avec l'impression que les juges étaient anxieux face à l'état décrépit du droit. Pour trouver une critique judiciaire sérieuse des règles, nous devons reculer d'une centaine d'années à une série de causes canadiennes attaquant la facilité avec laquelle la doctrine de pression pouvait être utilisée par un créancier pour défendre une action de traitement préférentiel frauduleux. Dans plusieurs juridictions, la pression a été soit éliminée ou affaiblie comme défense par l'un des rares amendements substantiels du XXI^e siècle à la législation sur les traitements préférentiels frauduleux. La profession peut être troublée par des causes comme *Ramgotra* mais autrement, elle est neutre en ce qui a trait à la réforme.

[44] Cet argument, s'il est véridique, crée un réel problème pour la CHLC laquelle, comme tous les organismes de réforme du droit, doit sélectionner ses projets avec soin. D'un autre côté, le rôle de tels organismes est en partie d'alerter la profession aux problèmes du droit et de solliciter le soutien du barreau et du tribunal pour demander avec insistance une réforme du droit. Ils ont un rôle limité de leadership. Mon sondage des sections secondaires de l'Association du Barreau canadien entre le moment de la rédaction de ce document et le mois d'août pourra nous aider à jauger l'intérêt du Barreau à ce propos.

[45] **Restreindre le projet de réforme du droit à des cas difficiles comme *Ramgotra*** – Si les praticiens sont généralement satisfaits avec le droit sauf pour les causes comme *Ramgotra*, la meilleure voie est de créer un projet de réforme limité à ces cas problèmes. Une étude ainsi limitée sera plus rapide et plus économique et répondra aux secteurs spécifiques de préoccupations.

[46] Quatre commentaires peuvent être faits.

1. Cette critique considère que la profession est satisfaite avec le droit dans son état actuel. Il n'est pas clair que cette évaluation soit exacte.
2. Nous avons déjà documenté les confusions, redondances et archaïsmes dans le droit actuel. Si cette critique est acceptée, alors la solution est d'attaquer le problème généralement, en incluant des cas difficiles comme *Ramgotra* dans l'étude.
3. Le troisième point est que *Ramgotra* est un dossier sur *La loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la plupart des vives critiques que j'ai entendues visaient cette loi. La réforme de la *LFI* devrait prendre place ailleurs.
4. Dans des provinces comme l'Alberta, le droit sur les transferts frauduleux sera difficile à amender à moins de rapatrier le Statut Elizabeth. Cette activité nécessite la réécriture du Statut de deux façons : (1) le langage devra être actualisé et (2) les idées dans le Statut, au

même titre que quatre siècles d'exposition judiciaire, nécessiteront d'être révisées et articulées dans une forme logique. Édicter une loi provinciale sur les transferts frauduleux comporte une réflexion sur ce que sont les transferts frauduleux et comment nous voulons les voir traiter par le droit moderne. Une telle étude est plus vaste que *Ramgotra*.

[47] **Un rapport sur la réforme des transactions révisables risque d'être controversé** – Ici, comme ailleurs, les problèmes d'orientation sont complexes et les opinions peuvent varier. Par exemple, l'approche des syndicats de faillite en ce qui a trait aux transactions révisables peut être différente de celle des avocats. Les syndicats peuvent vouloir un processus simple, traitable et hors de doute alors que les avocats insisteront à ce que des questions comme l'intention, l'insolvabilité ou l'effet de la transaction contestée soient traitées et décidées même si le résultat est incertain en soi. Tout projet de réforme sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels ne plaira à chacun et importunera des groupes importants qui peuvent et feront connaître leurs opinions. La réponse est à l'effet que tout projet de réforme digne du temps de la CHLC sera selon toute probabilité controversé. L'objectif de proposer un meilleur droit l'emporte sur le danger des divergences d'opinions.

[48] **Les gouvernements sont neutres** – Dans mes discussions avec Jennifer Babe et Tony Hoffmann, il fut décidé que je ne sonderais pas l'intérêt gouvernemental. La réflexion était que les gouvernements seraient représentés à l'assemblée d'août de la CHLC et qu'ils pourraient exprimer leurs opinions à ce moment. Les témoignages que je possède suggèrent que les gouvernements ne sont pas particulièrement captivés par la réforme sur le droit des transactions révisables. Le Nouveau-Brunswick, l'Ontario et la Colombie-Britannique n'ont apparemment rien fait avec les rapports fouillés et sérieux sur la réforme du droit qui leur ont été présentés dans les trente dernières années. D'autres gouvernements sont demeurés silencieux de la même façon. À mon avis, il y a là une sérieuse objection à un projet de réforme du droit sur les transactions révisables. Il devrait y avoir un témoignage clair de l'intérêt et de la volonté du gouvernement à considérer favorablement les résultats d'un tel projet avant que la CHLC n'y gaspille du temps, des ressources et de l'énergie à s'acharner inutilement.

