

# Réforme transferts frauduleux et les traitements préférentiels 2007

## SECTION CIVILE

### PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

(Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels)

Rapport d'étape présenté par Tamara M. Buckwold, Faculté de droit,

Université de l'Alberta, Edmonton AB

Veillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont peut-être pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants. Veillez consulter les résolutions concernant ce thème qui ont été adoptées par la Conférence lors de la réunion annuelle.

Charlottetown, Île-du-Prince-Édouard, Septembre 2007

### CONTEXTE ET TRAVAUX RÉALISÉS JUSQU'À MAINTENANT

[1] Lors de sa réunion annuelle de 2005, la Conférence a approuvé un projet de réforme des lois provinciales et territoriales sur les transferts frauduleux et les traitements préférentiels à la suite d'une offre de financement de la Law Reform Commission of Saskatchewan. La stratégie liée au projet que l'auteur a proposé a été endossée dans le cadre de la réunion annuelle de 2006, et la diffusion aux membres de la Conférence de l'introduction et de la partie I du document de travail envisagé constitue le premier pas vers sa mise en œuvre.

[2] Bien que l'expression unitaire que constitue « transferts frauduleux et traitements préférentiels » soit usuelle, l'objet de la présente étude porte en réalité sur les deux sujets distincts mais interdépendants que sont les transferts frauduleux et les traitements préférentiels. L'introduction et la partie I du document de travail présente ce thème conjoint et aborde la question des transferts frauduleux [1]. La partie II, qui est en cours de préparation, porte quant à elle sur les traitements préférentiels. On prévoit que la partie II devrait être terminée à la fin de 2007.

### OBJET DE RÉFORME

[3] Le thème conjoint que constitue le droit relatif aux transferts frauduleux et aux traitements préférentiels veut que l'un et l'autre sujet découle de circonstances où un débiteur traite ses biens d'une manière qui fait obstruction ou échec au droit de l'un ou de plusieurs de ses créanciers d'obtenir satisfaction en ayant l'usage des biens. Un transfert frauduleux, tel qu'il a été défini traditionnellement, consiste pour le débiteur à transférer des biens auxquels ses créanciers auraient normalement eu accès dans le but de les mettre hors de portée. Les parties lésées sont dans ce cas les créanciers qui auraient pu bénéficier des produits accordés dans le cadre de mesures d'exécution d'un

jugement en vertu desquelles les biens auraient pu être saisis, n'eût été de leur transfert au cessionnaire. Quant au traitement préférentiel, il s'agit d'un transfert de biens par un débiteur à l'un ou l'autre de ses créanciers dans l'intention de satisfaire ce créancier au détriment des autres, lesquels, n'eût été du transfert, auraient pu réclamer une partie des biens pour satisfaire leurs demandes. Dans cet exemple, les parties lésées constituent ces créanciers, dont la capacité de recouvrement est diminuée par la perte de leur part proportionnelle dans les biens, quote-part qui aurait pu être réalisée dans le cadre de mesures d'exécution d'un jugement [2].

[4] Ce qui distingue principalement les transferts frauduleux des traitements préférentiels est le caractère de la partie dont les intérêts entrent en concurrence avec ceux du ou des créanciers lésés. Dans le cas du transfert frauduleux, il s'agit d'une personne qui a reçu des biens d'un débiteur à titre entièrement ou partiellement gratuit, que ce soit par don ou moyennant une contrepartie dont la valeur est considérablement moindre que la valeur des biens reçus. Dans le cas d'un traitement préférentiel, il s'agit d'un créancier qui a tout juste reçu la somme qui lui était due en toute légitimité, mais dont la conséquence de l'opération fait en sorte que les autres créanciers recevront une part moindre que ce qu'ils auraient dû recevoir en réalité. Les facteurs pertinents en vue de déterminer s'il est nécessaire de protéger un cessionnaire à titre gratuit contre des créanciers qui contestent une opération différeront de façon appréciable de ceux qui permettent de déterminer s'il faut protéger également un créancier qui recouvre les sommes qui lui sont dues.

[5] Le thème qui unit les transferts frauduleux aux traitements préférentiels signifie que certaines des questions stratégiques et techniques devant être abordées sont les mêmes dans les deux cas. Cependant, la définition des droits du créancier à l'encontre de tiers cessionnaires soulève des questions distinctes de celles qui concernent les droits des créanciers entre eux. Par conséquent, bien que l'objectif du présent projet soit de créer un seul et unique projet de loi régissant les deux types d'opérations, l'atteinte de cet objectif suppose l'intégration de deux corpus liés mais distincts à la fois.

