

Transferts frauduleux et les traitements préférentiels - introduction et partie I 2007

SECTION CIVILE

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

(Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels)

INTRODUCTION ET PARTIE I: OPÉRATIONS SOUS-ÉVALUÉES

Présenté par Tamara M. Buckwold

Faculté de droit, Université de l'Alberta, Edmonton (Alberta)

Attention: les idées ou les conclusions énoncées dans le présent document, notamment les propositions concernant le libellé de la loi et les commentaires ou recommandations, n'ont pas été adoptées par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Elles ne reflètent pas nécessairement les opinions de la Conférence et de ses délégués.

Charlottetown

Île-du-Prince-Édouard

Septembre 2007

(Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION: 1

A. Objet du rapport 1

B. Terminologie 1

C. Approche du présent rapport

D. Champ d'application du rapport

PARTIE I: OPÉRATIONS SOUS-ÉVALUÉES (TRANSFERTS FRAUDULEUX)

A. Sommaire du droit actuel

1. Le Statut Élisabeth

a. Opérations régies par le Statut

- b. Exigence liée à l'insolvabilité
 - c. Intention du débiteur.. 6
 - d. Valeur cédée par le cessionnaire
 - e. Intention ou connaissance du cessionnaire
 - f. Qualité pour contester une opération
2. Législation provinciale
- a. Opérations régies par le Statut
 - b. Exigence liée à l'insolvabilité
 - c. Intention du débiteur
 - d. Valeur cédée par le cessionnaire
 - e. Intention ou connaissance du cessionnaire
 - f. Qualité pour contester une opération
3. Dispositions et transactions révisables en vertu de la LFI
- a. Dispositions actuelles
 - b. Modifications de la Loi c-47
 - c. Comparaison avec les lois provinciales
 - i. Opérations régies par le Statut ii.
 - Exigence liée à l'insolvabilité iii.
 - Intention du débiteur iv. Valeur
 - cédée par le cessionnaire
 - v. Intention ou connaissance du cessionnaire
 - vi. Qualité pour contester une opération
 - g. Moment de l'opération
- B. Considérations relatives aux politiques en matière de réglementation des opérations sous-évaluées
- 1. Autodétermination et liberté de propriété
 - 2. Le droit de recouvrer les créances.

3. La sanction du comportement socialement répréhensible ou «immoral»

4. La protection des tiers

5. Efficience et évitement des risques

C. Questions en litige

1. Opérations relevant du champ d'application de la Loi.

a. Considérations générales

b. Obligations conditionnelles et non échues

c. Biens insaisissables

d. Pouvoirs de nomination et renonciation au patrimoine

e. Transferts découlant d'une ordonnance judiciaire ou par effet de la loi

f. Rachat d'actions et déclaration de dividendes par une société par actions

g. Opérations familiales

i. Opérations familiales méritant une protection

ii. Opérations familiales contestables

2. Qualité : Qui peut faire une demande de redressement

en vertu de la Loi?

a. Type de demande

b. Date à laquelle prend naissance la demande

3. Motifs de redressement (base légale pour contester les opérations)

a. Les opérations qui réduisent les actifs mis à la disposition des créanciers (critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs)

b. Opérations ayant pour but d'entraver ou de frustrer les créanciers (critère lié à l'intention du débiteur)

i. Preuve de l'intention ii.

Preuve de la valeur échangée

c. La pertinence de la relation des parties

4. Les moyens de défense et la protection des tiers

- a. Valeur cédée par le cessionnaire
- b. L'intention ou la connaissance du cessionnaire
- c. Changement de position par le cessionnaire
- d. Protection des tiers traitant avec un cessionnaire
- e. Opérations servant les intérêts commerciaux du débiteur

5. Redressement

- a. Formes de redressements et facteurs pertinents
 - i. Fondement théorique du redressement
 - ii. Ordres de paiement.. 74
 - iii. Protection des personnes traitant avec le débiteur et des tiers par la qualification du redressement accordé
 - iv. Disposition d'application du redressement accordé
- b. Personnes faisant l'objet d'une ordonnance
- c. Possibilité d'exercer le recours lorsque la créance n'est pas échue ou fixée par jugement
- d. L'application du principe de partage dans la décision d'accorder un redressement. Délais de prescription

D. Conclusion

AnnexeA: Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique Report on Fraudulent Conveyances and Preferences (1988): avant-projet de loi.. 97

AnnexeB: Ronald C.C. Cuming, Donations et transferts pour une

contrepartie inférieure à leur juste valeur : nouvelle formulation de l'article 91 de la loi sur la faillite et l'insolvabilité: Recommandations 106

INTRODUCTION

A. Objet du rapport

[1] Le présent rapport constitue la première étape d'un projet lancé par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada en vue de remanier le droit canadien sur ce qu'il est convenu d'appeler les transferts frauduleux et les traitements préférentiels^[1]. Presque tous les experts s'accordent pour dire que la mise en œuvre de lois modernes par les législatures provinciales et territoriales et par le Parlement est urgente et qu'elle se fait attendre depuis longtemps^[2]. Le professeur Dunlop a plaidé en faveur d'une réforme dans son rapport de 2004 présenté à la Conférence^[3], qui ne sera pas repris ici.

[2] Le rapport n'offre aucune recommandation définitive. Il s'agit plutôt d'un document de travail dont le but est de fournir un modèle de réforme en vue d'identifier les questions qui doivent être abordées et les mesures de rechange qui doivent être adoptées pour en faciliter la résolution. On prévoit qu'un groupe de travail sera appelé à faire des recommandations et à proposer un avant-projet de loi uniforme à partir du présent document qui servira de fondement dans le cadre de ses consultations et de ses délibérations.

B. Terminologie

[3] Avant de discuter du sujet à l'étude, il convient de dire un mot sur la terminologie employée, et sur ce que l'on appelle communément les «transferts frauduleux et les traitements préférentiels». Cette expression porte à confusion à deux égards. D'abord, l'expression renvoie non pas à une seule mais bien à deux branches du droit distinctes mais imbriquées l'une dans l'autre. D'autre part, le terme «frauduleux» est un anachronisme, dont l'emploi suppose à tort que seules les opérations mettant en cause un comportement malicieux intentionnel du débiteur peuvent être contestées. Bien que l'intention du débiteur soit pertinente dans certaines circonstances, le principal facteur à considérer dans des dossiers relevant de l'un ou l'autre de ces aspects est l'effet de l'opération en question sur les créanciers du débiteur, plutôt que l'intention qui la sous-tend.

[4] En outre, ces deux doctrines juridiques distinctes que constituent les transferts frauduleux et les traitements préférentiels ont un trait en commun, soit l'annulation ou la réparation du comportement du débiteur qui empêche de satisfaire les réclamations légitimes des créanciers. Cette situation explique le fait que les deux sujets sont visés par une seule et même loi. Les problèmes qu'ils abordent sont cependant distincts.

[5] Le terme « transfert frauduleux » vise une mesure prise par un débiteur qui a pour effet de priver les créanciers de leur droit de recouvrer leurs dettes à même les actifs du débiteur. La législation canadienne actuelle s'applique à des circonstances où le débiteur a transféré les biens qui auraient été autrement mis à la disposition des créanciers dans le cadre de mesures d'exécution forcée ou de procédures de faillite. Il en résulte malheureusement une diminution de l'ensemble des biens disponibles pour satisfaire collectivement les réclamations des créanciers non garantis (et partiellement garantis). Habituellement, cela découle du fait que la valeur que reçoit le débiteur est soit nulle, soit beaucoup moins élevée que la valeur des biens transférés. Donnons ici un exemple très simplifié: partons de l'hypothèse que le débiteur doit à ses créanciers la somme cumulative de 100000 \$ mais détient des actifs réalisables dont la valeur ne s'élève qu'à 90000\$. Si le débiteur transfère un actif valant 10000\$ au cessionnaire à titre gratuit, le transfert diminue de 90% à 80% la possibilité pour les créanciers de récupérer ce qui leur est dû, en supposant que tous les créanciers sont payés au prorata. Si le cessionnaire paie 5000\$ pour le bien, les créanciers pourront récupérer en théorie non pas 90% mais bien 85% de cette somme.

[6] Un « transfert frauduleux » suppose le paiement d'une somme d'argent ou le transfert d'un bien par un débiteur à un créancier privilégié dans des circonstances telles que le créancier bénéficiera d'un taux de récupération plus élevé que celui des autres créanciers qui n'ont pas été ainsi privilégiés. Étant donné qu'un paiement ou un transfert pour satisfaire une dette est habituellement remis en échange d'une valeur égale à celle qui avait été cédée antérieurement par le créancier, on ne peut objecter ici une réduction nette de la valeur nette de l'ensemble des biens. C'est plutôt le créancier bénéficiaire qui est payé intégralement alors que les autres créanciers repartent les mains vides, ou qui recouvre une plus grande partie de ce qui lui est dû au prorata. Posons maintenant l'hypothèse, par

exemple, que le débiteur doit à ses créanciers la somme cumulative de 100000\$, soit une somme de 25000\$ payable au premier, au deuxième, au troisième et au quatrième créancier. La valeur des actifs réalisables du débiteur s'élève à 90000\$ seulement. Si chacun des créanciers recevait une part égale des actifs du débiteur, ces mêmes créanciers seraient en mesure de récupérer 90% de ce qui leur est dû. Cependant, supposons que le débiteur paie intégralement le premier créancier, il reste donc des actifs d'une valeur de 65000\$ à répartir entre les trois autres créanciers. Les créanciers ne récupéreront que 86,7% de ce qui leur est dû, alors que le premier créancier récupèrera la totalité de sa créance^[4].

[7] Même si les actifs du débiteur ont une valeur moindre que la valeur cumulative de ses dettes, un versement fait à l'un ou l'autre de ses créanciers ne sera pas considéré comme étant un transfert frauduleux ni même comme un traitement préférentiel car la diminution du patrimoine du débiteur concorde avec une réduction de ses dettes^[5]. Cependant, un traitement préférentiel peut également constituer un transfert frauduleux si le créancier privilégié reçoit une contrepartie plus élevée que celle qui avait été remise au débiteur. Si, dans l'exemple que nous venons tout juste de donner, le débiteur avait transféré au premier créancier un actif dont la valeur s'élève à 30000\$ pour le paiement d'une dette de 25000\$, l'opération pourrait constituer à la fois un transfert frauduleux et un traitement préférentiel. Néanmoins, la politique et les questions conceptuelles liées au transfert frauduleux diffèrent de celles que l'on associe au traitement préférentiel.

[8] La deuxième question d'ordre terminologique qui doit être clarifiée est l'emploi de l'adjectif «frauduleux» dans les deux contextes. Un transfert de paiement peut être contesté s'il a pour effet de diminuer le recouvrement collectif des créanciers malgré le fait que le débiteur n'était pas motivé par le désir de porter atteinte aux droits des créanciers^[6]. Par exemple, le transfert de biens à un enfant aux fins d'assurer son avenir peut être un acte répréhensible s'il porte préjudice aux droits des créanciers, même si le transfert n'avait pas pour but de frustrer les créanciers. Dans le même ordre d'idées, un paiement fait à un créancier peut être contesté comme étant un traitement préférentiel même si ce paiement était motivé par le désir du débiteur de maintenir la viabilité de son entreprise en préservant une relation commerciale importante plutôt que par l'intention d'avantager le bénéficiaire au détriment des autres créanciers^[7].

[9] Étant donné que le jargon de la fraude suppose un préjudice intentionnel causé conjointement ou individuellement à des créanciers comme motif de recours, certains commentateurs ont fait remarquer que ce motif n'était plus justifié à titre de condition générale dans ce domaine du droit^[8]. Bien que l'intention de nuire aux droits des créanciers puisse constituer un motif de redressement, la plupart des régimes législatifs examinés dans le présent rapport offrent un recours dans des circonstances prévues par la loi sans toutefois faire allusion à l'intention du débiteur. Bien que la terminologie utilisée puisse s'expliquer du point de vue historique du droit, en réponse au comportement qui consistait à éviter de rembourser ces dettes, et par le contexte normatif de sept siècles ou presque de jurisprudence anglo-canadienne dans le cadre de laquelle elle a été élaborée, cette question ne sera pas en règle générale soulevée dans le présent rapport, sauf en ce qui concerne la loi qui utilise présentement ce libellé. Nous utiliserons plutôt le terme « opérations sous-évaluées » pour renvoyer aux opérations du premier type décrit ci-dessus, c'est-à-dire, celui qui correspond généralement au « transfert frauduleux ». L'expression « transfert préférentiel » remplacera quant à elle le terme « traitement préférentiel ». Enfin, le terme plus générique « opérations contestables » se rapportera aux opérations qui peuvent être contestées pour l'une ou l'autre des raisons susmentionnées.

C. Approche du rapport

[10] Les opérations sous-évaluées et les transferts préférentiels feront, la plupart du temps dans le présent rapport, l'objet de discussions séparées, les opérations sous-évaluées constituant notre premier sujet abordé. Le contexte de la réforme sera établi dans un sommaire préliminaire des lois actuelles suivi d'une discussion de la politique et des fondements théoriques des systèmes de droit régissant les opérations faisant l'objet de notre étude. Par la suite, les questions devant être abordées et résolues feront l'objet d'une rubrique portant leurs titres respectifs et des mesures de rechange pour en faciliter la résolution seront présentées.

D. Champ d'application du rapport

[11] Le présent rapport porte sur le droit des provinces et des territoires de common law. Tout en présentant nos excuses aux citoyens des territoires pour le manque de précision, le mot « province » et ses variantes, telles qu'elles sont utilisées aux présentes, a pour but d'inclure également les territoires, à moins qu'il n'en soit indiqué autrement. Bien que les politiques et les questions discutées soient tout aussi pertinentes pour le Québec, la façon dont elles sont présentement traitées dans le Code civil du Québec et dans d'autres lois de la province ne fait pas l'objet de la présente étude. On prévoit qu'un document complémentaire ayant pour but de fournir des commentaires sur la perspective québécoise en la matière sera préparé par un autre auteur.