3. Conclusion

[49] Il y a peu de doutes que le droit sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels soit en mauvais état. Ce dont nous avons besoin, c'est d'une réforme approfondie par une loi qui articulerait l'orientation fondamentale, abrogerait la vieille législation et résoudrait les

ambiguïtés. Si l'état du droit était tout ce que nous aurions à considérer, il serait aisé de recommander à toute commission de réforme du droit de mettre les transactions révisables en tête de liste sur leurs projets de réforme.

[50] Toutefois, les professions pertinentes ne demandent apparemment pas une réforme en gros autant qu'un rafistolage de décisions particulières. Le mieux que l'on puisse dire des gouvernements au moment d'écrire ces lignes, c'est qu'ils sont neutres sur le sujet. À mon avis, une commission de réforme du droit devrait hésiter longtemps avant de s'investir dans un projet sans une certaine démonstration de l'intérêt professionnel et gouvernemental. Les commissions de réforme du droit ont besoin de projets qui sont intéressants pour le gouvernement ou qui mettent en œuvre la correction d'injustices fondamentales et évidentes.^{xli} Si nous n'avons pas ces témoignages à l'effet que le rapport sur la réforme du droit sera lu et mis à exécution, je douterais que la CHLC ou tout autre organisme de réforme doive essayer de nouveau là où deux commissions de réforme du droit et un ministère gouvernemental ont failli.

LA CHLC DEVRAIT-ELLE ENTREPRENDRE CE PROJET ?

[51] Dans le dernier article, j'ai exprimé un soutien marqué pour une commission canadienne de réforme du droit entreprenant la réforme du droit des transferts frauduleux et traitements préférentiels. Dans cette dernière partie du document, je demande si la CHLC devrait entreprendre ce projet.

1. Arguments en faveur

[52] **La loi est cassée** – Dans la partie précédente, j'ai argumenté à l'effet que le droit est un fouillis et devrait être entièrement réécrit. C'est là la raison sérieuse pour que la CHLC entreprenne le travail.

[53] **Le droit peut être déterminé par une législation uniforme** – Il ne s'agit pas d'un domaine où différentes juridictions ont rendu des décisions profondes sur les différences historiques, politiques ou économiques. Il y a des variations parmi les lois actuelles mais les buts abstraits sont passablement les mêmes. La National Commissioners on Uniform State Laws^{xlii} a développé une législation uniforme aux États-Unis et elle, ou sa prédécesseure,^{xliii} a été acceptée dans quarante-trois États.

[54] **Le projet ferait progresser le but de la stratégie du droit commercial** – Le but de la stratégie du droit commercial fixé sur le site web de la CHLC est « de moderniser et d'harmoniser le droit commercial au Canada avec en vue, la création d'un plan d'ensemble du droit législatif commercial qui facilitera les affaires au Canada... » Le projet des transactions révisables s'insère parfaitement dans ce programme. Les affaires se font au-delà des frontières provinciales et il serait utile pour les avocats avisant sur des litiges potentiels ou des conseillers juridiques donnant des opinions sur des transactions proposées de savoir que le droit est plus ou moins le même partout au pays. À ce jour, la législation varie de province en province et les juges ont développé différentes approches à l'interprétation de cette législation. Ces différences créent des obstacles artificiels et inutiles à la prise de décision. Une législation uniforme ferait beaucoup en retirant ces obstacles.

[55] Un expert-conseil était incertain quant au besoin d'une législation uniforme sur les transactions révisables. Il a fait valoir que le droit trouvait son application après le fait et qu'il avait tendance à être formé par les litiges. « Ce n'est pas l'un de ces domaines où les gens

d'affaires souhaitent préparer de la documentation légale pour usage national... » Il a convenu qu'il y avait des exceptions telle une entreprise cherchant à disposer d'un actif national. Il a souligné que l'uniformité pourrait diminuer le choix des arguments légaux. Sur l'ensemble, il en est venu à favoriser une législation uniforme. Il a fait remarquer que nous avons déjà un modèle uniforme dans la *LFI*.

