

Projet de réforme du droit des transferts frauduleux et des traitements préférentiels

Présenté à la réunion annuelle de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada
Edmonton, Alberta

Août 2006

par Tamara M. Buckwold

Professeuse à la faculté de droit de l'Université de l'Alberta

Introduction

La question de la réforme du droit des transferts frauduleux et des traitements préférentiels a été étudiée de manière approfondie par de nombreux individus et organes d'experts, qui sont tous d'avis que ce domaine du droit devrait et pourrait être remanié au moyen de l'adoption d'une législation moderne au niveau provincial et territorial. Étant donné que l'on trouve déjà un nombre significatif d'études portant sur les questions de nature politique et doctrinale que soulève ce domaine du droit et que l'apport d'une nouvelle étude menée sur le sujet serait limité, ce projet devrait donc avoir pour objectif d'élaborer un projet de loi uniforme.

Processus

Le processus envisagé pour ce projet se décomposerait en quatre étapes principales : (1) la recherche, (2) l'élaboration d'un document de travail, (3) la consultation et (4) le rapport final, comprenant le projet de loi uniforme. Dans ce contexte, on doit se poser trois questions fondamentales :

1. Comment devrait-on définir la portée de l'étape de la recherche?

L'étude de faisabilité réalisée par Richard Dunlop en 2004 pour le compte de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (la « Conférence »), tout comme d'autres écrits traitant du sujet des transferts frauduleux et des traitements préférentiels, souligne combien cette branche du droit se compose d'une législation relativement éparse, revêtue d'un lourd miasme de décisions jurisprudentielles souvent imprécises et parfois contradictoires. Cela soulève la question de savoir quelle doit-être l'étendue de la recherche jurisprudentielle à entreprendre au soutien de l'élaboration des recommandations. Devrait-on déployer un important effort pour essayer de définir le droit en vigueur dans chaque province ou territoire, tel qu'il est représenté par l'interprétation et l'application judiciaires de la législation existante ? Ou le but de la recherche devrait-il être d'identifier les questions et les politiques soulevées par les dispositions législatives en vigueur et la jurisprudence actuelle en vue d'aider à élaborer une législation appropriée et efficace ? Si cette dernière possibilité est retenue, on se fierait largement aux recherches et synthèses qui sont déjà disponibles dans les textes et études existants. Ces éléments de documentation comportent autant d'études exhaustives portant sur les précédents jurisprudentiels faisant autorité que de commentaires critiques sur nos régimes législatifs actuels. À mon avis, tandis qu'une étude de cas peut s'avérer nécessaire en vue d'identifier et d'élaborer les critères de doctrine et de politique, qui

doivent être pris en considération, une recherche jurisprudentielle approfondie constituerait un effort trop coûteux en termes de temps et serait de surcroît inutile. Selon cette approche, le plan de recherche examinerait la documentation suivante :

Canada

- Le droit canadien de source législative, y compris les dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.
- Les rapports écrits par des organismes canadiens de réforme du droit, des groupes de travail gouvernementaux ou des organismes équivalents, ou rédigés à leur demande.
- Les sources complémentaires : les textes, les articles de revues juridiques et autres commentaires.
- La jurisprudence : suivant les besoins pour mettre à jour la documentation précédente et étudier des questions et politiques déterminées. *Autres pays : le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis.*

- Dispositions législatives pertinentes

- Les rapports écrits par des organismes canadiens de réforme du droit, des groupes de travail gouvernementaux ou des organismes équivalents, ou rédigés à leur demande.
- Les sources complémentaires : les textes, articles de revues juridiques et autres commentaires.