[12] Bien que le présent projet porte sur la réforme des lois provinciales, la relation qui existe entre les lois provinciales et fédérales dans le présent contexte ne peut être passée sous silence. Les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (ci-après la « LFI »)^[9] qui visent les opérations contestables s'appliquent dès qu'un débiteur devient assujéti à la Loi par l'application de procédures de faillite. L'effet de ces dispositions et leur relation avec les lois provinciales seront par conséquent examinés en différents points dans le rapport.

[13] La discussion qui suit sur les questions d'ordre général et sur les mesures de rechange à l'égard des questions soulevées se fonde principalement sur des commentaires canadiens et des propositions de réforme, ainsi que le droit canadien actuel et sur la législation d'autres autorités législatives, soit les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie. Certaines de ces sources abordent directement les problèmes liés aux opérations sous-évaluées et aux transferts préférentiels, tels qu'ils sont traités par les lois en matière de faillite. Bien que le fait d'invoquer les procédures de faillite exige la prise en compte de certains facteurs en particulier, ces sources sont pertinentes dans la formulation de propositions en vue d'une réforme des lois provinciales car les questions d'ordre général qu'elles soulèvent sont essentiellement les mêmes, tant dans le cadre d'une faillite qu'en dehors de celle-ci. Nous avons jugé pertinent de traiter également des politiques particulières et de l'application de celles-ci, selon qu'il s'agit de procédures pré-faillite ou post-faillite.

PARTIE I: OPÉRATIONS SOUS-ÉVALUÉES

(TRANSFERTS FRAUDULEUX)

A. Sommaire du droit actuel

[14] L'élaboration de cette branche du droit anglo-canadien a été examinée par de nombreux auteurs, et elle ne sera pas reprise en l'espèce. Dans la plupart des administrations canadiennes, elle tire son origine de trois sources:

- la Statute of Fraudulent Conveyances, 1571 (ci-après appelée, suivant une convention commune, le «Statut Élisabeth»)^[10];
- les lois provinciales;
- la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

Les principales caractéristiques de chaque système sont décrites ci-dessous.

1. Le Statut Élisabeth

[15] Chose remarquable, cette loi qui remonte à tout près de 450ans et les diverses interprétations que lui ont attribuées des juges anglais éteints depuis fort longtemps ont encore force de loi dans les provinces canadiennes de commonlaw à titre de droit «établi». Bien que, dans certaines provinces, la loi ait été reprise par la législation applicable, ses dispositions essentielles demeurent inchangées dans sa forme traduite^[11].

[16] Le préambule établit l'objet du Statut en des termes prolixes et indubitables. Le Statut vise essentiellement à empêcher les transferts de biens qui ont pour but de priver les créanciers et autres de ce à quoi ils ont droit en toute légitimité, et de les frauder. La déclaration voulant que ces transferts soient nuls est prévue dans la disposition selon laquelle le Statut ne s'applique pas au transfert de biens [traduction] « pour considération valable et de bonne foi transféré ou opérant translation » à quiconque n'ayant pas eu, au moment de l'opération, connaissance de l'intention frauduleuse qui l'accompagnait^[12].

[17] Il est presque impossible de résumer avec exactitude les règles de droit énoncées dans le Statut, car les multiples avenues d'interprétation judiciaire présentées par des générations de juges ont produit un texte contenant des règles et des principes souvent ambigus pour ne pas dire contradictoires. Cependant, on peut exposer les grandes lignes de ses caractéristiques fondamentales de la façon suivante:

a. Opérations régies par le Statut

[18] Le Statut veut éviter les transferts d'un droit dans un bien réel ou personnel^[13]. L'objet de la loi est d'empêcher les débiteurs de soustraire des éléments d'actif qui seraient autrement mis à la disposition des créanciers pour satisfaire leurs réclamations de leur portée en les transférant à un tiers. Le Statut ne traite pas des autres types d'opérations, comme la prestation de services par le débiteur à un tiers sans indemnisation ou pour une valeur moindre que leur juste valeur, ou encore la prise en charge d'une obligation.

b. Exigence liée à l'insolvabilité

[19] L'application du Statut ne se limite pas aux débiteurs qui sont insolvable au moment du transfert^[14]

. Cependant, l'insolvabilité peut être pertinente pour déterminer si l'intention frauduleuse qui sert de fondement en vue de contester un transfert peut être établie.

c. Intention du débiteur

[20] Mais surtout, ce sont uniquement les opérations en vertu desquelles le débiteur a voulu retarder, entraver ou frauder les créanciers qui peuvent être contestées en vertu du Statut. La question de savoir quelle sorte d'intention permet d'invalidier un transfert a semé la confusion parmi les tribunaux et les commentateurs. Le débiteur devait-il procéder au transfert avec l'objectif principal de priver les créanciers de leurs droits, ou est-il suffisant de prouver que la conséquence nécessaire d'un transfert fait volontairement a pour but de priver les créanciers du débiteur, en totalité ou en partie, de leurs droits d'obtenir satisfaction?

[21] Certains sont d'avis que le transfert de biens fait alors qu'un débiteur est insolvable est par définition frauduleux au sens du Statut, tout comme le transfert qui rend le cédant insolvable (c.-à-d., en réduisant la valeur de ses actifs à une valeur moindre que le montant cumulatif de ses dettes). L'un ou l'autre de ces transferts a nécessairement pour but d'entraver ou de priver les créanciers de leurs droits de recouvrer leurs dettes, puisque par définition, le débiteur n'a pas les moyens de les satisfaire. Plus le patrimoine du débiteur est petit, et moins de biens ses créanciers peuvent réaliser en ayant accès à ses actifs. Étant donné qu'une personne est considérée comme ayant voulu les conséquences nécessaires de ses actes, un transfert volontaire de biens dans de telles circonstances a implicitement pour but d'entraver les créanciers ou de les priver de leurs droits. Même si le motif du débiteur en exécutant le transfert pouvait être louable (c.-à-d., pour pourvoir aux besoins de ses enfants à charge ou pour poursuivre des fins de bienfaisance), cela n'améliore en rien l'intention en ce qui concerne les droits juridiques des créanciers^[15]. En effet, les faits soulèvent une présomption irréfutable d'intention frauduleuse.

[22] Ceux qui s'opposent à ce point de vue soutiennent qu'un transfert de biens fait par un débiteur insolvable, ou un transfert qui rend le débiteur insolvable, soulève une présomption réfutable d'intention frauduleuse. En vertu de cette approche, le transfert peut être sauvegardé si le débiteur ou le cessionnaire arrive à prouver à la satisfaction du tribunal que le but dominant du transfert était justifiable, même si le transfert a eu comme conséquence de priver les créanciers de leur droit de recouvrement^[16].

[23] Si le débiteur/cessionnaire n'est pas insolvable à la date du transfert, son intention d'éviter ses créanciers doit être prouvée de façon positive. La preuve positive de l'intention est également requise lorsque le cessionnaire fournit une contrepartie, même si le cédant est insolvable au moment de l'opération^[17]. Des catégories reconnues de preuves circonstanciées qui penchent en faveur de l'existence d'une fraude ont été établies par les tribunaux^[18]. L'existence d'un ou de plusieurs « signes distinctifs de fraude » peut appuyer une présomption réfutable d'intention frauduleuse^[19]. Cependant, l'exercice visant à prouver l'intention s'avère de toute évidence difficile, étant donné que les détails importants sont souvent connus exclusivement de la personne dont l'intention est contestée.

d. Valeur cédée par le cessionnaire

[24] L'article 6 du Statut protège expressément un transfert fait par un débiteur pour « considération valable », une expression qui exige de déterminer le montant adéquat de la contrepartie. Les tribunaux ont établi que la valeur cédée par le cessionnaire doit être plus élevée qu'une simple valeur symbolique, mais n'a pas à être précisément égale à la valeur des biens transférés^[20]. Plus problématique encore constitue le fait que la considération comme élément de sauvegarde est

accompagnée de l'exigence de la bonne foi, qui repose probablement sur la partie que constitue le cessionnaire.

e. Intention ou connaissance du cessionnaire

[25] Il ne fait aucun doute qu'un transfert est valide malgré le fait que le cédant y a procédé avec l'intention de priver les créanciers de leurs droits si le cessionnaire a) a donné une contrepartie dont la valeur est raisonnablement égale à la valeur du bien transféré et b) qu'il n'avait pas la connaissance, effective ou imputée, de l'intention du cédant. Réciproquement, si l'intention frauduleuse du cessionnaire est établie, un transfert à titre gratuit ou pour une considération purement symbolique sera nul, peu importe l'innocence ou l'ignorance du cessionnaire. Cependant, dans les cas intermédiaires, le droit actuel est lamentablement obscur quant à la relation entre la remise d'une contrepartie et la nécessité de prouver l'intention frauduleuse, ou à tout le moins, la connaissance par le cessionnaire de la fraude du débiteur^[21].

[26] Il est indéniable qu'un transfert pour une contrepartie dont la valeur est inférieure à la valeur des biens donnés par un débiteur sera valide s'il n'a pas été établi que le cessionnaire a été complice de l'intention malhonnête du cédant ou qu'il en avait eu connaissance, à la condition toutefois que la contrepartie soit plus élevée qu'une simple valeur symbolique^[22]. Cependant, il y a place à la discussion sur la question de savoir si un transfert pour une considération dont la valeur est égale à celle des biens transférés est contestable au motif que le cessionnaire connaissait l'intention du cédant de se dérober à ses créanciers. Il existe des sources qui appuient la proposition qu'un transfert pour une pleine considération sera valide même si le cessionnaire connaissait l'intention frauduleuse du débiteur^[23]. Dans certains cas, cependant, un transfert aura été mis de côté au motif que le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur, malgré l'échange d'une contrepartie de valeur équivalente^[24].

[27] Par conséquent, la validité d'un transfert où une certaine contrepartie a été cédée par le cessionnaire est susceptible de donner lieu à l'évaluation de la question de savoir si a) la considération était «adéquante» et b) si et dans quelle mesure le cessionnaire connaissait l'intention du cédant de se dérober à ses créanciers ou qu'il en était complice^[25].

f. Qualité pour contester une opération

[28] Les opérations accompagnées de l'intention requise peuvent être contestées non seulement par ceux qui étaient créanciers de la personne ayant exécuté le transfert au moment où celui-ci a été fait, mais également par « toute autre personne », soit les personnes qui deviennent par la suite des créanciers et dont la capacité de recouvrement est réduite par l'indisponibilité du bien. Ces «autres personnes» qui ont été jugées comme ayant qualité pour agir en vertu des règles complexes établies par les tribunaux comprennent a) les créanciers subséquents qui sont autorisés à «greffer» leurs demandes en faisant valoir l'existence continue d'une dette qui existait au moment de l'opération^[26], b) les créanciers qui peuvent établir que le transfert avait pour but de les frustrer d'une dette anticipée mais non encore existante ou d'une créance d'un montant indéterminé (c.-à-d., une somme due en vertu d'un jugement découlant d'une créance qui n'a pas encore été contestée)^[27] et c) les créanciers

dont les créances découlent d'une entreprise spéculative dans laquelle s'est engagé le débiteur immédiatement avant ou après avoir exécuté le transfert contesté^[28].

Lois provinciales

[29] Dans certaines provinces, les règles de droit commun qui régissent les transferts contre une contrepartie inférieure continuent de loger dans le Statut Élizabeth et la jurisprudence qui s'y rattache, complété par la LFI en ce qui a trait à un débiteur failli. Cependant, de nombreuses provinces ont adopté des lois conçues pour protéger les créanciers des tentatives par leurs débiteurs de dissimuler des biens en les transférant à titre gratuit ou pour une valeur inférieure à leur valeur réelle. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, certaines lois ont repris les dispositions essentielles du Statut Élizabeth en une forme modifiée^[29]. Toutefois, la plupart des lois prévoient des règles qui, tout en tenant compte de celles qui sont énoncées dans le Statut Élizabeth, établissent un certain nombre de critères différents pour régir l'annulation d'une opération^[30]. Lorsque tel est le cas, la loi provinciale s'applique au même titre que le Statut Élizabeth mais ne la remplace pas^[31]. Une opération donnée peut par conséquent être contestée en vertu de l'une ou l'autre des lois ou des deux à la fois, le résultat pouvant être différent selon la loi qui aura été appliquée. Dans la plupart des cas, ces dispositions ont été incluses dans une loi qui aborde également la question des traitements préférentiels. Pour compliquer les choses davantage, la jurisprudence qui découle du Statut Élizabeth peut être invoquée en application des lois provinciales lorsque la question à l'étude est soulevée en des termes similaires par les deux lois, et vice et versa^[32].

[30] Le sommaire suivant reprend les principaux points des lois provinciales, en utilisant les mêmes rubriques que celles adoptées pour le Statut Élizabeth. Cependant, le manque d'uniformité d'une province à l'autre signifie que certains des points soulevés peuvent être traités quelque peu différemment d'une loi à l'autre.

a. Opérations régies par le Statut

[31] Tout comme le Statut Élizabeth, les lois provinciales abordent la question de l'aliénation des biens par un débiteur^[33]. Les opérations qui ne concernent pas un intérêt dans un bien ne relèvent donc pas de leur champ d'application.

b. Exigence liée à l'insolvabilité

[32] La différence la plus marquée peut-être entre les lois provinciales et le Statut Élizabeth est le fait que les lois provinciales prévoient l'annulation d'opérations seulement lorsque le cédant est [traduction] «en état d'insolvabilité ou dans l'impossibilité de payer intégralement ses dettes ou qui se sait sur le point d'être insolvable», au moment de l'opération contestée^[34]. L'insolvabilité joue par conséquent un double rôle en vertu de la législation; en tant que condition de l'invalidité de l'opération et comme motif pour soulever une présomption de l'intention frauduleuse de la part du cédant.

c. Intention du débiteur

[33] Tout comme en vertu du Statut Élizabeth, l'annulation d'une opération en vertu des lois provinciales dépend de la preuve que le transfert a été fait sans intention malicieuse. Le libellé qui

définit l'état d'esprit requis renvoie à une [traduction] « intention de frustrer, d'entraver, de léser les créanciers de la personne ou un ou plusieurs d'entre eux »^[35].