2. Arguments contre

[56] **Un intérêt et un soutien actif du gouvernement et des professions pertinentes sont essentiels** – J'ai discuté plus tôt du fait que, sans la démonstration d'un intérêt et du soutien de plusieurs gouvernements et des professions touchées, ce projet ne devrait pas être entrepris. Cet argument s'applique à toute décision de la CHLC. La nécessité d'un soutien actif du Barreau et autres professions et groupes d'affaires touchés signifie qu'une consultation à grande échelle sera nécessaire non seulement pour recueillir les idées et opinions mais aussi pour bâtir un consensus. Un expert-conseil a fait valoir que les gouvernements pourraient être davantage intéressés à réformer le droit sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels si la réforme était regroupée dans « un ensemble plus vaste de réforme du droit commercial et de l'exécution forcée ». Une possibilité serait de la présenter comme partie d'un projet permanent sur l'exécution forcée des jugements d'exécution de paiement.

[57] **Le droit est complexe et difficile et encore beaucoup de travail sera nécessaire** – Dans les siècles suivant la création du Statut Elizabeth, le droit sur les transferts frauduleux est devenu complexe, filandreur et confus. Bien que la législation sur les traitements préférentiels frauduleux possède une plus courte histoire, elle est peut-être encore plus confuse et incompatible que le Statut. Les complexités légales correspondent à des problèmes factuels et d'orientation réels et importants. Tout projet sur les transactions révisables nécessitera beaucoup de travaux préliminaires pour comprendre le présent droit, mais encore moins que les questions techniques et les enjeux sur l'orientation pour lesquels on devra prendre des décisions.

[58] **Tout rapport et projet de loi produits par la CHLC sera long et complexe** – Il ne s'agit pas d'un domaine où une solution simple fera l'affaire. Dans l'hypothèse où la CHLC n'opte pas pour l'abrogation, notre rapport devra décider, entre autres choses, qui peut s'objecter aux transferts, quelles transactions sont contestables, quelle intention est requise et comment la prouver, quelle preuve de l'effet néfaste de la transaction est pertinente et suffisante, qu'est-ce que l'insolvabilité et quels sont les recours disponibles et appropriés. Ces problèmes sont incontournables; le rapport et la législation doivent en traiter.

[59] **La CHLC ne peut adopter un rapport de réforme du droit ou une législation uniforme existant** – Il est tentant pour la CHLC de tout simplement adopter un rapport existant sur la réforme du droit ou l'*American Uniform Fraudulent Transfer Act*, d'effectuer des changements mineurs et de la revendiquer en propre. Cette tentation devrait être rejetée pour

plusieurs raisons. Le projet de loi de la CHLC doit s'adresser à l'ensemble des juridictions canadiennes et être utile à leurs différents milieux juridiques. Même si la CHLC veut adopter, disons, le rapport de la CRDCB, elle doit travailler sur toutes les questions examinées dans le rapport, ainsi que tout autre sujet qui se sera présenté à nous et être convaincu à chaque étape que la C.-B. en soit venue au bon résultat. L'adoption du projet de loi américain est dangereuse à cause de la grande différence du monde juridique dans lequel il a été élaboré. Il ne semble y avoir aucun raccourci permettant à la CHLC d'effectuer le difficile travail de maîtriser tous les enjeux et d'en arriver à une réponse raisonnée pour l'ensemble.

[60] **Les différences dans le droit des différentes provinces doivent être résolues** – Alors que les provinces de common law tirent leur droit sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels de leurs racines anglaises identiques, le droit de différentes juridictions a divergé. Par exemple, les lois sur les traitements préférentiels frauduleux dans l'Ouest du Canada sont plus généreuses envers le créancier que la législation équivalente en Ontario. Dans une loi uniforme, ces différences légales et d'orientation doivent être résolues.