2. *Le projet peut-il et devrait-il être à caractère bijuridique ?*

La rédaction d'un projet de loi uniforme qui est adapté au régime tout particulier du Québec est un objectif qui en vaut la peine, dans la mesure où le besoin d'une réforme se fait sentir dans cette province ou que l'on y manifeste un intérêt potentiel pour une harmonisation à l'échelle nationale. En supposant que l'une ou l'autre de ces deux conditions, voire les deux, sont réunies, la rédaction d'un rapport et d'un projet de loi uniforme qui s'appliquerait tant au Québec qu'aux provinces de *common law*, nécessite que le droit québécois soit pris en compte. Cependant, le respect d'une telle exigence est sérieusement contesté par (a) l'expertise et les connaissances linguistiques limitées du responsable du projet et (b) le calendrier et le budget alloués à ce projet, et l'utilité de mettre en place une législation qui fait la jonction avec la réforme de la Loi sur l'exécution des jugements représentée, entre autres, par la Loi uniforme sur l'exécution forcée des jugements ordonnant paiement de la CHLC. Il est à noter que la Loi uniforme sur l'exécution forcée des jugements ordonnant paiement est issue de la tradition de la *common law* canadienne tant du point de vue de son concept que de celui de sa procédure.

L'orientation de la Conférence est recherchée quant à l'importance d'une démarche bi-juridique dans ce projet. Si une telle approche est retenue, les limitations identifiées aux points (a) et (b) ci-dessus écartent la possibilité d'une étude approfondie en matière de recherche sur le droit québécois, sans le recrutement d'un deuxième chercheur spécialisé,

avec les dépenses et les retards qui en découlent. Cela étant, existe-t-il un autre moyen d'intégrer les éléments provenant du droit québécois dans ce processus? La solution que je propose serait que de telles réflexions soient apportées à des points clés, de manière réactive, par une ou deux personnes possédant l'expertise appropriée, peut-être un professeur d'université travaillant dans ce domaine et un praticien confirmé. Ces suggestions pourraient être obtenues de la manière suivante :

- i. Étape de la recherche : Suite à l'élaboration du rapport de recherche, les experts du Québec seraient appelés à présenter leurs observations et leurs réactions en indiquant dans quelle mesure les questions et politiques identifiées se rapportant au droit des provinces de common law sont communes à celles du Québec. L'étape de recherche déboucherait par conséquent sur un rapport principal identifiant les questions et les politiques qui s'appliquent en dehors du Québec, complétée d'un document complémentaire ou d'un addenda soulignant la position corrélative de cette province à ce sujet.
- ii. Étape du document de travail : Avant le lancement de cette phase du projet, le responsable du projet et les experts du Québec se concerteraient avec le directeur de la Stratégie du droit commercial et le directeur général de la Conférence afin de déterminer si le document de consultation devrait être élaboré de manière à ce qu'un projet de loi pertinent sur le plan bi-juridique soit préparé. Si la conclusion s'avère affirmative, l'élaboration du document de travail se déroulerait d'une manière analogue à celle qui a prévalu pour le rapport de recherche, c'est-à-dire que le document de travail serait rédigé par le responsable du projet, suivi des remarques et réactions des experts du Québec, en indiquant les éléments additionnels ou contradictoires qui devraient être pris en compte si le processus de consultation et le projet de loi uniforme devraient être étendus au Québec. La phase du document de travail devrait déboucher sur un document de travail principal identifiant les démarches alternatives relatives aux questions et aux politiques concernant l'extérieur du Québec, complété par un document complémentaire exposant les considérations propres au Québec.
- iii. La phase de consultation : Avant de démarrer cette étape, le responsable du projet et les experts du Québec se concerteraient avec le directeur de la Stratégie du droit commercial et le directeur général de la Conférence afin de déterminer si le processus de consultation devrait s'étendre au Québec en vue de donner naissance à un à un projet de loi bi-juridique approprié. Si la conclusion s'avère affirmative, le Québec serait appelé à présenter ses observations au sein du groupe de travail qui a entrepris la phase de consultation. Les recommandations issues de la phase de consultation identifieront, dans la mesure du possible, les considérations particulières au Québec.
- iv. Projet de loi uniforme : le responsable du projet préparerait une ébauche de travail de la loi, à partir des recommandations reçues au cours de l'étape de la consultation. Le groupe de travail réuni en vue de la phase de consultation

procéderaient à l'examen du projet de rédaction, qui ferait l'objet d'autant de modifications que nécessaire avant de parvenir à un projet final.