[34] Le débat susmentionné en ce qui a trait à l'effet présomptif de l'insolvabilité en tant que preuve de l'intention du cédant est pertinent en l'espèce comme sous le régime du Statut Élizabéth, tout comme le sont d'autres doctrines relatives à la preuve de l'intention (p.ex., les «signes distinctifs de fraude»).

d. Valeur cédée par le cessionnaire

[35] Bien que les lois provinciales prévoient des dispositions qui ont été de toute évidence conçues dans le but de surmonter l'incertitude liée aux transferts contre une valeur, leur structure et leur prolixité présentent souvent plus d'une solution d'interprétation. Leur orientation générale est de protéger les opérations dans le cadre desquelles les sommes d'argent versées ou les biens aliénés par le débiteur sont [traduction] «d'une valeur relative qui est juste et raisonnable compte tenu de la valeur de la contrepartie», et les paiements faits dans le cours normal des activités commerciales. Ces dispositions diffèrent des exigences du Statut Élizabéth telles qu'elles ont été interprétées par les tribunaux, en ce que seules les opérations dans le cadre desquelles une valeur raisonnablement équivalente est cédée seront protégées. Cependant, comme c'est le cas pour le Statut Élizabéth, le renvoi à l'existence de la contrepartie est qualifié par des termes comme «bonne foi» et «innocent» (cessionnaire). Ainsi, l'existence d'une contrepartie équivalente ou d'une opération conclue dans le cours normal des activités commerciales est une condition nécessaire mais peut-être pas suffisante pour protéger une opération qui serait autrement nulle au motif de la mauvaise foi du cédant insolvable.

e. Intention ou connaissance du cessionnaire

[36] Si l'intention du cédant de se dérober à ces créanciers est établie, la connaissance ou l'état d'esprit du cessionnaire ne sera éventuellement pertinent que si l'opération vise l'échange d'une contrepartie équivalente ou qu'il s'agit d'une vente ou d'un paiement fait dans le cours normal des activités commerciales. Cependant, il n'est pas facile de déterminer avec exactitude quand la connaissance du cessionnaire de l'intention du cédant viendra invalider l'opération. Les renvois aux cessionnaires de bonne foi et « innocents » laissent entendre que même un transfert contre une pleine contrepartie peut être mis de côté si le cessionnaire connaissait l'intention du cédant d'entraver ses créanciers. Néanmoins, certains tribunaux ont conclu qu'un libellé semblable dans le Statut Élizabéth protégeait l'acquéreur contre valeur qui connaissait l'intention du débiteur à moins qu'il ou elle ne soit complice de la fraude^[36]. Comme nous l'avons fait observer en ce qui concerne le Statut Élizabéth, la dispense légale est susceptible par conséquent d'exiger la preuve de la suffisance de la contrepartie cédée et l'état d'esprit du cessionnaire.

f. Qualité pour contester une opération

[37] Les lois provinciales diffèrent de façon importante du Statut Élizabéth quant aux modalités relatives à la détermination de la qualité pour contester un transfert en vertu de leurs dispositions. Alors que le Statut Élizabéth confère un droit d'action aux «créanciers et autres» qui ont été lésés par une opération, les lois provinciales étendent ce droit à un [traduction] «créancier ou aux créanciers lésés, frustrés ou à qui le paiement de leurs créances a été remis à plus tard»^[37]. Selon l'interprétation donnée par les tribunaux, cela signifie que seules les personnes qui ont fait valoir une créance d'une

somme déterminée à l'encontre du débiteur au moment du transfert contesté peuvent demander l'opposition^[38]. Cependant, étant donné qu'un demandeur peut s'appuyer sur l'une ou l'autre loi dans le cadre de procédures en opposition d'une opération, le fait que le statut de « créancier » n'a pas été établi à la date du transfert est rarement un obstacle à la réussite.

3. Dispositions et transactions révisables en vertu de la LFI

[38] L'état de la loi fédérale en ce qui concerne les opérations sous-évaluées est, en date du présent rapport, en transformation. Les modifications des dispositions pertinentes de la LFI ont été assorties d'autres modifications majeures et mineures de la législation fédérale en matière d'insolvabilité dans une loi de 2005 qui sont demeurées non édictées depuis qu'elles ont reçu la sanction royale un peu après la chute du gouvernement fédéral cette année-là^[39]. Le projet de loi a été déposé de nouveau devant la Chambre des communes et pourrait entrer en vigueur dans un proche avenir, probablement avec quelques modifications. Par conséquent, le texte qui suit a pour but de donner un bref aperçu des dispositions de la LFI qui sont présentement en vigueur et celles qui entreraient en vigueur par la proclamation des modifications actuellement proposées.

[39] Il importe de faire remarquer d'entrée de jeu que même lorsque la LFI entre en jeu en cas de faillite du débiteur, ses dispositions à cet égard ne visent pas tous les cas applicables. Les professeurs Duggan et Telfer font observer qu'étant donné que les dispositions actuelles de la LFI s'appliquent uniquement à un sous-ensemble d'opérations qui diminuent la valeur du patrimoine du débiteur, les lois provinciales peuvent demeurer nécessaires pour combler le déficit. Les lois provinciales peuvent également être invoquées lorsqu'une opération visée s'est produite avant le début de la période pré-faillite durant laquelle les dispositions de la LFI s'appliquent^[40].

a. Dispositions actuelles

[40] Compte tenu de la complexité et de l'ambiguïté des principes qui découlent de la législation actuelle et de la jurisprudence qui s'y rattache, la présente discussion ne fait qu'en tracer les grandes lignes. La LFI dans sa forme actuelle établit une distinction entre les transferts de biens à titre gratuit et les autres transferts effectués pour une contrepartie inférieure à leur pleine valeur. Dans le premier cas, il s'agit des « dispositions » faisant l'objet de l'art.91, alors que dans le second cas, il s'agit des « transactions révisables », régies par l'art.100^[41].

[41] Une disposition est un transfert de biens à titre gratuit effectué dans le but qu'il soit retenu ou préservé en faveur du donataire sous une forme identifiable^[42]. Un transfert de ce type fait dans un délai d'un an de la faillite du cédant est inopposable au syndic, que le cédant ait été ou non solvable à ce moment-là et peu importe son intention. Si une disposition est effectuée dans un délai de cinquans de la faillite du cédant, celle-ci est inopposable au syndic si celui-ci peut prouver soit que le disposant n'était pas en mesure de payer ses dettes sans transférer ses biens ou soit que le droit du disposant dans les biens n'avait pas été dévolu au moment de l'exécution de la disposition. Cela signifie essentiellement qu'un transfert de biens sans contrepartie par un débiteur insolvable qui fait faillite par la suite peut être annulé pour ces seuls motifs, tant et aussi longtemps que le transfert s'est produit cinq ans avant la faillite. Le deuxième volet de cette règle prévoit tout simplement qu'un transfert qui constitue en réalité un simulacre peut être annulé de façon analogue. Si une disposition est effectuée un an avant la faillite, elle peut être annulée si le débiteur était solvable à ce moment-là. Plus

précisément, la question de savoir si le débiteur avait ou non l'intention de nier les biens qui ont été transférés à ses créanciers ne revêt aucune importance peu importe le contexte, tout comme c'est le cas pour la connaissance ou l'état d'esprit du cessionnaire. Les facteurs essentiels à considérer sont a) si le cédant avait l'intention que les biens transférés soient retenus en faveur du cessionnaire, b) le moment du transfert et c) si le transfert a été fait plus d'un an avant la faillite, soit alors que le débiteur était solvable.

[42] Un transfert de biens à l'égard desquels une contrepartie est cédée par le cessionnaire peut être contesté en vertu de la LFI à titre de « transaction révisable »^[43]. Toute transaction entre des personnes qui ont un lien de dépendance est révisable, et les personnes ayant un lien entre elles sont réputées avoir un lien de dépendance^[44]. Une transaction révisable qui met en cause un transfert de biens ou de services et qui a lieu un an avant la faillite d'une partie peut être contestée au motif que « la contrepartie cédée ou reçue par le failli [...] était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché des biens ou services ». Les critères importants à appliquer en vertu de ces dispositions sont a) de déterminer si le failli a conclu une transaction qui vise le transfert de biens ou de services avec une personne ayant un lien de dépendance, b) si la transaction a eu lieu au plus tard un an avant la faillite et c) si la contrepartie cédée ou reçue par le failli était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché des biens. L'insolvabilité du failli au moment du transfert ne constitue pas une condition du recours, et l'intention du failli ou celle de la partie adverse ne revêt aucune importance. Si le tribunal conclut que la contrepartie cédée dans le cadre d'une transaction révisable est manifestement incommensurable avec les biens ou les services transférés, le tribunal peut accorder au syndic un jugement contre la partie adverse pour la différence entre la contrepartie réellement cédée ou reçue par le débiteur et la juste valeur marchande des biens ou services en cause.

b. Modifications de la loi c-47

[43] Bien que l'objectif du présent rapport ne soit pas de critiquer mais d'expliquer les principales caractéristiques de la loi actuelle, il est évident que le régime actuel de la LFI est des plus insatisfaisants. Malheureusement, les modifications proposées ne permettent pas de remédier adéquatement à ses irrégularités^[45].

[44] Les modifications auraient pour but d'abroger les clauses actuelles portant sur les dispositions et les transactions révisables et de les remplacer par de nouvelles dispositions régissant les donations et les transferts pour une contrepartie inférieure à la valeur équivalente^[46]. Le fondement à partir duquel une opération peut être contestée est qu'il doit s'agir d'un « transfert sous-évalué », lequel consiste en une opération entre un débiteur et une autre personne dans le cadre de laquelle une contrepartie est cédée par l'une des parties en échange de biens ou de services dont la valeur est manifestement inférieure à leur juste valeur marchande. Comme c'est le cas présentement quant aux transactions révisables, le recours prévu est un jugement en faveur du syndic contre la partie ou les parties à l'opération pour la différence entre la contrepartie réellement cédée ou reçue par le débiteur et la juste valeur marchande des biens ou services en cause.

[45] Si les parties au transfert sous-évalué n'avaient aucun lien de dépendance, le jugement peut être accordé en faveur du syndic seulement si a) l'opération a eu lieu un an avant la faillite du débiteur, b) le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou l'est devenu en raison de celle-ci et c) le débiteur « avait l'intention de nuire aux intérêts des créanciers ». Si les parties concernées par l'opération avaient un lien de dépendance, le tribunal accordera un jugement en faveur du syndic au seul motif que l'opération a eu lieu dans un délai d'un an précédant la faillite du débiteur, peu importe

la solvabilité ou l'intention de ce dernier. Si l'opération a eu lieu plus d'un an avant la faillite et jusqu'à cinq ans avant celle-ci, l'une des conditions supplémentaires qui se rattachent à l'opération sans lien de dépendance doit être remplie, soit qu'il doit être établi que le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou qu'il l'est devenu par la suite, ou bien qu'il avait l'intention de nuire aux intérêts des créanciers.

[46] La disposition retenue retient comme fondement de contestation d'une opération les trois critères généraux actuellement utilisés en ce qui concerne les transactions révisables, soit a) le fait de déterminer si le failli a conclu une transaction qui vise le transfert de biens ou de services avec une personne ayant un lien de dépendance, b) si la transaction dans un délai précis avant la faillite et c) si la contrepartie cédée ou reçue par le failli était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur au marché des biens en cause. Cependant, les nouvelles dispositions ajoutent le critère voulant que le débiteur soit insolvable au moment du transfert ou qu'il le soit devenu par la suite et qu'en effectuant ce transfert, il ait eu l'intention de nuire aux intérêts des créanciers, déployant ce deuxième critère différemment en fonction de l'existence d'une relation étroite entre les parties.

c. Comparaison avec les lois provinciales

[47] Les dispositions actuelles et proposées de la LFI peuvent être utilement comparées aux lois provinciales en ayant recours aux mêmes rubriques susmentionnées:

i. Opérations régies par le Statut

[48] Bien qu'une « disposition » en vertu de la LFI donne lieu à un transfert de biens, les clauses actuelles sur les transactions révisables et les clauses proposées régissant les transferts sous-évalués sont applicables tant à un transfert de biens qu'à un transfert de services.

ii. Exigence liée à l'insolvabilité

[49] En vertu de la loi actuelle en ce qui concerne les dispositions, l'insolvabilité du débiteur est un facteur pertinent si le transfert se produit entre un an et cinq ans avant la faillite. La solvabilité du débiteur n'est pas un facteur pertinent dans le contexte des transactions révisables. Sous le régime des modifications proposées, la solvabilité du débiteur doit toujours être prouvée afin qu'un recours soit accordé relativement à une opération sans lien de dépendance, et il s'agit d'une solution de rechange en cas de mauvaise foi en vue d'obtenir un jugement relatif à une opération sans lien de dépendance qui se produit plus d'un an mais sans dépasser cinq ans avant la faillite du débiteur.

iii. Intention du débiteur

[50] Qu'un débiteur ait voulu frustrer ses créanciers ou nuire à leurs intérêts en concluant une opération contestée n'est pas un facteur pertinent en vertu de la loi actuelle. De toute évidence, l'intention deviendrait un facteur en vertu des nouvelles dispositions si la partie adverse n'avait aucun lien de dépendance, ou si tel n'était pas le cas, si l'opération s'était produite plus d'un an avant la faillite du débiteur. Curieusement, la mauvaise foi doit toujours être prouvée afin de donner lieu à une réparation en ce qui concerne une opération sans lien de dépendance mais elle constitue une solution de rechange pour prouver l'insolvabilité du débiteur dans le cadre d'une telle opération qui se produit entre un an et cinq ans avant la faillite, alors qu'elle n'est aucunement pertinente relativement à de telles opérations qui ont lieu dans un délai d'un an avant la faillite.

iv. Valeur cédée par le cessionnaire

[51] En vertu de la loi actuelle et des dispositions proposées, un transfert contre valeur ne peut être contesté que si la valeur cédée est manifestement incommensurable avec le bien ou les services rendus par le débiteur. D'autre part, un transfert de biens à titre gratuit effectué dans le but d'être retenu en faveur du cessionnaire est inopposable de plein droit au syndic en tant que disposition en vertu de la loi actuelle.

v. Intention ou connaissance du cessionnaire

[52] L'intention du cessionnaire n'est pas pertinente, que ce soit en vertu de la loi actuelle ou des dispositions proposées.

vi. Qualité pour contester une opération

[53] La LFI permet uniquement au syndic de faillite de contester une opération à titre de disposition, de transaction révisable ou éventuellement, d'opération sous-évaluée. Cette approche est conforme à la théorie générale et à la politique en droit de la faillite, selon laquelle le syndic agit au nom des créanciers non garantis collectivement dans la mesure où il est nécessaire d'obtenir satisfaction en ayant recours aux biens du failli.

g. Moment de l'opération

[54] La LFI, tant dans sa version actuelle que dans sa forme proposée, s'éloigne complètement de la législation provinciale en ce que le moment où se produit l'opération contestée est d'une importance capitale en vue de déterminer si celle-ci est nulle ou si elle donne au syndic droit à un jugement. Ceci est une caractéristique des dispositions sur les transferts et les traitements préférentiels en droit de la faillite, étant donné que la date de la faillite fournit un point de référence stable et défendable sur lequel peut reposer une présomption contre les opérations du débiteur à l'égard de ses biens. Le temps est un facteur pertinent en vertu de la loi provinciale dans la mesure où il a une incidence sur la qualité d'une personne qui cherche à contester l'opération ou qui fait entrer en jeu les lois générales en matière de prescription des actions. En vertu d'une loi qui ne porte pas sur la faillite, une opération peut être contestée seulement par une personne qui était créancier au moment de l'opération ou, en vertu du Statut Élisabeth, qui est devenu créancier dans des circonstances qui ont été reconnues par les tribunaux comme étant pertinentes.