[6] Avant de décrire plus amplement le projet, il nous faut dire un mot sur la terminologie employée. Bien que les généralisations dans ce domaine du droit soient invariablement sujettes à des exceptions, on peut raisonnablement affirmer que le fondement principal sur lequel les créanciers peuvent contester à l'heure actuelle une opération selon l'une ou l'autre de ces branches du droit repose sur l'intention du débiteur de faire échec à ses créanciers, qu'il s'agisse d'un créancier en particulier ou de l'ensemble de ceux-ci. Par conséquent, le type d'opération qui donne lieu à un recours est désignée comme étant une opération «frauduleuse» en ce qu'elle a pour but de frustrer les créanciers et par conséquent, de les frauder. Le fait que l'opération ait pour effet de faire échec ou obstruction à la capacité de recouvrement des créanciers n'a pas été reconnu historiquement comme étant un motif de contestation suffisant en l'absence d'une intention frauduleuse. Cependant, la pensée moderne sur les opérations de ce type et certains systèmes de droit modernes se sont éloignés de cette position.

[7] Un certain nombre de commentateurs et certains organes législatifs ont adopté le point de vue que le droit devrait se préoccuper davantage de l'effet réel que peuvent avoir sur les créanciers les opérations d'un débiteur concernant ses biens, plutôt que de se demander si l'intention du débiteur est de porter atteinte à leurs droits. Sous réserve de certaines qualifications, les créanciers devraient, selon cette approche, bénéficier d'un recours si l'effet de l'opération est de diminuer l'ensemble des actifs qui seraient autrement disponibles pour faire droit à leurs réclamations. La terminologie employée relativement aux opérations de ce type a évolué pour tenir compte de ce virage et pour

correspondre avec plus d'exactitude à la gamme complète des opérations qui peuvent être assujetties aux dispositions légales.

[8] Dans le contexte de ce qui a été désigné jusqu'à maintenant comme étant des transferts frauduleux, le préjudice qui en découle est que le débiteur s'est engagé dans une opération où une valeur lui est accordée sans qu'il y ait réciprocité, et dont le résultat est que la valeur nette de l'ensemble des biens exigibles dont pourraient disposer les créanciers est réduite. Le terme utilisé dans le cadre du document de travail pour ce type d'opération est «opérations sous-évaluées». Le terme s'apparente à des termes différents que d'autres utilisent dans ce même contexte. Ainsi, bien que le titre général du document renvoie à des transferts frauduleux, la partie I s'intitule «opérations sous-évaluées».

[9] Dans le cadre de ce que l'on appelle traditionnellement des traitements préférentiels, le préjudice subi réside dans le fait qu'un créancier bénéficie d'un traitement préférentiel en ce que l'opération le met dans une position de récupérer une plus grande part de biens que les autres. Le terme utilisé dans le document de travail pour décrire ce type d'opération, là encore pour tenir compte de la terminologie utilisée par d'autres, est « transferts préférentiels », dont traite la partie II.

## LE DOCUMENT DE TRAVAIL – INTRODUCTION ET PARTIE I: OPÉRATIONS SOUSÉVALUÉES

[10] Un document de travail qui traite des opérations sous-évaluées (transferts frauduleux) a été remis à la Conférence et, en date du présent écrit, est en instance de traduction. Le document comporte trois volets principaux, chacun avec un certain nombre de sous-divisions. Ces trois volets sont les suivants:

A. Résumé du droit actuel

B. Considérations de principe dans la réglementation des opérations sous- évaluées

C. Questions en litige

Chacune de ces composantes est brièvement décrite ci-dessous sous son titre respectif.