3. *Comment devrait-on aborder l'étape de la consultation?*

Les membres du groupe de travail répondent, dans une moindre mesure, aux besoins de la consultation. Le groupe aurait pour principale mission de collaborer avec le responsable du projet en vue d'élaborer des documents et des procédures de consultation. Cela donnerait lieu à l'identification des questions qui devraient faire l'objet de la consultation, et pourrait impliquer l'élaboration de recommandations provisoires en vue d'obtenir une réponse. Il est par conséquent tout à fait souhaitable que le groupe de travail soit composé de personnes représentatives de diverses régions et de différents points de vue, dans la mesure où ce travail entraîne implicitement la prise de décisions préliminaires.

Tandis que des consultations doivent être engagées avec les parties intéressées, l'expérience passée donne à penser que le groupe des personnes susceptibles d'y prendre part est selon toute probabilité relativement petit. En outre, bien qu'il y ait à n'en pas douter un certain nombre d'intérêts concurrents et de politiques possibles dont il faut tenir compte, il s'agit dans une large mesure de « légalisme ». Selon moi, un processus de consultation crédible ne devrait pas par conséquent donner lieu à des mesures trop détaillées ou trop coûteuses. Les techniques de communication par Internet tels que l'envoi de messages adéquatement ciblés ou les enquêtes sur le Web permettent une large consultation avec les groupes ou les personnes potentiellement intéressées pour un coût modeste. Des mesures de ce type pourraient être mises en œuvre en ayant recours au soutien technique mis à la disposition de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (comme cela a été le cas pour la consultation entreprise par le groupe de travail sur la réforme du droit des transactions garanties en 2002-2003). Des consultations complémentaires pourraient être entreprises par le responsable de projet et les membres du groupe de travail au moyen de discussions plus approfondies tenues avec des personnes identifiées, dans une large mesure par voie électronique et par téléphone. Il convient de souligner que l'interface entre le droit provincial et les règles fédérales en matière de dispositions et de traitement préférentiel de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* nécessitent que le processus de consultation comprenne les représentants compétents du gouvernement fédéral.

La contribution de membres de la Conférence afin d'identifier les membres possibles du groupe de travail et les participants-clés potentiels au stade du processus de consultation serait appréciée.

Remarques d'ordre budgétaire

Les principaux coûts nécessités pour mener à bien ce projet sont i) le salaire devant être payé à un étudiant agissant comme assistant à la recherche, ii) les dépenses du groupe de travail et iii) les dépenses liées au processus de consultation. Je souhaite faire les remarques suivantes au sujet de chacune de ces dépenses :

- i. L'emploi d'un étudiant pendant une période de deux à quatre mois devrait suffire.
- ii. Les réunions du groupe de travail pourraient être tenues essentiellement, si ce n'est exclusivement, par voie de conférences téléphoniques, en supprimant de cette manière les coûts engendrés par les réunions en face-à-face. Par rapport au travail du groupe de travail sur l'exécution des jugements en matière civile et du groupe de travail sur la réforme du droit des transactions garanties, l'objet de cette étude est d'une portée plus restreinte et la durée nécessaire pour la tenue des réunions est, d'après moi, proportionnellement et significativement moindre.
- iii. Les consultations pourraient être menées en grande partie, si ce n'est dans leur intégralité, au moyen de communications électroniques et par téléphone.

Dans la mesure où mes activités de responsable de projet peuvent s'inscrire dans mon calendrier de recherche universitaire, je ne m'attends pas à être rémunéré pour celles-ci.