B. Considérations liées aux politiques en matière de réglementation des opérations sous-évaluées

[55] La dimension la plus importante liée à tout effort déployé en vue d'une réforme de cette branche du droit est sans doute le choix et le respect de stratégies fondamentales claires au chapitre des politiques. L'incertitude suscitée par le droit actuel découle de l'ambiguïté et du caractère obscur de ses principes sous-jacents. Même lorsque les facteurs pertinents semblent clairs en surface, ils incarnent souvent des valeurs contradictoires ne fournissant aucune indication quant à savoir laquelle de ces valeurs doit être privilégiée dans une situation donnée.

[56] On peut dégager des différents systèmes de droit régissant les transferts sous-évalués quatre politiques principales et une politique auxiliaire qui sont énoncées aux paragraphes a) à d) ci-dessous.

Le point e) traite de l'efficacité économique comme facteur prépondérant dans l'élaboration d'un nouveau système de droit dans ce domaine.

1. Autodétermination et liberté de propriété

[57] Tout comme ses antécédents et ses contreparties dans d'autres systèmes de droit, notre système juridique se fonde sur le point de vue voulant que toute personne ait, en règle générale, le droit de mener ses propres affaires et, plus particulièrement, d'aliéner ses biens comme elle l'entend. Bien qu'en utilisant le terme «personne», nous fassions habituellement référence à des «particuliers», cette proposition s'applique généralement aux autres personnes «morales» que constituent notamment les sociétés par actions. Nous avons tous le droit de disposer de nos biens à notre gré, de les grever, de les disperser, de leur permettre de perdre de la valeur ou d'autrement les gérer, correctement ou incorrectement, libre de toute contrainte juridique. Parallèlement, nous avons le droit de fournir et d'acquiescer des services et autres avantages et d'assumer ou d'imposer des obligations juridiques selon les modalités de notre choix. Cette politique n'est exprimée dans aucune loi et n'a pas à l'être, car il s'agit d'une règle acceptée comme étant une dimension inhérente à notre système juridique. Pourtant, il nous faut également tenir compte, en vue d'une réforme, de l'importance de reconnaître le fait que le droit réglementaire dans ce domaine constitue une exception définie à la règle générale.

2. Le droit de recouvrer les créances

[58] L'une des principales limites à la liberté d'action susmentionnée est le droit des créanciers d'être payés pour ce qui leur est dû. En vertu de notre système juridique, ce droit est opposable aux créanciers qui ont accès aux biens de leurs débiteurs dans la mesure nécessaire pour satisfaire leurs créances. Certains créanciers voudront s'assurer du remboursement de leurs créances en faisant l'acquisition d'un droit dans les biens identifiables de leur débiteur. Dans la mesure où ils peuvent le faire, ils sont titulaires d'une créance «garantie» et, par conséquent, ils ne sont généralement pas touchés par les activités économiques de leurs débiteurs, autres que celles se rapportant aux biens en cause. Par tradition, le droit régissant les opérations sous-évaluées ne prévoit un recours qu'aux créanciers qui n'ont aucun intérêt direct dans les biens de leurs débiteurs, et qui doivent par conséquent faire appel au système d'exécution forcée ou aux lois sur la faillite pour recouvrer leurs créances dans le cas où les tentatives de paiement volontaire ou de collecte extrajudiciaire échouent.

[59] Le système d'exécution forcée permet aux créanciers d'obtenir un jugement pour faire saisir et vendre les biens réalisables de leurs débiteurs ou, s'il s'agit de liquidités, pour qu'elles leur soient versées. Les procédures de faillite confient les biens du débiteur à un syndic de faillite, lequel en réalise la valeur et en distribue le produit aux créanciers non garantis. Par conséquent, tout acte de le part du débiteur visant à réduire la valeur de son patrimoine réalisable à une valeur inférieure au montant cumulatif qui est dû aux créanciers non garantis est en principe contestable dans la mesure où cet acte frustre les créanciers ou nuit à leur droit de recouvrer leurs créances. Il s'agit là sans aucun doute de la politique principale à l'appui de tout système de droit régissant les opérations pour une contrepartie inférieure à leur pleine valeur. Depuis toujours, les moyens pris pour améliorer la perte d'actifs qui auraient été autrement disponibles aux créanciers consiste en la résolution judiciaire d'une opération qui a cet effet. Bien que la forme précise de redressement puisse varier, les biens ou leur valeur sont théoriquement remis au débiteur, pour être mis de nouveau à la portée de ses créanciers.

[60] Le principe voulant qu'un transfert pour «considération valable» ne soit pas contestable est conforme à la politique qui vise à protéger le droit des créanciers de recourir aux biens de leurs

débiteurs, en partant de l'hypothèse que la contrepartie est un bien dont la valeur est raisonnablement équivalente à celle qui a été cédée par le débiteur. Si les biens reçus en échange sont réalisables, l'ensemble des actifs du débiteur n'est pas diminué par ce transfert. Cependant, la protection d'une opération qui met en cause une contrepartie sous une forme autre qu'un bien doit être justifiée par un autre motif.

3. La sanction du comportement socialement répréhensible ou « immoral »

[61] Le préambule du Statut Elizabeth^[47] indique sans équivoque qu'une personne qui dispose de ses biens avec l'intention de frustrer ses créanciers est considérée comme étant moralement dépravée. 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.

[62] En plus de déclarer nulles ces opérations, la Loi prévoit une confiscation au profit de la Couronne proportionnelle aux biens transférés et assujettit les parties [traduction] «reconnues coupables en vertu de la Loi» à une peine d'emprisonnement. Bien que cette partie de la Loi soit tombée en désuétude, la bonne foi des intentions du débiteur cédant demeure un facteur particulièrement pertinent en vertu des lois provinciales. Notamment, l'intention du débiteur n'est pas présentement un facteur déterminant dans la LFI, sauf dans la mesure où l'annulation quasi automatique des opérations avec lien de dépendance dans un délai précis se fonde sur le point de vue non exprimé qu'il existe une présomption selon laquelle de telles opérations ont souvent pour but d'esquiver les créanciers. À la lumière de l'opinion souvent formulée selon laquelle l'intention est notoirement difficile à prouver dans de tels cas, l'introduction d'un critère lié à l'intention dans le transfert sous-évalué que propose la Loi C-45 s'écarte de la loi actuelle, ce qui est assez surprenant.

[63] La question en matière de politique sans doute la plus difficile à aborder dans la formulation d'une nouvelle législation est de savoir si l'intention du débiteur, en ayant conclu une opération, est pour ainsi dire un facteur pertinent. Il y a de bonnes raisons d'être en faveur d'un recours pour les créanciers qui sont lésés par une opération, que le débiteur ait voulu ou non cette conséquence^[48]. Ce point de vue constitue le sous-thème de la règle établie dans l'affaire *Freeman c. Pope*, dont nous avons discuté ci-dessus^[49]. À l'opposé, on peut faire valoir qu'une opération qui ne nuit pas aux droits des créanciers devrait être incontestable, même si elle avait pour but de leur faire obstruction.

[64] Le recours à des éléments légaux ayant trait à l'état d'esprit du débiteur entrera souvent en conflit avec la politique principale exprimée au paragraphe b). Si des opérations peuvent être évitées au motif que le cédant avait l'intention de léser ses créanciers, le droit des créanciers de recouvrer leurs créances à même les actifs réalisables du débiteur est compromis. Cette condition ne devrait pas par conséquent être imposée en l'absence d'une justification politique défendable. Certains ont proposé une approche face à la réforme qui consisterait à fournir réparation si une opération avait l'effet d'entraver les droits de recouvrement des créanciers ou si le débiteur avait l'intention d'agir

ainsi^[50]. Si l'intention devait demeurer un point à considérer, ce système aurait l'avantage d'éviter le type de conflit qu'une politique directe provoque et qui est responsable en grande partie du caractère ambigu de la jurisprudence produite par la législation actuelle.

[65] De même, il est aussi difficile d'établir si la connaissance ou l'intention du cessionnaire, ou de la personne qui négocie avec le débiteur, devrait être une question préoccupante. Bien que le Statut Élisabeth et la législation provinciale soulèvent tous deux la bonne foi du cessionnaire en ce qui a trait aux transferts pour contrepartie, certains tribunaux ont hésité à reconnaître l'intention du cessionnaire comme étant un facteur pertinent lorsque la contrepartie est essentiellement équivalente à la valeur des biens transférés. L'état d'esprit de la personne qui fait affaire avec le débiteur n'est pas un facteur retenu par la LFI.

[66] Si l'intention d'un cessionnaire jouait un rôle dans un système de réforme, elle servirait logiquement de facteur secondaire dans des cas où l'opération serait contestée au motif principal que l'intention du débiteur était de frustrer ses créanciers. Dans un tel contexte, le conflit entre la protection des cessionnaires et la protection des droits des créanciers ne pourrait être évité en adoptant un critère d'invalidité en deux volets, étant donné que l'état d'esprit ne serait pertinent qu'à titre de moyen de défense et non comme fondement approprié pour contester l'opération. L'état d'esprit serait également un facteur à considérer dans l'attribution d'une réparation.

4. La protection des tiers

[67] Les intérêts divergents dans le cadre de la réglementation du comportement d'évitement du débiteur face à ses créanciers sont ceux des créanciers visés par l'opération et ceux des personnes qui ont traité avec le débiteur. Les fondements sur lesquels les tiers ont été traditionnellement protégés sont a) la prestation d'une valeur et b) l'ignorance ou la connaissance de la fraude. La pertinence du dernier facteur vient tout juste d'être examinée ci-dessus.

[68] Depuis toujours, ceux qui reçoivent des biens d'un débiteur à titre de donation n'ont pas été, en règle générale, considérés comme susceptibles de protection, même s'ils ne sont pas conscients que la donation a été faite avec l'objectif principal de soustraire les biens en cause de la portée des créanciers du cédant. Cependant, étant donné que cette affirmation n'est vraie que dans la mesure où les biens ou

(dans certaines circonstances) leur produit identifiable^[51] demeurent en possession du cessionnaire, les cessionnaires à titre gratuit sont implicitement dégagés de toute responsabilité lorsque les circonstances changent à tel point que les biens ne sont plus disponibles pour satisfaire les réclamations des créanciers.

[69] À l'inverse, les personnes qui ont remis une contrepartie pour des biens cédés par un débiteur sont en règle générale protégées. Le transfert n'est pas annulable en vertu des lois provinciales, sous réserve de la condition incertaine (susmentionnée) que le cessionnaire ne soit pas complice de l'intention du cédant de frustrer ses créanciers. Les cessionnaires pour une contrepartie valable sont par définition non menacés de procédures en vertu de la LFI.

[70] Comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus, la protection des cessionnaires qui ont remis une contrepartie sous forme de biens opposables au débiteur est conforme à la politique prévue au paragraphe b). En revanche, la protection de ceux qui ont remis une contrepartie d'un type qui n'est

pas accessible aux créanciers du cédant n'est pas conforme à une telle politique. Cependant, deux mesures de compensation peuvent être suggérées.

[71] La première politique possible pour protéger un transfert contre valeur qui diminue l'avoir net du patrimoine réalisable du débiteur en est une d'ordre essentiellement éthique. En vertu des lois provinciales, la prestation d'une contrepartie est intimement liée à la question de la bonne foi du cessionnaire, et bien que ces deux facteurs soient conceptuellement et théoriquement distincts, cette distinction s'estompe régulièrement dans la jurisprudence. En d'autres mots, le fait qu'une personne a payé pour des biens suppose implicitement voire explicitement qu'elle est moralement autorisée à les garder pour ce seul motif, sans qu'il y ait de sanction.

[72] Une politique davantage convaincante prêche en faveur de la finalité des opérations. Bien que cette politique joue un rôle supérieur relativement aux transferts préférentiels, elle est tout aussi pertinente dans le contexte actuel. La stabilité transactionnelle est un facteur important dans les analyses modernes sur l'efficacité du droit et est, en règle générale, une valeur reconnue en droit transactionnel privé. Cependant, étant donné qu'elle a pour but d'écarter la politique principale qui favorise le droit de recouvrement des créanciers, son champ d'application devrait, si elle est acceptée comme un des fondements d'un nouveau système, être soigneusement défini.

5. Efficience et évitement des risques

[73] La discussion qui précède offre ce que l'on pourrait caractériser d'analyse au chapitre de la politique traditionnelle des facteurs pertinents à l'égard d'un système de droit qui régit les opérations sous-évaluées. Cependant, les considérations liées à l'efficience économique jouent également un rôle dans la réforme du droit transactionnel privé. Les professeurs Duggan et Telfer laissent entendre que cette branche du droit défend l'efficience du marché en faisant la promotion de la disponibilité du crédit et en minimisant les coûts^[52]. Ce raisonnement étaye la politique générale qui favorise le recouvrement par les créanciers. Les gens octroient plus facilement du crédit, et le feront selon des modalités plus favorables s'ils ont l'assurance que le droit ne permettra pas à leurs débiteurs de cesser le paiement de leurs dettes en se rendant imperméables aux jugements.