A. Résumé du droit actuel

[11] Le droit dans ce domaine tire son origine du Statut Élizabeth, parfois appelé la Fraudulent Conveyances Act, une loi anglaise promulguée en 1571 qui est encore en vigueur de nos jours dans les territoires de common law au Canada, que ce soit à titre de droit établi ou encore par la remise en vigueur par voie législative de ses dispositions essentielles. La plupart des juridictions ont également adopté des lois distinctes qui régissent ce type d'opérations, souvent au même titre que les traitements préférentiels. Dans de nombreuses juridictions (mais pas toutes), cette loi est souvent intitulée Loi sur les traitements préférentiels, malgré le fait qu'elle s'applique tout autant aux transferts frauduleux qu'aux traitements préférentiels. Lorsque de telles lois provinciales sont en vigueur, les créanciers ont le loisir de contester une opération soit en vertu du Statut Élizabeth ou de la loi provinciale, en faisant valoir qu'il y a eu transfert frauduleux.

[12] En vertu du Statut Élizabeth et des lois provinciales, les créanciers peuvent contester un transfert de biens par un débiteur en faisant valoir qu'il avait l'intention de frauder ses créanciers, une

violation dont la nature abominable est saisie par le préambule du Statut Élizabeth. L'objet de la Loi se lit comme suit:

[Traduction]

Pour l'évitement et l'abolition de [transferts de bien-fonds et biens personnels] faits avec malice, fraude, collusion, duperie ou supercherie [dans l'intention de retarder, d'entraver ou de frauder les créanciers et autres [de leurs justes et licites réclamations] portant atteinte non seulement au cours normal de la Loi et de la justice, mais renversant également tous les plans, marchés et gains véritables et simples [intervenues] entre homme et homme, à défaut de quoi aucun État ou société civile ne peut être maintenu ou continué.

[13] Les lois provinciales exigent également la preuve que le débiteur était insolvable ou sur le point de le devenir au moment de l'opération en question. Bien que le Statut Élizabeth n'impose pas une telle exigence, la preuve de l'insolvabilité soulèvera une présomption réfutable ou irréfutable d'une intention frauduleuse, selon la position judiciaire adoptée.

[14] Bien que les problèmes associés à la preuve de l'état d'esprit frauduleux du débiteur soient assez importants, il existe en vertu des lois provinciales et territoriales actuelles un problème encore plus épineux, qui consiste à savoir si un créancier plaignant peut également faire la preuve qu'un cessionnaire, qui a donné une certaine considération contre les biens, connaissait l'intention coupable du débiteur ou en était complice. Selon les dispositions législatives en jeu et l'interprétation adoptée par les tribunaux, il se peut qu'aucun redressement ne soit accordé à moins que le créancier requérant puisse prouver ce qui est convenu d'appeler une « double intention » de faire obstacle aux créanciers.

[15] Le tableau se complique davantage par le fait que, si le débiteur fait éventuellement faillite, les dispositions de la loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité (LFI) qui régit les opérations portant atteinte aux droits des créanciers non garantis entrent en jeu. Les dispositions applicables sont celles qui régissent ce que l'on appelle les règlements et les transactions révisables. De toute évidence, la question de savoir si le débiteur a eu ou non l'intention de faire obstacle à ses créanciers n'est pas directement pertinente dans l'un ou l'autre contexte. Le but de la Loi dans sa forme actuelle est de retirer de fait l'ensemble des biens accessibles au syndic de faillite pour satisfaire les réclamations des créanciers. Cependant, les modifications qui sont actuellement examinées par le Parlement et qui font partie de la loi C-47 (anciennement, le projet de loi C-55) [3] introduiraient un critère lié à l'intention dans certaines circonstances, selon la relation des parties à l'opération entre elles.

[16] Il convient également de noter qu'un syndic de faillite peut contester une opération qui ne va pas à l'encontre des dispositions de la LFI en ayant recours à la loi provinciale[4]. Pour cette raison parmi tant d'autres, l'harmonisation du droit fédéral et provincial dans ce domaine vaut la peine d'être réalisée, bien que cet objectif soit quasi-inatteignable étant donné les nombreuses difficultés de longue date que soulève la réforme de la loi fédérale sur la faillite.

## B. Considérations de principe dans la réglementation des opérations sous-évaluées

[17] Le document de travail suppose que la confusion et l'incertitude qui règnent actuellement dans la loi régissant les opérations sous-évaluées découlent en grande partie du défaut d'avoir jeté les bases d'une politique claire et cohérente. La question fondamentale mais non la seule qui doit être soulevée à cet égard dans le cadre du processus de réforme est de savoir si les fondements d'une intervention dans la liberté du débiteur de traiter ses biens et ses services commerciaux devraient reposer sur

l'intention qui accompagne une opération donnée. Le document de travail identifie les principes qui sous-tendent les différents systèmes de loi régissant les opérations qui portent atteinte aux droits des créanciers à l'appui d'une formulation de réponse à cette question et aux autres qui s'y rattachent dans le cadre d'une loi renouvelée.