[61] **Rendre la loi uniforme applicable et utile au Québec nécessite un travail substantiel** – Si l'uniformité signifie ce qu'elle veut dire, une législation doit être rédigée d'une manière acceptable et traitable au Québec ainsi que dans le Canada anglais. Cela signifie que la recherche et la réflexion dont nous faisons part précédemment doivent aussi être effectuées au sujet du droit québécois. Puis, un effort doit être fait pour trouver une base d'idées et d'orientations communes trouvant son expression dans une législation uniforme acceptable au Canada anglais et au Canada français. La difficulté de cette entreprise ne devrait pas être mésestimée et est mise en évidence par le caractère intensément anglais de ce document. Un rapport vraiment national doit expliquer ce qu'est aujourd'hui le droit québécois et comment une législation uniforme améliorerait les recours existants dans cette province. Tout cela doit être écrit en des termes qui sont utiles ou à tout le moins reconnaissables aux avocats québécois.

LE TRAVAIL QU'IMPLIQUE LE PROJET NE DEVRAIT PAS ÊTRE MÉSESTIMÉ

[62] Pour effectuer le travail mentionné ci-dessus, beaucoup de temps et de travail seront nécessaires. Je détaille ci-dessous certains de ces éléments.

[63] **Chercheurs** – Dû à la complexité des questions juridiques et politiques et au volume de rédaction, deux chercheurs seront nécessaires, l'un pour travailler sur les provinces de common

law et l'autre sur le droit québécois. Chacun devra examiner les législations pertinentes, les causes, la doctrine juridique secondaire, les conférences pédagogiques permanentes sur le droit, les rapports de réforme du droit et certains matériels comparatifs et internationaux. Les législations des différentes provinces diffèrent; les chercheurs ne peuvent prendre pour acquis que la jurisprudence d'une juridiction les renseigne sur quoi que ce soit au sujet du droit ailleurs. La recherche doit être complète et sérieuse pour que le rapport et les recommandations en résultant puissent convaincre ses lecteurs. Une fois la recherche effectuée, elle doit être analysée et réfléchie. Les documents de réforme du droit nécessitent d'être lus très soigneusement comme modèles éventuels. Les deux chercheurs devront discuter de leurs découvertes respectives afin de voir s'il y a un quelconque terrain d'entente pour une législation uniforme qui peut s'appliquer au Québec et aux provinces de common law. L'objectif est d'avoir les deux conseillers juridiques convenir d'un rapport final ou à tout le moins de s'entendre sur des recommandations séparées pour le Québec et les autres provinces avec le maximum de chevauchement possible.

[64] **Consultation** – La consultation est essentielle pour en apprendre davantage au sujet de ce domaine complexe du droit, pour essayer des idées d'orientation et parvenir à un consensus pour la réforme. La consultation peut prendre la forme d'articles dans des journaux professionnels, des notes sur les sites web de la CHLC et de l'ABC, d'annonces, de courriels et ainsi de suite mais, un certain contact personnel est nécessaire. Mon récent travail pour l'Alberta Law Reform Institute a grandement bénéficié de conversations que j'ai eues avec des avocats d'Edmonton et de Calgary, des pourparlers aux sections secondaires de l'ABC et de la rétroaction en résultant ainsi que d'autres contacts personnels. Si ce modèle est accepté, quelques voyages restreints seront nécessaires.

[65] **Consultation avec le gouvernement fédéral** – La *LFI* possède aussi des dispositions sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels. La *LFI* est actuellement sous révision par le surintendant du Service des faillites. Il serait utile de consulter avec le bureau du surintendant à savoir si des modifications sur les articles des transactions révisables sont envisagées. En tout état de cause, des experts-conseils ont fait remarquer que l'harmonisation des dispositions fédérales et provinciales sur les transactions révisables comportait des avantages.

[66] **Mémoire de consultation** – Après la recherche, l'analyse et une consultation restreinte, les chercheurs devraient rédiger un mémoire de consultation pour diffusion générale. Le rapport devrait être révisé et approuvé par la Conférence. Le mémoire devrait soulever des questions et des alternatives mais ne devrait pas suggérer que la CHLC a pris des décisions sur les réponses.

[67] **Analyse des réponses au mémoire de consultation et rédaction du rapport final** – À partir du moment où les réponses auront été lues et réfléchies et que les chercheurs auront effectué toute recherche et consultation additionnelles, ils seront en position de rédiger un rapport final. De nouveau, le rapport devrait être révisé et approuvé par la Conférence.

[68] **Projet de loi** – Idéalement, le rapport devrait être accompagné par le projet de loi. Si cela se révèle difficile, alors les deux pourront être séparés. Le projet de loi devrait résulter de discussions entre les chercheurs et le rédacteur, ce qui peut mener à des modifications au projet ainsi qu’au rapport final.