[74] Cet argument repose sur l'amélioration de la capacité des créanciers d'évaluer et de contrôler le risque lié à l'octroi de crédit. Cependant, la gestion des risques n'est pas une voie à sens unique. Ce système comporte des inefficacités inhérentes qui empiètent sur la finalité des opérations, plus particulièrement si les parties ne peuvent raisonnablement s'attendre à prévoir l'invalidité potentielle d'une opération et à se protéger contre une telle éventualité. Dans de telles circonstances, la protection des cessionnaires a sa propre raison d'être. Cette considération revêt de plus en plus d'importance dans une économie où s'exécute un nombre exorbitant d'opérations conclues entre des étrangers ou des quasi étrangers.

[75] Un autre facteur à considérer dans l'évaluation de l'efficience d'un système de droit est ce que l'on pourrait appeler l'inefficacité juridique. Une législation qui soulève des problèmes importants de preuve, qu'ils découlent de la cause d'action ou de moyens de défense reconnus, crée ce type d'inefficacité. Ce problème s'étend à toutes les lois qui fondent leur cause d'action ou leurs moyens de défense sur la preuve de l'intention. Dans la mesure où cette exigence rend l'identification et la recherche d'éléments de preuve probants difficile, elle augmente les frais de justice et diminue la prévisibilité de l'issue des litiges. Il convient de noter que l'intention est une norme particulièrement difficile à prouver lorsque, comme c'est souvent le cas, la partie concernée est une société ou toute

autre entité artificielle. L'élaboration de présomptions d'intention judiciaires et légales n'est qu'une réponse partielle au problème que constitue la preuve de l'intention comme en font foi les lois actuelles.

[76] L'inefficacité juridique et économique découle d'un système qui est inutilement complexe ou qui a recours à des normes arbitraires^[53]. L'incapacité des participants du système à prévoir les conséquences d'une opération limite leur capacité à évaluer le risque transactionnel et à réagir à celui-ci, alors que l'incertitude de l'issue du litige favorise l'inefficacité juridique.

[77] L'efficacité ne prescrit pas en soi un ensemble de règles légales manifestement exactes ou erronées. Cependant, il s'agit d'une norme pertinente qui sert de point de référence pour évaluer les différents modèles législatifs proposés.

C. Questions en litige

[78] Les questions qui figurent ci-dessous sont tirées d'une analyse du droit actuel et de commentaires. Les mesures éventuelles en vue de leur résolution proviennent également de ces mêmes documents, en tenant compte toutefois des approches législatives adoptées aux États-Unis, en Australie et au Royaume-Uni, complétées par les propres réflexions de l'auteur sur le sujet, à la lumière des politiques qui ont été discutées précédemment. Deux études qui traitent de la réforme dans ce domaine du droit sont fréquemment utilisées; il s'agit notamment du rapport de 1998 de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique (le « rapport de la CRDCB »)[54] et les recommandations proposées par le professeur Ronald Cuming à Industrie Canada en ce qui a trait à la modernisation de la LFI[55].

1. Opérations relevant du champ d'application de la Loi

a. Considérations générales

[79] Nous avons vu que les lois canadiennes actuelles traitent presque exclusivement de transferts volontaires d'une certaine forme de droits de propriété par un débiteur. Cela constitue un point de départ évident pour déterminer le champ d'application de la loi, étant donné que l'objectif principal du droit est d'offrir une réparation pour une diminution du patrimoine du débiteur qui limite la capacité de recouvrement des créanciers non garantis en ayant recours à des mesures d'exécution forcée. Cependant, comme la valeur du patrimoine du débiteur peut également diminuer par d'autres types d'opérations, toutes les opérations qui peuvent avoir cette conséquence devraient relever logiquement du champ d'application du régime législatif. Par exemple, un débiteur qui convient de fournir des services pour une contrepartie inférieure que leur valeur réelle réduit volontairement la valeur de son patrimoine par rapport à ce qu'il aurait reçu s'il en avait obtenu la valeur marchande. Il en va de même d'un contrat en vertu duquel le débiteur paye trop cher pour l'acquisition de biens ou de services. Un débiteur qui contracte une obligation légale, comme celle qui découle d'une garantie ou d'un contrat d'indemnisation, réduit également l'ensemble des actifs dont peuvent potentiellement disposer ses créanciers.

[80] La prémisse selon laquelle tout type d'opération qui réduit la valeur cumulative des biens d'un débiteur devrait relever du champ d'application du régime législatif est surtout reconnue dans la *Insolvency Act 1986* du Royaume-Uni^[56]. La Loi contient deux ensemble de dispositions qui traitent des opérations qui ont pour but de nuire aux droits des créanciers, l'une étant désignée une

[traduction] « opération ayant pour but de frauder les créanciers » et l'autre, une « opération sous-évaluée ». Le premier type d'opération s'applique à tous les débiteurs et peut être invoqué, que le débiteur ait déclaré faillite ou non ou qu'il fasse l'objet ou non de procédures de faillite^[57]. Le dernier type d'opération se divise en deux sous-catégories, l'une applicable aux sociétés par actions qui sont liquidées ou qui deviennent assujetties au régime d'administration de l'insolvabilité^[58] et l'autre, aux débiteurs individuels qui déclarent faillite^[59]. La loi prévoit qu'une « opération » aux fins de ces dispositions [traduction] « comprend une donation, une entente ou un arrangement »^[60]. Bien que l'élément essentiel de cette définition, telle qu'elle est intégrée dans les dispositions de fond, soit l'étendue de la contrepartie reçue par le débiteur plutôt que l'objet de l'opération, il a été proposé qu'elle comprenne un « quelconque arrangement » par le débiteur^[61]. Les opérations du type susmentionné se qualifieraient sans aucun doute.

[81] La Uniform Fraudulent Transfers Act des États-Unis^[62] (la «UFTA») qui s'applique en dehors d'une faillite, adopte une position mitoyenne. La Loi s'applique à un «transfert effectué» ou une «obligation contractée» par un débiteur^[63]. Par «transfert», on entend [traduction] «chaque moyen, direct ou indirect, absolu ou conditionnel, volontaire ou involontaire, de disposer d'un actif ou d'un droit dans un actif, et la création d'un privilège ou de toute autre sûreté». Par «actif», on entend les biens d'un débiteur qui excluent les biens insaisissables et grevés d'hypothèque, alors que par «biens» on entend [traduction] «tout ce qui est peut être l'objet d'une propriété»^[64]. Bien que la Loi vise par conséquent les opérations en vertu desquelles un débiteur contracte une obligation, elle ne s'étend pas aux opérations qui visent la prestation de services.

[82] Les dispositions de la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie s'appliquent aux cessions de biens par une personne qui a déclaré faillite^[65]. Cependant, les dispositions de la Corporations Act 2001 qui portent sur les opérations annulables s'étendent aux « opérations insolvables », y compris les « opérations non commerciales »^[66]. Le mot « opération » n'est pas défini, mais son sens aurait la même portée que le terme prévu dans la loi britannique^[67].

[83] Le rapport de la CRDCB limiterait l'application de la législation proposée aux cessions de biens. Cependant, certains commentateurs canadiens ont fait remarquer récemment l'incongruité de soustraire de l'application de la réglementation les opérations visant la prestation de services, la prise en charge d'obligations et autres formes d'opérations qui réduisent la capacité de recouvrement des créanciers^[68].

[84] Bien que la souplesse des modèles adoptés par le Royaume-Uni et l'Australie aient la vertu d'éviter l'exclusion définitionnelle des opérations qui relèvent de l'infraction que la législation entend redresser, leur champ d'application exige un degré élevé de « colmatage » judiciaire et donne lieu à une incertitude quant à savoir si une opération donnée est contestable ou non. Une solution de rechange serait d'adopter une définition qui énumère les différents types d'opérations qui relèvent du champ d'application de la Loi. Le professeur Cuming en a dressé la liste dans ses recommandations à Industrie Canada en ce qui a trait au traitement des donations et des transferts sous-évalués prévus dans la LFI^[69]. Peu importe l'approche préconisée, elle devrait être rédigée en des termes suffisamment larges pour viser non seulement les transferts directs de biens mais également les autres transferts de contreparties qui mettent en péril le droit des créanciers de recouvrer leurs créances à même les actifs du débiteur.

b. Engagements conditionnels et non échus

[85] La loi devrait-elle s'appliquer aux opérations en vertu desquelles un débiteur a contracté un engagement conditionnel de transférer des biens, de verser une somme d'argent ou de fournir autrement une contrepartie, ou aux opérations futures?

[86] La UFTA des États-Unis s'applique explicitement aux transferts conditionnels d'un droit afférent à un bien et implicitement aux engagements qui peuvent être échus ou non échus, comme c'est le cas pour les engagements prévus par une garantie^[70]. Les dispositions de la Insolvency Act 1986 du R.-U. s'étendent, comme on a pu le constater, à ces opérations également^[71], tout comme les dispositions de la Corporations Act 2001 de l'Australie portant sur les «opérations non commerciales». Les recommandations du professeur Cuming en vue d'une réforme de la LFI comprendraient les opérations en vertu desquelles un débiteur entreprend «de céder à une autre personne un droit sur des biens existants ou sur des biens acquis à une date ultérieure»^[72].

[87] Certains sont d'avis que les créanciers ne peuvent pas être lésés à moins et jusqu'à ce qu'une opération de ce genre soit échue, étant donné que le patrimoine du débiteur n'est pas affecté jusqu'à cette date, comme c'est le cas présentement. Dans un contexte de politique, on pourrait par conséquent conclure que seules les opérations qui ont été exécutées et celles qui portent sur des engagements inconditionnels seraient visées par la loi.

[88] D'autre part, il existe peu de raisons évidentes pour établir une distinction entre une opération qui a déjà entravé les droits de recouvrement des créanciers et une autre qui aura inévitablement le même effet dans l'avenir. Les droits fondamentaux des parties ne devraient pas être déterminés en fonction du moment opportun du litige. Une opération qui vise un engagement inconditionnel mais non exécuté qui relèverait autrement de la loi ferait partie de la deuxième catégorie. La situation est manifestement moins convaincante quant aux engagements conditionnels car la contrainte inclut la possibilité que le patrimoine du débiteur ne soit pas touché par l'échéance de l'engagement. Cependant, prévoir un redressement à l'égard de telles opérations n'est peut-être pas sans justification.

[89] L'octroi d'un droit conditionnel à une autre personne se compare au transfert de tout autre bien ayant une valeur commerciale. Lorsque la contrepartie reçue en échange a une valeur inférieure au droit octroyé ou à l'objet donné, le patrimoine du donateur est diminué par cette opération. Si le débiteur a convenu d'assumer un engagement conditionnel pour une somme d'argent vraiment inférieure au prix qui aurait été obtenu en retour, les créanciers sont lésés par la diminution du patrimoine potentiel du débiteur de la même manière que si le débiteur avait donné une autre forme de contrepartie pour une valeur moindre.

[90] En outre, si la loi offre un régime de redressement qui comprend une disposition prévoyant des mesures injonctives, le tribunal peut prévoir le préjudice subi qui peut découler de l'exécution de la condition en émettant une ordonnance appropriée. Comme nous le verrons plus tard dans le présent rapport, les redressements offerts par la législation moderne ne doivent pas avoir pour effet d'annuler une opération. Cette souplesse en matière de réparation permet à la loi d'intervenir face aux opérations qui ne pourraient être autrement traitées.

c. Biens insaisissables

[91] Certaines questions relatives à la portée législative sont également soulevées en ce qui a trait aux biens qui sont exclus des mesures d'exécution forcée en vertu des lois provinciales. La loi devrait-elle s'appliquer à une opération qui vise le transfert d'un bien insaisissable, ou une opération qui se traduit par la conversion d'un bien saisissable en un bien insaisissable?

[92] Comme nous l'avons vu, le critère principal pour savoir si une opération peut être contestée est son effet sur la capacité des créanciers non garantis de recouvrer leurs créances au moyen de mesures d'exécution forcée ou, éventuellement, de procédures d'insolvabilité. Puisque les créanciers n'ont aucun droit dans les biens qui sont exclus des mesures d'exécution forcée en vertu des lois provinciales, le transfert d'un bien insaisissable a été depuis toujours considéré comme étant annulable en vertu de la législation provinciale sur les transferts frauduleux. L'hypothèse voulant que les créanciers ne soient pas touchés par la perte de biens à l'égard desquels ils n'ont aucun droit de recouvrement se reflète dans les recommandations de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, ainsi que dans la UFTA des É.-U. et de la Bankruptcy Act 1966^[73] de l'Australie, lesquelles s'appliquent uniquement aux opérations qui visent les biens saisissables^[74].

[93] Bien qu'il s'agisse là d'un point de vue crédible, l'hypothèse voulant que les créanciers ne soient pas visés par le transfert de biens insaisissables ne tient pas toujours. Par exemple, un débiteur pourrait décider de se départir de son véhicule automobile insaisissable et d'acheter un nouveau véhicule à l'égard duquel une exemption peut être invoquée, au moyen de fonds dont pourraient disposer par ailleurs ses créanciers. Si la cession d'un actif insaisissable et la conversion d'un bien saisissable en un bien insaisissable peut être contestée, on permet ainsi au débiteur de profiter d'une double exemption.

[94] Une autre approche repose sur le principe qui veut que les biens soient mis à la disposition des créanciers seulement lorsqu'ils sont détenus par le débiteur en tant que biens frappés d'une exemption légale^[75]. Étant donné que la raison d'être de l'insaisissabilité est de préserver les biens de première nécessité requis pour jouir d'une existence modeste, un débiteur qui dispose à son gré d'un bien insaisissable peut être considéré comme ayant déclaré implicitement qu'il n'a pas besoin de ce bien à cette fin précise. En effet, on peut renoncer à une insaisissabilité dans la mesure où le bien en question est visé. Si ce point de vue était retenu, le transfert d'un bien insaisissable se qualifierait à titre d'opération contestable en vertu de l'ensemble de la loi^[76]. On trouve un précédent de cette approche dans la Insolvency Act 1986 du R.-U. et dans le Bankruptcy Code des É.-U.^[77].