[18] La législation plus moderne adoptée dans d'autres juridictions, plus précisément aux États-Unis et au Royaume-Uni, abandonne l'idée de tenir compte de l'intention du débiteur comme principal fondement pour accorder un recours au créancier. L'objectif stratégique fondamental qui sous-tend ces systèmes est de remettre aux créanciers la valeur des biens qu'ils ont perdus par suite d'une opération dans le cadre de laquelle un débiteur insolvable a diminué la valeur de l'ensemble des biens qui auraient été autrement disponibles pour satisfaire leurs réclamations.

[19] Bien que cette politique puisse être acceptée comme étant l'objectif fondamental de la réforme de la législation canadienne, elle ne peut être appliquée à l'exclusion d'autres politiques importantes, notamment, en ce qui a trait à la protection de ceux qui ont affaire à un débiteur, malgré le fait que les opérations visées puissent porter atteinte aux droits des créanciers. La nécessité de satisfaire les intérêts légitimes des personnes, qui, dans un souci de simplicité, se font appeler des cessionnaires, provient du fait que tout recours accordé sera un recours contre eux. Une opération contraire à la loi actuelle est inopposable aux créanciers lésés, ce qui signifie que le cessionnaire perdra ce qu'il a acquis auprès du débiteur au profit des créanciers. Cependant, les lois modernes prévoient un régime de redressement plus souple. Il est par conséquent possible de tenir compte dans la législation d'une politique visant à protéger les cessionnaires, qui pourrait prendre la forme d'un moyen de défense ou d'un recours.

[20] Bien que l'idée de passer d'une cause d'action fondée sur l'intention à un critère objectif semble très attrayante, le document de travail soulève d'autres considérations de principe qui devront être examinées dans le cadre du processus de réforme, y compris l'éventuelle pertinence de retenir comme critères l'intention frauduleuse du débiteur et la connaissance du cessionnaire de l'intention du débiteur ou des circonstances qui s'appliquent à celui-ci. Quelle que soit la bonne combinaison de mesures, les politiques adoptées doivent être clairement comprises et mises en œuvre au moyen de mesures législatives qui produisent des résultats prévisibles, cohérents et possibles de défendre. Un effort de réforme qui ne repose pas sur des choix bien établis en matière de politique conduira à des résultats insatisfaisants.

### C. Questions en litige

[21] Le document de travail présente une liste exhaustive des questions précises qui doivent être tranchées dans le cadre de l'élaboration d'une réforme législative, lesquelles se divisent en cinq catégories:

1. Les opérations visées par la loi
2. Qualité pour agir: qui peut faire une demande de redressement en vertu de la loi ?
3. Motifs de recours (base légale pour contester l'opération)
4. Moyens de défense et protection des tiers
5. Recours

Ces questions et la discussion sur les autres approches possibles quant à leur résolution découlent en grande partie d'une étude des propositions existantes en vue d'une réforme dans ce domaine et d'un examen des régimes législatifs en vigueur dans les systèmes juridiques connexes, notamment ceux du Royaume-Uni, de l'Australie et des États-Unis.

[22] Le document de travail est conçu dans le but de fournir au groupe de travail un cadre qui les aidera dans l'élaboration d'une réforme législative. Par conséquent, il ne fait aucune recommandation particulière relativement aux questions soulevées, étant d'avis que ces recommandations devraient plutôt être produites par le groupe de travail lui-même. Cependant, les avantages et les inconvénients liés à chacune des solutions de rechange sont précisés.

## PROCHAINES ÉTAPES

[23] Les prochaines étapes dans le cadre du présent projet sont (a) l'achèvement de la partie II du document de travail qui porte sur les transferts préférentiels, (b) le dépôt d'un rapport complémentaire qui traite du droit applicable au Québec et (c) l'établissement d'un groupe de travail en vue de mener à terme le projet. Chacun des points susmentionnés est applicable aux observations suivantes.