[69] **Gestion** – Les chercheurs auront besoin de quelqu’un pour gérer leur travail. L’Alberta Law Reform Institute crée un comité de gestion, dont certains sont membres du Conseil. Le comité de gestion peut approuver le mémoire de consultation avant publication ainsi que le projet de rapport final. La version finale du rapport devrait être approuvée par la Conférence. La fonction du comité de gestion est de gérer, non d’effectuer la recherche ou la rédaction.

[70] **Comité consultatif - groupe de travail** – En plus du comité de gestion, l’Alberta Law Reform Institute utilise des comités consultatifs composés d’avocats et d’autres personnes averties. Ils peuvent donner un coup de main avec la substance du projet quoique la recherche, la consultation et la rédaction seront effectuées par les chercheurs. Il peut y avoir plus d’un comité consultatif situé dans différentes juridictions.

[71] **Le projet tel que décrit prendra un minimum de trois ans à compléter** – Dans l’hypothèse où la proposition était approuvée par cette assemblée, on pourrait prévoir l’échéancier suivant :

2004 – 2005	Les chercheurs effectuent la recherche et la consultation; le comité de gestion ou la Conférence approuve le mémoire de consultation.
2005 – 2006	Le mémoire de consultation est publié et diffusé; les commentaires sont reçus et examinés, le rapport final est rédigé et approuvé par le comité de gestion et la Conférence.
2006 – 2007	Le rapport final et la législation uniforme sont rédigés et publiés.

[72] **Le budget pour le projet sera important** – Un expert-conseil ayant pris note de l’envergure de l’entreprise a indiqué la nécessité d’un « soutien financier important ». Il a

déclaré qu'il soutiendrait « un projet bien fondé sur deux ou trois ans ». J'inscris ci-dessous les principaux postes dans un budget pour ce projet.

[73] **Paie des chercheurs** – La question principale est à savoir si la CHLC peut et devrait payer les chercheurs pour effectuer le travail important et nécessaire mentionné ci-dessus. Le poste pour le salaire sera important. Les chercheurs se pencheront l'équivalent de plusieurs mois sur la recherche, la consultation et la rédaction. Il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce genre d'engagement en temps et en travail pour rien. Bien que des volontaires puissent être trouvés, ils seront moins souples envers la gestion serrée et les révisions fréquentes.

[74] **Paie du rédacteur** – Si le rédacteur est payé, le poste doit être compris dans le budget.

[75] **Paie pour l'assistant-chercheur, le/la secrétaire et le personnel de bureau** – Un assistant-chercheur n'est sans doute pas utile mais un soutien de bureau et administratif sera nécessaire pour la production de lettres, documents, photocopies, organisations de réunions et ainsi de suite. Ce travail peut être fait en partie par le bureau de la CHLC mais il s'agit toujours d'un coût pour la CHLC.

[76] **Dépenses de voyage des chercheurs** – Les voyages seront nécessaires pour la consultation, les réunions avec les comités (à moins d'être faites par téléphone ou vidéoconférence) et la Conférence. Les deux chercheurs peuvent devoir se rencontrer.

[77] **Autres éléments**

1. Les comités consultatifs et de gestion – Certaines dépenses pour voyages ou vidéoconférence sont à prévoir.
2. Achat de fournitures, livres, photocopies, etc.
3. Publication du mémoire de consultation, du rapport final et de la législation uniforme – Le coût devrait être compris dans le coût d'ensemble du projet.

RECOMMANDATION

[78] Ma conclusion est à l'effet que la CHLC devrait faire un rapport et une législation uniforme sur le droit des transferts frauduleux et traitements préférentiels si deux conditions sont satisfaites :

1. La CHLC devrait s'assurer avant le début de l'étude que certains gouvernements provinciaux et territoriaux sont effectivement intéressés à considérer les résultats de notre étude. Il doit y avoir évidence que le soutien du gouvernement et dans une moindre mesure celui des professions pertinentes nous est acquis.
2. La CHLC devrait convenir d'un budget et d'un échéancier adéquats pour l'accomplissement de la recherche détaillée, de la consultation et de la rédaction susmentionnées. L'étude doit être fondée sur une recherche et une consultation solide ou personne ne sera convaincu.