[95] Par ailleurs, il faut également se demander si la conversion par un débiteur d'un bien saisissable en un bien insaisissable devrait faire l'objet d'une contestation. En règle générale, la politique dominante exprimée en ce qui a trait aux cas d'insaisissabilité énoncés dans la loi devrait avoir préséance. Si les biens détenus par un débiteur sont désignés par la loi comme étant des biens de première nécessité et dont personne ne devrait être privé, le fait que ces biens ont été acquis par le biais d'un bien saisissable ne revêt aucune importance. Cependant, la manipulation des lois sur les biens insaisissables d'une manière qui a pour but de frustrer les créanciers ou d'entraver la protection des biens dans des circonstances qui n'ont pas été prévues par de telles lois peut justifier réparation.

[96] Lorsqu'un bien acquis avec un bien saisissable a une valeur d'exemption importante, cela soulève une question épineuse. Prenons par exemple une opération aux termes de laquelle un résident de la Saskatchewan investit des sommes d'argent détenues dans un compte d'épargne pour l'achat d'un R.E.É.R. En vertu de la loi de la Saskatchewan, les R.E.É.R. sont insaisissables, et aucun

plafond monétaire n'est imposé sur l'exemption^[78]. Dans ce cas, la protection de l'opération peut permettre au débiteur de se dérober à ses créanciers en abusant des lois sur les biens insaisissables^[79].

[97] Une autre complexité est présentée par le fait que dans des circonstances exceptionnelles, le transfert d'un droit partiel dans un bien peut avoir l'effet de convertir le droit résiduel du débiteur en transformant le bien saisissable en un bien insaisissable. On obtient ce résultat lorsqu'un débiteur désigne à titre de bénéficiaire irrévocable un conjoint, un enfant, un petit-enfant ou un parent en vertu d'une police d'assurance-vie. La Insurance Act de l'Alberta est représentative de la plupart des lois des autres provinces. Elle prévoit que [traduction] «les sommes assurées et les droits et intérêts de l'assuré dans ces sommes et dans le contrat ne peuvent faire l'objet de procédures de bref^[80]. Cette protection s'étend aux contrats de rente émis par les assureurs en vertu des dispositions législatives déterminatives^[81].

[98] Dans l'affaire Ramgotra (syndic de) c. Nord-Américaine cie d'assurance-vie, la Cour suprême du Canada a confirmé que la désignation d'un bénéficiaire aux termes d'un tel contrat constitue une disposition au sens de la LFI, en ce qu'elle vise le transfert d'un intérêt futur et éventuel de la bénéficiaire. Cependant, la Cour a conclu que bien que la disposition soit inopposable au syndic de faillite du disposant, la qualité de bien insaisissable de la police ou du contrat que lui confère la loi provinciale continue de s'appliquer de façon à constituer un obstacle insurmontable à la réclamation par les créanciers du bien qu'il vise. Appliqué en dehors d'un contexte de faillite, ce raisonnement viendrait étayer la conclusion selon laquelle une police d'assurance ou un contrat de rente qui relève des dispositions pertinentes de la Loi sur l'assurance demeureraient insaisissables et par conséquent, la police ou le contrat serait soustrait de la portée des créanciers même si la désignation de l'une des personnes visées à titre de bénéficiaire constitue une violation des lois provinciales régissant les opérations sous-évaluées.

[99] La nécessité de traiter précisément cette question dans la nouvelle législation a été considérée par le professeur Cuming relativement aux dispositions de la LFI. Il fait remarquer que la décision dans l'affaire Ramgotra a pour effet que le débiteur peut transférer d'importants actifs à des membres de sa famille immédiate en ayant recours à des contrats d'assurance ou de rente^[82], et laisse entendre que, bien que les contrats d'assurance qui visent des personnes à charge du débiteur puissent faire l'objet d'une protection, [traduction] «il existe peu de justification sociale pour protéger les intérêts d'une épouse ou d'un époux, d'un enfant, d'un petit-enfant ou d'un parent du failli [débiteur] qui n'est pas une personne à charge de ce dernier»^[83].

[100] Ces problèmes peuvent être réglés en soustrayant de l'application de la loi la disposition et l'acquisition de biens insaisissables sauf lorsque le transfert a activement pour but de frustrer les créanciers. On ne peut y arriver en excluant les opérations qui visent des biens insaisissables du champ d'application de la loi. Cependant, on peut y parvenir a) en permettant des opérations à l'égard de tous les biens, y compris les biens insaisissables, sous réserve de la Loi mais b) en disposant que l'opération qui vise un bien insaisissable ne peut être contestée que pour des motifs précis, ces motifs étant probablement que l'opération avait activement pour but de frustrer les créanciers^[84]. Malgré ses faiblesses, un critère fondé sur l'intention peut être approprié dans certaines circonstances même s'il n'est employé que généralement comme motifs de redressement. Il serait également nécessaire de stipuler qu'un transfert volontaire d'un bien insaisissable ne doit pas être réputé une renonciation à l'insaisissabilité aux fins de la loi.

[101] Le problème particulier que pose la désignation d'un bénéficiaire en vertu d'un contrat d'assurance ou de rente peut exiger un traitement particulier. L'approche que recommande le professeur Cuming serait de faire entrer les paiements faits par un débiteur relativement à un tel contrat dans le champ d'application de la loi malgré le fait qu'ils peuvent entraîner la création d'un bien insaisissable, sauf si le bénéficiaire désigné est une personne à charge (par opposition à un simple membre de la famille) du débiteur^[85].

[102] Une disposition doit également être prévue pour le demandeur de frais d'entretien et toute autre personne qui a accès aux biens insaisissables en vertu de la loi provinciale. Une opération qui vise un bien insaisissable qui ne peut être contesté en règle générale ne devrait pas être protégé si le créancier qui conteste n'est pas visé par les lois sur les biens insaisissables.

d. Pouvoirs de nomination et renonciation au patrimoine

[103] Le rapport de la CRDCB examine la question de savoir si la loi proposée devrait s'étendre à ce qui équivaut à un refus du débiteur de réclamer des biens auquel il ou elle a droit^[86]. L'exemple le plus frappant qui touche les créanciers est la renonciation du débiteur à son patrimoine, comme c'est le cas en vertu d'un droit de succession. La question se pose également lorsqu'un débiteur détient des biens en vertu d'un pouvoir de nomination qui peut être exercé en sa propre faveur. Dans ces deux exemples, le refus ou le défaut d'acquiescer les biens qui s'y rattachent nuit aux créanciers du débiteur dans la mesure où ces biens seraient disponibles pour satisfaire leurs créances si le débiteur devait exercer son droit. La Commission fait remarquer que les actes du débiteur peuvent bénéficier à quelqu'un qui mettra par la suite les biens ou tout autre avantage à la disposition du débiteur.

[104] Le rapport de la CRDCB laisse entendre que le refus du débiteur de réclamer un avantage à titre gratuit est qualitativement différent de la vente frauduleuse, et note que le constituant ou le donateur de biens dans ce genre de cas entend généralement avantager le bénéficiaire des biens directement, et non ses créanciers. Le rapport conclut qu'une règle générale quant aux pouvoirs de nomination et à la renonciation du patrimoine ne serait pas adéquate, et que l'octroi d'un redressement judiciaire discrétionnaire [traduction] « constituerait une réponse législative hors de proportion avec la nature du problème »^[87]. Par conséquent, il recommande que ces actes ne relèvent pas du régime législatif.

[105] La législation qui a été adoptée dans d'autres administrations ne tient pas compte en particulier de ce type de circonstances. La question de savoir si la renonciation à une succession constituerait une « opération » au sens de la Insolvency Act 1986 du R.-U. demeure nébuleuse, plus particulièrement par rapport au critère proposé selon lequel l'opération doit donner lieu à une « négociation »^[88]. Si l'exercice interprétatif part du point de vue que l'objet de la législation est de fondamentalement prévenir la diminution du patrimoine dont disposent les créanciers, une renonciation aurait des chances d'être considérée. Cette approche serait conforme à l'inclusion des donations dans la définition d'« opération ». Cependant, si l'intention du testateur ou la perception de la qualité morale du choix du débiteur est considérée comme étant un facteur pertinent, il se peut que ce ne soit pas le cas.

[106] La position de la Commission de réforme du droit est compréhensible et sera sans doute adoptée dans le cadre du processus de réforme. Cependant, il convient de souligner que les biens reçus par un débiteur en vertu d'un legs réalisé sont pleinement mis à la disposition de ses créanciers en vertu de tous les systèmes. Qu'il existe des motifs convaincants en matière de politique pour traiter

une donation absolue différemment d'une donation conditionnelle à un acte du débiteur donne matière à débat. L'adhésion à la politique principale qui, nous l'avons dit ci-dessus, sous-tend cette branche du droit pourrait appuyer l'inclusion d'opérations de ce genre dans le champ d'application de la loi. La question est de savoir si un débiteur devrait être autorisé à refuser de faire droit aux demandes légitimes de ses créanciers alors qu'il est en position de les satisfaire.

e. Transferts découlant d'une ordonnance judiciaire ou par effet de la loi

[107] Depuis toujours, la législation traitant des transferts sous-évalués s'applique seulement aux opérations volontaires entreprises par un débiteur. Bien que le Statut Élizabéth ait pour but d'annuler [traduction] «les cautionnements fournis, les poursuites engagées, les jugements obtenus et les exécutions effectuées» ainsi que toutes les formes de transfert volontaire, le rapport de la CRDCB laisse entendre que ces renvois constituent [traduction] «probablement des vestiges anachroniques de la pratique et de la procédure qui régissaient anciennement les actions réelles,» et fait remarquer qu'ils ne font pas l'objet de la jurisprudence moderne^[89]. Néanmoins, le rapport accepte la possibilité d'instances ou d'ordonnances collusoires conçues pour frustrer les créanciers en vue d'inclure les transferts qui découlent d'une ordonnance judiciaire ou par effet de la loi, autrement que par un droit de survie, dans le champ d'application de la loi proposée^[90].

[108] D'autres approches législatives adoptent des positions mixtes. La UFTA des É.-U. saisit de toute évidence les transferts qui résultent d'ordonnances judiciaires ou autres qui s'opèrent de plein droit. Le « transfert » se définit comme incluant [traduction] «chaque moyen, direct ou indirect, absolu ou conditionnel, volontaire ou involontaire, de disposer d'un droit dans un bien». D'autre part, bien que la portée de la Insolvency Act 1986 du R.-U. ait été notée antérieurement, on peut dire que ce type de transfert échappe à son application au motif qu'il ne comprend pas « une donation, une entente ou un arrangement »^[91] et qu'il ne vise pas, pour reprendre le critère élaboré par le professeur Goode, une «opération» par le débiteur.

[109] Une première solution est d'exclure les transferts non volontaires de l'application intégrale de la loi. Une seconde solution est d'inclure les transferts découlant d'une ordonnance judiciaire ou par effet de la loi, sauf ceux qui sont conclus en vertu des lois identifiées ou qui sont prévus par des règles spécifiques de droit. Une troisième solution enfin serait d'inclure tous ces transferts, mais de prévoir une contestation seulement lorsque des circonstances précises peuvent être prouvées. Comme nous l'avons proposé précédemment quant aux biens insaisissables, il peut être approprié de permettre la contestation d'un tel transfert lorsqu'un débiteur a manipulé le processus judiciaire afin de se dérober à ses créanciers ou de les frustrer, même si l'intention frauduleuse n'est généralement pas un facteur pertinent à considérer.

[110] Les répercussions liées à l'inclusion des transferts découlant d'une ordonnance judiciaire relevant du champ d'application de la loi seraient probablement les plus importantes relativement à la maintenance et à la division des biens familiaux. Nous abordons ce sujet séparément ci-dessous. Peu importe l'approche générale adoptée, il peut être nécessaire de prévoir une disposition distincte pour ce type d'ordonnances.

f. Rachat d'actions et déclaration de dividendes par une société par actions

[111] Dans ses recommandations à Industrie Canada, le professeur Cuming traite des répercussions éventuelles d'un rachat d'actions ou d'une déclaration de dividendes relativement à la capacité des

créanciers d'une société par actions de recouvrer leurs créances à même ses actifs^[92]. Il affirme qu'un paiement fait en vue de racheter des actions suppose un épuisement des actifs de la société sans une réduction proportionnelle de ses éléments de passif, étant donné que les actionnaires n'ont pas de réclamations monétaires à faire valoir à l'encontre de la société en vertu de leur seul actionnariat. Par conséquent, un achat ou un rachat par une société de ses propres actions devrait relever du champ d'application de la loi qui régit les transferts sous-évalués^[93]. Les recommandations du professeur Cuming y parviendraient en prévoyant de façon expresse que de telles opérations seraient assujetties à la loi^[94].

[112] Qu'un renvoi spécifique à de telles opérations soit requis dépendra de la façon dont la portée de la nouvelle loi sera définie. Il est permis de croire qu'une disposition qui renvoie en termes généraux à un transfert de biens ou une opération qui vise le transfert d'une contrepartie viserait également un paiement fait en vue de racheter des actions. Si une valeur correspondante n'est pas reçue par la société en échange, le paiement peut être susceptible de contestation de la même manière que tout autre paiement. Néanmoins, un renvoi spécifique à un rachat d'actions par une société par actions peut être opportun dans un souci de certitude.

[113] Les recours prévus en ce qui a trait aux opérations qui contreviennent à la loi seront discutés en termes généraux plus loin dans le présent rapport. Cependant, le sujet mérite un bref commentaire dans le contexte qui nous intéresse. En règle générale, les recours qui découlent d'une opération qui contrevient à une loi régissant les transferts sous-évalués mettent en cause le recouvrement de biens auprès d'un cessionnaire ou une ordonnance pécuniaire contre le cessionnaire ou la personne qui a traité avec le débiteur. Cette situation prévaudrait dans le cas de paiements faits à des actionnaires en vue de racheter leurs actions, soit que le recours principal serait le recouvrement auprès des actionnaires bénéficiaires.