### (a) Partie II du rapport: les transferts préférentiels

[24] Comme nous l'avons indiqué auparavant, l'achèvement du présent projet dans son intégralité suppose l'élaboration d'une seule et unique loi régissant à la fois les opérations sous-évaluées et les transferts préférentiels. Toutefois, il se peut que le groupe de travail entreprenne ses travaux en se fondant sur la partie I du rapport et en y ajoutant la partie II à son ordre du jour au fur et à mesure que ses travaux progressent. Compte tenu de la possibilité que la partie II ait été complétée avant la fin de 2007, cela ne retardera pas l'avancement du projet.

### (b) Rapport sur le droit applicable au Québec

[25] Lors de sa réunion annuelle de 2006, la Conférence avait confirmé la nécessité d'intégrer dans le présent projet la démarche bijuridique qu'elle se proposait d'adopter dans le cadre de la réforme, bien qu'il ait été reconnu que l'inclusion de dispositions régissant les opérations de ce type dans le Code civil du Québec ne fait pas percevoir le besoin de modifier la loi dans cette province. Néanmoins, l'harmonisation éventuelle à l'échelle nationale devrait se réaliser dans la mesure où elle est possible dans le cadre du processus de réforme. À la lumière des restrictions budgétaires du projet, de son échéancier et des connaissances dont dispose le responsable du projet par rapport au droit québécois, il a été décidé que l'intégration de la perspective québécoise pouvait se faire de façon adéquate par le recrutement d'une personne ayant l'expertise appropriée en vue de préparer un rapport complémentaire au document de travail principal. Ce rapport fournirait une vue d'ensemble de la manière dont les questions qui ont été soulevées dans le cadre du document de travail sont traitées dans la loi québécoise, tout en déterminant les questions qui pourraient nécessiter une réforme législative et en évaluant possiblement la mesure dans laquelle les propositions de réforme qui découlent du projet sont applicables au Québec. La participation de l'auteur du présent rapport à titre de membre ou de consultante au sein du groupe de travail serait désirable mais non essentielle. Les commentaires des représentants de la Conférence quant à la désignation et au recrutement d'une personne apte à rédiger un tel rapport et à se joindre éventuellement au groupe de travail seront recueillis lors de la réunion de Charlottetown.

(c) Le groupe de travail

[26] Ayant participé aux groupes de travail sur l'exécution forcée des jugements civils et sur la réforme du droit des transactions garanties de la Conférence, j'ai accepté de présider le groupe de travail qui sera mis sur pied pour mener à terme ce projet. Les membres de la Conférence seront appelés à aider à identifier et à recruter les personnes qui pourraient garnir les rangs du groupe de travail. Deux personnes ont déjà manifesté leur intérêt et, avec l'appui de la Conférence, elles seront rencontrées par la présidente.

[27] Sous réserve des directives émises par la Conférence et de sa propre décision, le groupe de travail se penchera sur le document de travail et sur le rapport complémentaire en vue :

- d'identifier les questions en matière de stratégie et d'approche qui exigent la consultation des professionnels du droit et autres parties intéressées,
- de concevoir un processus de consultation approprié, y compris un document de consultation,
- d'identifier les questions en matière de stratégie et d'approche que soulèvent l'élaboration de la loi,
- de rédiger une loi uniforme.

FOOTNOTES

[1] L'introduction et la partie I comprend 86 pages, y compris les notes de fin, et ne comprend pas les annexes.

[2] Étant donné qu'en vertu des lois provinciales et territoriales, les créanciers non garantis peuvent recouvrer toute somme qui leur est due par la saisie des biens de leurs débiteurs uniquement en réduisant leurs réclamations pour jugement et en faisant valoir des mesures d'exécution du jugement, la référence en l'espèce porte sur le recouvrement au moyen de ces mesures. Cependant, si un débiteur fait faillite, le recouvrement par la réalisation des biens du débiteur se fait par l'intermédiaire du syndic qui agit à titre de représentant des créanciers en vertu de la loi fédérale sur la faillite. Dans les deux contextes, le préjudice qui en découle est la perte des avoirs qui auraient été autrement disponibles pour satisfaire les réclamations des créanciers.

[3] Loi sur le Programme de protection des salariés modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence, L.C. 2005, ch.47.

[4] Kozan Furniture (Yorkton) Ltd. (Trustee of) c. Countrywide Factors Ltd., [1978] 1 R.C.S. 753, (sub nom. Robinson c. Countrywide Factors Ltd.