[79] Si ces obstacles peuvent être écartés avant que ne débute le projet, la CHLC pourra alors l'entreprendre. Autrement, elle devrait passer à d'autres projets.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

1. L'étude qui suit se limite au droit canadien anglais et ne tente aucunement de décrire le droit québécois. La création d'une législation uniforme qui sera convenable au Québec soulève des problèmes particuliers dont il est question plus loin. Pour un traitement bref de l'action paulienne, voir Roderick A. MacDonald, « Privileges and Other Preferences upon Moveable Property in Quebec: Their Impact upon the Rights and Recourses of Execution Creditors » dans M.A. Springman et Eric Gertner, éd. *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine* (Toronto, Butterworths, 1985), p. 255 et p. 269-271. Je possède un bref mémoire de Frédérique Sabourin que le bureau de la CHLC peut souhaiter distribuer.

Le *Fraudulent Conveyances Act, 1571* (13 Eliz. 1), c. 5, habituellement nommé le Statut Elizabeth. Voir C.R.B. Dunlop, *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2e éd. (Toronto, Carswell, 1995) p. 593-595 [livre de Dunlop].

Commission de réforme du droit de Colombie-Britannique, *Report on Fraudulent Conveyances and Preferences* (LRC 94) (Vancouver, La Commission, 1988) à vii [Rapport CRDCB].

Supra note 2.

Kerr sur *Law of Fraud and Mistake* (7^e éd. 1952), p. 394; *Re Wilcoxon, Ex parte Griffith* (1883), 23 Ch. D. 69 à 74 (C.A.).

R.C.S. 1985, c. B-3.

Rapport CRDCB, *supra note 3*; Karl Dore et Robert Kerr, *Third Report of the Consumer Protection Project: Legal Remedies of the Unsecured Creditor after Judgment* (Fredericton : Gouvernement du Nouveau-Brunswick, 1976) [Rapport NB]; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Enforcement of Judgment Debts and Related Matters*, Partie 4 (Toronto : ministère du procureur général de l'Ontario, 1983) de 125 à 247 [CRD de l'Ontario].

Livre de Dunlop, *supra note 2* à 592.

Les causes sur l'intention frauduleuse sont de bons exemples. Voir *Freeman v. Pope* (1870), 5 Ch. App. 538; *Re Wise; Ex parte Mercer* (1886), 17 Q.B.D. 290 (C.A.). Il y a des exceptions. Voir, p. ex., *Mandryk v. Merko* (1971), 19 D.L.R. (3^e) 238 (Man. C.A.).

Le texte principal est de M.A. Springman, George R. Stewart, J.J. Morrison et Michael J. MacNaughton, *Fraudulent Conveyances and Preferences*, feuilles mobiles (Toronto, Carswell, 2002) [Livre de Springman]. Voir aussi le livre de Dunlop, *supra note 2*, c. 18; Robert W. Kerr, « Fraudulent Conveyances and Unjust Preferences », dans M.A. Springman et Eric Gertner, éd. *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine* (Toronto, Butterworths, 1985) de 191 à 253. Il y a trois rapports utiles sur la réforme du droit. Voir *supra note 7*.

Quoique cf. livre de Springman, *supra note 10* de 12-8.6 à 12-13.

E.g., *Sembaliuk v. Sembaliuk* (1984) 15 D.L.R. (4e) 303 (Alta. C.A.). Voir le livre de Springman, *supra note 10*, de 8-14 à 8-32.

Livre de Springman, *supra note 10* de 8-1 à 8-14.

Ndt : dans le texte anglais, l'auteur utilise le terme « covin » et donne cette précision : « covin » est défini dans P.G. Osborn, *A Concise Law Dictionary* 4e éd. (London: Sweet & Maxwell, 1954) à 103 comme « un assentiment secret déterminé dans le cœur de deux personnes ou plus pour frauder et causer préjudice à un autre(Coke). » J.B. Sykes, éd., *The Concise Oxford Dictionary* 7^e éd. (Oxford, Clarendon Press, 1982) à 219 définit le mot avec plus de concision comme « fraude, déception » ou en droit « conspiration, collusion » et le décrit comme archaïque. De la façon utilisée dans le Statut, il est également redondant.

CRD de l'Ontario, *supra* note 7 de 137 à 139.

Livre de Springman, *supra* note 10 de 14-1 à 14-15; 14-29 à 14-39.

Rapport NB, *supra* note 7 à 125, cité dans CRD de l'Ontario, *supra* note 7 à 139.