[114] Cependant, il peut également être approprié de prévoir un second recours contre les administrateurs de la société débitrice qui a autorisé le rachat des actions, sous réserve de conditions qui protégeraient les administrateurs qui ont agi en s'appuyant de manière raisonnable sur les renseignements qui ont été mis à leur disposition et qui n'ont pas contrevenu aux lois pertinentes applicables aux sociétés. Le professeur Cuming suggère qu'un recours à l'encontre des administrateurs soit également justifié lorsqu'une société verse des dividendes alors qu'elle est insolvable ou autrement incapable de satisfaire les réclamations de ses créanciers, même si le paiement d'un dividende ne respecterait pas le critère lié à la contestation prévu dans la loi. Étant donné que le versement de dividendes représente un retour sur le capital d'investissement fait par les actionnaires dans la société, ils constituent le paiement d'une contrepartie en ce qui concerne ces derniers. En l'absence d'une disposition spéciale, il n'y aurait par conséquent aucun motif de recours contre les bénéficiaires d'un dividende, malgré l'effet du paiement sur les droits de recouvrement des créanciers

[95]

[115] L'imposition d'une responsabilité sur les administrateurs pour le paiement d'un dividende ou d'un rachat d'actions par une société par actions alors que les droits des créanciers sont par conséquent violés est conforme à l'approche actuellement adoptée par l'article 101 de la LFI. Cet article permet de plus au syndic de faillite d'obtenir un jugement contre les actionnaires liés aux administrateurs ou à la société^[96].

g. Opérations familiales

[116] La famille est souvent un véhicule pour se dérober à ses créanciers en permettant de soustraire la contrepartie en possession du débiteur et en la mettant à la disposition d'un membre de la famille. Le risque lié à ce type d'opération est si important que certaines législations invalideraient les opérations entre les membres d'une famille qui sont réputés avoir un lien de dépendance, du moins lorsque l'opération survient au cours d'une période précise avant la faillite de l'une des parties. Nous discutons ci-dessous de la pertinence de la relation des parties comme motif de contestation. La question qui se pose présentement est de savoir si certains types d'opérations familiales devraient ou ne devraient pas être remis en cause.

i. Opérations familiales méritant une protection

[117] Bien qu'il existe la possibilité d'esquiver les réclamations des créanciers par le transfert de biens à un membre de la famille du débiteur, dans certains cas, les opérations intrafamiliales méritent une protection.

[118] Si les opérations qui visent la prestation de services sont contestables en vertu de la législation, les créanciers auraient droit d'obtenir réparation lorsqu'un débiteur a fourni des services de manière spontanée à un membre de sa famille, à moins qu'une disposition spéciale soit à l'effet contraire. Un charpentier qui construit un garage pour un enfant ou un comptable qui remplit la déclaration de revenus de son époux est susceptible de s'engager dans une opération qui contrevient à la loi si de telles opérations ne sont pas protégées. Le fardeau de prouver la violation appartiendra à la personne ayant bénéficié de l'avantage, étant donné que le redressement donnerait lieu à une ordonnance qui exigerait qu'elle verse des dommages compensatoires. Bien que ce résultat soit conforme à l'objet principal de la loi, il constitue une ingérence excessive dans l'autonomie individuelle et porte atteinte aux valeurs sociales associées aux relations familiales. Dans un même ordre d'idées, le transfert de petites sommes d'argent ou d'articles de peu de valeur à un membre de la famille n'est pas assez grave pour faire l'objet d'une sanction en vertu de la loi^[97].

[119] La protection des ententes légitimes qui portent sur l'entretien et la division du patrimoine familial constitue une question du même ordre. Ces opérations seraient vulnérables si le motif de contestation adopté par la loi était la contrepartie correspondant à la valeur fournie par le bénéficiaire ou le cessionnaire en échange du paiement ou du transfert. Ce critère n'est pas appliqué de manière adéquate aux aliments, qui, par définition, traduisent l'accomplissement de responsabilités familiales plutôt qu'un dédommagement pour valeur reçue. Dans le même ordre d'idées, la division du patrimoine ne se fonde généralement pas strictement sur une évaluation monétaire de la contribution respective des époux à son acquisition. L'histoire de la législation moderne qui aborde cette question démontre que toute tentative de déterminer les droits de propriété dans le contexte d'une relation conjugale en se fondant sur des valeurs purement commerciales est à la fois inadmissible et futile^[98].

[120] La tentative la plus exhaustive parmi les pays qui se sont penchés sur la question sur le plan législatif semble nous provenir de l'Australie. Bien que la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie traite du problème d'un point de vue de la pension alimentaire en disposant tout simplement que les transferts inopposables au syndic n'incluent pas les transferts en vue de respecter une obligation en vertu d'une entente ou d'une ordonnance liée à une pension alimentaire^[99], on trouve des dispositions

plus détaillées dans la Family Law Act 1975. Lorsque des conjoints mariés ont conclu une entente qui détermine de quelle façon les ressources financières seront traitées ou qui prévoient le versement d'une pension alimentaire par l'un ou l'autre conjoint en cas de rupture du mariage, le créancier de l'une des parties peut demander une ordonnance judiciaire en annulant l'entente^[100]. La disposition pertinente se lit comme suit (c'est nous qui soulignons):

[Traduction]

90K(1) Un tribunal peut rendre une ordonnance qui annule une entente financière ou une entente d'extinction à la condition qu'il soit convaincu que:

(a) l'entente a été obtenue par la fraude (y compris la non divulgation de questions importantes);

(aa) l'une ou l'autre partie a conclu l'entente:

(i) dans l'intention de, ou aux fins incluant cette intention de, frauder ou de frustrer un créancier ou des créanciers d'une partie;

(ii) en faisant abstraction de manière insouciant des intérêts d'un créancier ou de créanciers de la partie;

...

[121] D'autres dispositions permettent à une division des biens entre conjoints affectée par une ordonnance du tribunal d'être contestée par les créanciers ou par un syndic de faillite qui est «visé par l'ordonnance». La Loi dispose que, sur demande par une personne visée par une ordonnance rendue dans le cadre de procédures sur la répartition du droit de propriété, le tribunal peut, à son gré, modifier une ordonnance, la mettre de côté ou rendre une nouvelle ordonnance en remplacement^[101]. Le créancier de l'une des parties se qualifie à titre de personne visée [traduction] «si le créancier peut ne pas être en mesure de recouvrer ses créances parce que l'ordonnance a été rendue»^[102]. Le tribunal est autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire s'il est convaincu que les circonstances énumérées ont été établies, plus exactement s'il y a eu erreur judiciaire en raison d'une fraude, d'une contrainte ou d'une suppression d'éléments de preuve (y compris le défaut de divulguer les renseignements pertinents), d'un faux témoignage ou de toute autre circonstance».

[122] Ni la Insolvency Act 1986 du R.-U. ni la UFTA des É.-U. ne prévoient de dispositions particulières pour le versement de paiements d'entretien ou pour la division des biens entre conjoints^[103]

[123] Il n'existe pas de solution simple à ce problème. Des ententes volontaires entre un débiteur et son conjoint séparé, qu'elles soient ou non incorporées dans une ordonnance de la cour, peuvent être conçues pour réaffecter les actifs du débiteur au conjoint et ce, aux dépens des créanciers.

L'exonération pure et simple de paiements d'entretien ou de transferts visant la division des biens du patrimoine lors de la rupture d'une relation conjugale facilite la concrétisation de tels modèles. Cependant, le fait de soumettre ces opérations à un critère fondé sur la suffisance de la valeur fournie par la partie qui en bénéficie supposerait des constatations de faits extrêmement difficiles et peut porter atteinte à d'importantes politiques en matière de droit de la famille.

[124] Le modèle australien offre ce qui semble constituer une approche réaliste en vue d'une solution. Essentiellement, la loi prévoit que les ententes volontaires relatives à l'entretien et à la division des biens peuvent être contestées seulement s'il peut être établi que l'entente avait pour but de frauder les créanciers ou a été faite en faisant abstraction de manière insouciant des intérêts des créanciers. Une division de biens ordonnée par un tribunal peut également être contestée, mais seulement dans des cas bien précis qui tiennent compte de la considération supposément globale et équilibrée que le tribunal a accordée à l'ordonnance. Le défaut de l'une des parties de présenter des éléments de preuve quant aux réclamations des créanciers peut être considéré comme étant une «suppression des éléments de preuve», justifiant la conclusion selon laquelle l'ordonnance comporte une erreur judiciaire.

[125] Exprimée dans une nouvelle législation, cette approche peut être mise en œuvre en y intégrant les ententes sur l'entretien familial et sur la division des biens dans le champ d'application général de la loi, mais en les rendant susceptibles d'être contestées seulement au motif qu'il y a eu une intention réelle de frauder les créanciers, ou possiblement, que l'entente a été conclue en faisant abstraction de manière insouciant des intérêts des créanciers^[104]. Une version conditionnelle du critère peut être utilisée relativement aux paiements et aux transferts faits sur ordonnance du tribunal. Dans l'un ou l'autre cas, le fait qu'un paiement ou un transfert puisse ne pas avoir visé l'échange d'une valeur raisonnablement proportionnelle ne le rendrait pas vulnérable.

ii. Opérations familiales contestables

[126] La législation moderne et les propositions de réforme traduisent généralement l'opinion selon laquelle il n'existe aucune justification pour protéger les opérations familiales à l'égard desquelles la contrepartie cédée par la partie qui en bénéficie est une promesse de mariage ou une affection naturelle. Bien que cela puisse paraître si évident au point de ne pas nécessiter une disposition explicite, l'inclusion d'une disposition traitant de cette question, plus particulièrement en ce qui concerne les promesses de mariage, viendrait clore le débat^[105].

2. Qualité pour agir : Qui peut faire une demande de redressement en vertu de la Loi?

[127] La désignation de la personne qui a qualité pour demander un redressement en vertu de la Loi soulève deux questions principales. Premièrement, la qualité pour agir doit-elle être accordée en fonction d'une demande qui est conditionnelle ou qui n'est pas déterminée? Deuxièmement, la demande du requérant doit-elle avoir existé à la date de l'opération contestée? a. Type de demande

[128] Il ne fait aucun doute que la qualité pour agir doit être étendue à quiconque détient un droit légal susceptible de se transformer en jugement d'exécution de paiement à l'encontre du débiteur.

L'avant-projet de loi proposé dans le rapport de la CRDCB accorderait la qualité pour agir à une personne qui:

- (a) bénéficié d'une obligation par le cessionnaire qui est non garantie, que l'obligation soit
 - (i) déterminée ou indéterminée;
 - (ii) absolue ou conditionnelle;
 - (iii) certaine ou contestée;

- (iv) payable immédiatement ou à terme;
- (b) est un créancier garanti dont la sûreté est inadéquate;
- (c) le garant d'une obligation du cédant.^[106]

[129] La UFTA des É.-U. accorde, dans des termes généraux semblables, la qualité pour agir à une personne qui a une « créance », qui est définie comme étant un [traduction] «droit au paiement, qu'il ait été fixé par jugement ou qu'il soit déterminé, indéterminé, fixe, conditionnel, échu, non échu, contesté, non contesté, équitable, garanti ou non garanti»^[107].

b. Date à laquelle prend naissance la créance

[130] La question la plus difficile est de déterminer si l'obligation ou la créance doit avoir existé à la date de l'opération contestée. À l'heure actuelle, le droit, tel qu'il est représenté par le Statut Élisabeth, permet à ceux dont les demandes découlent de circonstances reconnues après l'opération en cause de contester celle-ci, bien que la législation provinciale n'accorde la qualité pour agir qu'à ceux qui sont des « créanciers » au moment de l'opération^[108]. Les tribunaux ont permis à ceux qui n'étaient pas des créanciers au moment du transfert de contester l'opération en vertu du Statut Élisabeth essentiellement au motif que son effet avait pour but de protéger les biens des réclamations que le débiteur savait qu'il était prévisible, pour ne pas dire inévitable, qu'elles surviennent à l'avenir.

[131] Le rapport de la CRDCB reconnaît que le fait de restreindre la qualité pour agir à des personnes ayant des créances au moment du transfert contesté pourrait, par exemple, permettre à une personne de s'appauvrir avant que ne soit commis un délit. Cependant, la Commission s'éloigne du point de vue exprimé par la règle énoncée dans l'affaire MacKay c. Douglas^[109], affirmant [traduction] qu'« il est difficilement répréhensible de vouloir protéger des biens lorsqu'on met sur pied une nouvelle entreprise ». Le rapport conclut en adoptant la position qu'avait fait connaître antérieurement la Commission de réforme du droit de l'Ontario, soit que les personnes ne devraient pas être autorisées à contester des opérations qui sont survenues avant que leurs créances contre le débiteur ne prennent naissance^[110]. Cette approche peut se justifier pour des motifs d'évaluation du risque. Une personne qui octroie du crédit après l'opération en cause peut être considérée comme ayant accepté le risque de traiter avec le débiteur en fonction de sa situation financière courante. Le fait qu'une opération antérieure a réduit le patrimoine du débiteur n'est aucunement pertinent.

[132] La UFTA des É.-U. constitue une version restreinte de l'approche élaborée par les tribunaux et préconisée par le Statut Élisabeth. Elle prévoit en effet qu'un transfert effectué ou une obligation contractée a pour but de frauder un créancier, que la créance du créancier ait pris naissance avant ou après un tel transfert ou une telle obligation, si a) ce transfert ou cette obligation avait pour but d'entraver n'importe lequel créancier ou b) si ce transfert ou cette obligation a été fait pour une contrepartie inférieure à une valeur raisonnablement équivalente dans des circonstances où le débiteur s'est engagé dans une entreprise qui comportait un risque d'insolvabilité ou si le débiteur voulait contracter des dettes au-delà de sa capacité de payer ou avait l'intention d'agir ainsi^[111]. Un créancier dont la réclamation prend naissance avant l'opération en question peut obtenir réparation pour d'autres motifs qui ne dépendent pas de la preuve de l'intention de frauder ou de l'acceptation délibérée du risque^[112].