Il existe une jurisprudence abondante quoique le mot « nul » puisse être lu plus littéralement dans *Ramgotra (Trustee of) v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 3 W.W.R. 457 (S.C.C.) [*Ramgotra*]. Si la proposition de *Ramgotra* signifie que de telles transactions sont nulles, la nécessité d'une réforme est urgente. Déclarer ces transactions nulles crée des conséquences automatiques, mécaniques et inacceptables et retire tout contrôle et discrétion judiciaire.

Le recours est nommé d'après l'une des premières décisions de la Cour d'Appel anglaise qui inventa le procédé. Voir *Mareva Campania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A.*, [1980] 1 ALL E.R. 213 (C.A.).

Livre de Dunlop, *supra* note 2 à 592.

Assignments and Preferences Act, R.S.O. 1990, c. A.33, s.4(1). Les autres juridictions canadiennes avec des législations sur les traitements préférentiels frauduleux ont habituellement copié cette formule.

Livre de Dunlop, *supra* note 2 à 628.

Livre de Springman, *supra* note 10 de 9-9 à 9-12.

Livre de Springman, *supra* note 10 à 9-13.

La période de temps est plus longue dans les législations de l'ouest du Canada.

Certains tribunaux n'ont pas requis la preuve de l'intention ou de la conduite du cessionnaire et l'Île-du-Prince-Édouard a aboli la nécessité de prouver l'intention concurrente. Voir *Frauds on creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, s. 2(5).

La nécessité de prouver la participation du cessionnaire n'est pas partie de la législation mais a été ajoutée par les tribunaux.

Livre de Springman, *supra* note 10 à 18-12.

CRD de l'Ontario, *supra* note 7 de 226 à 227, 242 à 243.

Rapport CRDCB, *supra* note 3 de 45 à 46.

Je suis ici l'organisation du livre de Springman, *supra* note 10 à c.19.

Commission de réforme du droit de Colombie-Britannique, *Working Paper No. 53: Fraudulent Conveyances and Preferences* (Vancouver, La Commission, 1986) de 101 à 108.

Rapport CRDCB, *supra* note 3 de 86 à 92.

Voir ex. dans le livre de Springman, *supra* note 10, c. 2.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1984. The Uniform Act, ou sa prédécesseure, la *Uniform Fraudulent Conveyance Act* de 1918 a été adoptée par 43 États. On peut consulter la loi sur le site web de la NCCUSL: <<http://www.nccusl.org/nccusl/DesktopDefault.aspx>>.

Supra note 18. La décision de *Ramgotra* est à l'effet que quand le débiteur a transféré le bien d'un REER exigible à un FERR exempt et a nommé son épouse bénéficiaire, il a exécuté un règlement selon la *LFI* a.91 mais que le syndic n'avait plus accès au FERR puisqu'il était exempté en vertu de l'a. 67 de la *LFI*, pris ensemble avec les exemptions de la *Saskatchewan Insurance Act*. Le tribunal suggère fortement que les créanciers peuvent contester de tels transferts en vertu de la législation provinciale sur les transferts frauduleux et traitements préférentiels. Ces *dicta* sont troublants comme énoncé de droit et comme politique. Cette question devrait être expressément traitée dans toute législation uniforme.

Le surintendant du Service des faillites a créé une commission d'étude en 2000 pour considérer les modifications à la *LFI*. La commission a remis son rapport deux ans plus tard. Voir commission d'étude sur les faillites personnelles, *Rapport final* (Ottawa, Industrie Canada, 2002) de 17 à 23 (Commission d'étude ou Rapport de la commission d'étude).

Les recommandations de la commission d'étude ont été approuvées avec les modifications par le comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport *Debtors and creditors Sharing the Burden: A review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangement Act* (Ottawa, le Comité, 2003) de 24 à 29. Le comité a accepté l'idée de la récupération fiscale mais réduirait la période à une (1) année.

Rapport de la commission d'étude, *supra* note 37 à 23.

Oliver Wendell Holmes jr., *Collected legal papers*, p.187; cité dans *Introduction to Jurisprudence* de Lord Lloyd of Hampstead, 4^e éd. (London, Stevens & Sons, 1979) à 453.

L'exemption des plans de revenus futurs des recours des créanciers est un exemple du traitement injuste de plans similaires tout en étant un projet d'intérêt particulier considérable pour la société.

Voir *Uniform Fraudulent Transfer Act*, *supra* note 35.

Uniform Fraudulent Conveyance Act de 1918, *supra* note 35.