[133] La Insolvency Act 1986 du R.-U. adopte une approche encore plus large face à la question de la qualité pour agir en ce qui a trait aux dispositions régissant les opérations qui fraudent les créanciers, lesquelles peuvent être invoquées tant dans le cadre d'une faillite qu'en dehors de celle-ci^[113]. Si le débiteur n'est pas assujéti à des procédures d'insolvabilité officielles, une ordonnance peut être accordée à [traduction] «une victime d'une opération»^[114]. Une victime d'une opération est [traduction] «une personne qui subit, ou qui est susceptible de subir, un préjudice»^[115]. Les commentaires confirment que ces modalités ont un sens suffisamment large pour englober les personnes qui sont visées au moment de l'opération et celles qui peuvent éventuellement subir un préjudice^[116].

[134] La UFTA des É.-U. étaye la proposition voulant que la relation entre les motifs en vertu desquels une opération peut être contestée et la définition de la qualité pour agir soit pertinente à l'égard de l'approche adoptée. Si les motifs de contestation reposent sur l'argument voulant que le débiteur ait conclu une opération avec l'intention de frustrer ses créanciers, le moment à partir duquel le débiteur a obtenu ce statut semble sans importance^[117]. D'autre part, si l'opération est contestée au motif qu'elle avait pour effet de réduire l'ensemble des actifs dont pouvaient disposer les créanciers, une personne qui n'avait pas de créance à faire valoir contre le débiteur au moment de l'opération n'avait aucun motif logique de se plaindre^[118]. Bien qu'il soit possible de définir la qualité pour agir en fonction des motifs de contestation d'une opération, cette approche introduit un niveau de complexité dans la législation qui, dans le contexte qui nous intéresse, n'est probablement pas justifié par la préservation de l'intégrité conceptuelle.

[135] Il n'y a pas de solution facile à la question de la politique générale. D'une part, la reconnaissance des créances qui ont pris naissance après l'opération contestée peut éventuellement aider les créanciers qui avaient la possibilité d'évaluer le risque de traiter avec le débiteur au détriment de la finalité des transactions, une valeur qui n'est pas sans importance dans une économie moderne. Cependant, ce ne sont pas tous les créanciers qui veulent se porter volontaires et certains d'entre eux ont une capacité limitée à entreprendre une évaluation concrète du risque. De plus, l'adoption d'un critère qui permettrait de circonscrire les circonstances qui admettraient une créance ayant pris naissance le jour précédant une opération mais qui excluraient celle qui se serait produite le jour suivant est susceptible d'entraîner des résultats arbitraires. Finalement, et peut-être de façon plus impérieuse, la détermination de la qualité pour agir en fonction du moment où la créance a pris naissance cadre très mal avec la philosophie de partage entre les créanciers dans les territoires de common law au moyen de ce que l'on appelle généralement les lois sur le désintéressement des créanciers.

[136] En vertu de la législation sur le désintéressement des créanciers, un créancier judiciaire qui a intenté des mesures d'exécution des jugements qui produit un fond monétaire est tenu de partager les sommes d'argent qui y ont été déposées à peu près au prorata avec les autres créanciers qui sont admissibles^[119]. Ceux qui ont droit au partage sont les autres créanciers judiciaires qui ont déposé un bref d'exécution auprès du shérif, ou dans certaines autres provinces, ont enregistré leur jugement de la manière prévue. La période relative où ont pris naissance les créances n'a aucun rapport avec le droit des créanciers de partager la valeur des actifs réalisés. Si cette approche devait être retenue, un créancier qui obtient réparation en vertu des lois régissant les opérations sous-évaluées seraient en principe tenu de partager le produit des procédures avec ceux qui, au moment où la réparation est accordée, ont démontré le bien fondé de leurs créances. Ceux qui bénéficieraient de cette politique

incluraient les demandeurs dont la réclamation a pris naissance après l'opération mais avant l'issue du litige qui la conteste.

[137] Un motif connexe pour accorder la qualité pour agir aux personnes dont les créances prennent naissance après la date de l'opération contestable est l'utilité générale de maintenir la cohérence des résultats, que ce soit dans le cadre de la faillite du débiteur ou en dehors de celle-ci. Si un syndic de faillite conteste avec succès une opération qui a été conclue avant la faillite du débiteur, les fonds qui en découlent seront distribués à ceux qui ont une réclamation prouvable à la date de la faillite, peu importe si leurs créances ont pris naissance avant ou après la date de l'opération contestée.

[138] Peu importe l'approche adoptée relativement au moment où une créance prend naissance, il sera nécessaire de décider si une personne doit avoir obtenu un jugement sur sa réclamation afin de contester une opération. La CRDCB propose que les instances en redressement ne devraient être intentées que par un demandeur qui a obtenu jugement sur l'obligation que doit remplir le débiteur ou [traduction] «qui a droit d'intenter des poursuites pour faire exécuter l'obligation»^[120], sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'émettre toute autre ordonnance. Qu'une réserve officielle de ce type soit souhaitable demeure une question à préciser. On peut soutenir que l'intérêt substantiel du demandeur sera défini par la cause d'action créée par la loi, sans avoir besoin d'apporter d'autres précisions quant à la condition. Nous discutons de cette question ci-dessous en ce qui a trait au redressement.

[139] Le rapport de la CRDCB soulève une question particulière en ce qui a trait à la qualité pour agir relativement aux opérations effectuées par une société par actions qui ont un effet néfaste sur les créanciers de l'actionnaire en réduisant la valeur de ses actions. Les créanciers de l'actionnaire devraient-ils être autorisés à contester l'opération conclue par une société tierce? Le rapport n'apporte aucune réponse à cette question autrement que de relever une cause où des procédures de ce type ont été permises par le tribunal^[121]. Étant donné les répercussions potentiellement graves liées à l'inclusion d'une disposition qui accorderait explicitement la qualité pour agir dans de telles circonstances, le problème serait probablement mieux abordé par les règles de droit commun relatives à la levée du voile corporatif.

3. Motifs de redressement (base légale pour contester l'opération)

[140] La législation actuelle et proposée dans ce domaine prévoit qu'une opération peut être contestée pour les motifs suivants:

- a. L'opération épuise la valeur du patrimoine qui serait autrement mis à la disposition des créanciers dans des circonstances telles qu'ils sont privés de leur droit de recouvrement en conséquence (désigné ci-après comme étant le critère lié «à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs»).
- b. L'opération a été motivée par l'intention du débiteur d'entraver ou de frustrer le droit de recouvrement des créanciers (désigné ci-après comme étant le critère lié à «l'intention du débiteur»).

[141] Certains systèmes adoptent l'une ou l'autre thèse comme motif de contestation, mais la plupart adoptent les deux, soit comme options possibles, soit de manière combinée. Le choix principal en matière de politique qui doit être fait dans l'élaboration d'une nouvelle loi est de déterminer si ces

deux considérations sont pertinentes et légitimes. Nous nous pencherons successivement sur chacune des deux thèses soulevées.

a. Les opérations qui réduisent les actifs mis à la disposition des créanciers (critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs)

[142] La politique principale qui sous-tend cette branche du droit est la protection du droit des créanciers de recouvrer leurs créances à même les actifs de leurs débiteurs. Exprimée implicitement ou explicitement, cette politique disposerait que toute opération qui a comme conséquence de a) réduire la valeur du patrimoine disponible du débiteur à un montant moindre que la valeur cumulative des réclamations des créanciers ou de b) limiter autrement la capacité de recouvrement des créanciers à même les actifs du débiteur justifierait réparation. Que le débiteur soit engagé dans l'opération avec l'intention de nuire au droit de recouvrement des créanciers ne revêt aucune importance. En fait, ce point de vue est adopté en grande partie, implicitement ou explicitement, dans de nombreux systèmes faisant l'objet de notre étude dans le présent rapport.

[143] La plupart des systèmes sont axés sur la première dimension de la proposition susmentionnée. En d'autres termes, ils permettent aux créanciers de contester une opération qui a pour effet de réduire la valeur des actifs à l'égard desquels ils peuvent recouvrer leurs créances lorsque la valeur du patrimoine réalisable du débiteur est inférieure au montant de ses dettes impayées. Cette approche se fonde sur deux prémisses:

- La valeur des actifs d'un débiteur est réduite tant par un transfert à titre gratuit que par un transfert de valeur en échange d'une contrepartie dont la valeur est de loin inférieure à la valeur transférée par le débiteur[122] et
- Si le débiteur est insolvable au moment de cette opération ou devient insolvable par suite de celle-ci, l'opération nuit nécessairement au droit de recouvrement des créanciers puisque la valeur des actifs dont disposent les créanciers est par définition inférieure au montant cumulatif de leurs créances[123].

[144] Les dispositions de la Insolvency Act 1986 du R.-U. relativement aux opérations désignées comme étant des «opérations sous-évaluées» s'appuient sur ces deux prémisses[124]. Comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus, ces dispositions ne s'appliquent qu'à l'égard d'un débiteur qui a fait faillite ou, dans le cas d'une société par actions, est assujetti à des procédures d'insolvabilité ou est en état de liquidation. Les renvois ci-après à un débiteur «failli» ont pour but d'inclure les sociétés par actions assujetties à la loi.

[145] Un redressement est prévu lorsqu'une personne conclut une «opération sous-évaluée» dans des circonstances précises. La première prémisses est couverte par la définition d'une «opération sous-évaluée», laquelle comprend en grande partie:

- une donation ou une opération en vertu de laquelle le débiteur ne reçoit aucune contrepartie;
- un transfert dont la contrepartie est une somme d'argent [traduction] «sensiblement inférieure à la valeur» de la contrepartie cédée par le débiteur [125].

[146] La deuxième prémisse est énoncée dans la disposition selon laquelle un redressement peut être accordé si une personne a conclu une opération sous-évaluée à un moment où elle était insolvable, ou si cette personne est devenue insolvable par suite de l'opération. Ce point se fonde sur trois facteurs, lesquels reposent en partie sur le fait que les dispositions s'appliquent seulement aux débiteurs faillis. Ils se lisent comme suit:

- Seule une opération conclue dans les cinq ans précédant la faillite peut être contestée[126].

- Si l'opération est survenue moins de deux ans avant la faillite, il n'est pas nécessaire de prouver que le débiteur était insolvable à ce moment-là ou qu'il est devenu insolvable par suite de cette opération. En effet, la proximité par rapport à la faillite remplace la nécessité de prouver l'insolvabilité[127].

- Si l'opération a été conclue plus de deux ans mais moins de cinq ans avant la faillite et que l'autre partie était un associé du débiteur, il existe une présomption réfutable que le débiteur était insolvable à ce moment-là ou qu'il est devenu insolvable par suite de l'opération. Dans cet exemple, la relation entre les parties remplace la nécessité de prouver l'insolvabilité[128].

[147] Le résultat net de ces dispositions est que l'épuisement du patrimoine du débiteur constitue un motif de redressement en faveur des créanciers qui agissent par l'entremise du syndic de faillite. L'insolvabilité constitue une condition générale de redressement, sous réserve de la disposition restrictive selon laquelle la proximité de l'opération par rapport à la faillite et la relation étroite des parties sont reconnues comme étant des conditions de substitution.

[148] Il ne fait aucun doute que l'intention du débiteur n'est pas un facteur dans le présent contexte en ce qui concerne les particuliers. Bien qu'il ne soit pas requis de prouver l'intention de frustrer les créanciers pour justifier une ordonnance à l'égard des personnes morales débitrices, celles-ci pourront faire valoir leurs motifs au moyen d'une défense[129]. Aucune ordonnance ne doit être rendue si le tribunal est convaincu de ce qui suit:

- Que la personne morale a conclu l'opération en toute bonne foi et aux fins d'exploiter son entreprise,

- Qu'au moment de l'opération, il y avait des motifs raisonnables de croire que l'opération était avantageuse pour l'entreprise[130].

[149] Sous réserve de cette condition, la preuve de l'intention de frustrer les créanciers n'est pas un critère de redressement en vertu de la Insolvency Act 1986, que ce soit par rapport à un particulier ou en ce qui concerne une personne morale débitrice. L'intention cependant joue un rôle aux termes des dispositions relatives aux «opérations ayant pour but de frustrer les créanciers» qui prévoient une mesure de redressement, que le débiteur ait fait faillite ou non. Nous discutons de ces dispositions dans la prochaine section du présent rapport.

[150] Les facteurs étayant l'annulation des transferts en vertu de la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie sont essentiellement les mêmes que ceux utilisés par la législation du R.-U. relativement aux particuliers[131]. Plutôt que de faire de la preuve de l'insolvabilité une condition de redressement en ce qui a trait à une opération ayant été conclue durant une période allant de deux à cinq ans avant la faillite, la Loi transforme la preuve de l'insolvabilité qui incombe au cessionnaire en moyen de

défense. Le résultat est le même, mais le fardeau de prouver la situation financière du débiteur revient au cessionnaire plutôt qu'au syndic de faillite. Si le cessionnaire est une entité apparentée, la preuve de l'insolvabilité peut être invoquée comme moyen de défense seulement si l'opération est survenue plus de quatre ans avant la faillite du débiteur.

[151] Une approche quasi semblable est préconisée par la UFTA des É.-U. en ce qui concerne une action intentée par un créancier dont la demande a pris naissance avant que l'opération en question n'ait été conclue. Un recours est possible lorsqu'un débiteur effectue un transfert ou contracte une obligation:

- Si le transfert ou l'obligation a été consenti [traduction] «en échange d'une valeur qui n'est pas raisonnablement équivalente» et
- Si le débiteur était insolvable au moment du transfert ou qu'il est devenu insolvable par suite du transfert ou de l'obligation consenti[132].

[152] Là encore, l'épuisement du patrimoine du débiteur constitue un motif de redressement. Dans ce régime, le moment de l'opération n'est pas un critère reconnu comme pouvant remplacer la nécessité de prouver l'insolvabilité. Cela peut s'expliquer par le fait que dans le cadre de procédures ne relevant pas de la faillite, il n'existe aucun point de référence clair, comme la date de la faillite, qui pourrait être utilisé comme fondement pour faire naître une présomption selon laquelle le débiteur était insolvable lorsque l'opération a été conclue.

[153] La UFTA offre d'autres motifs de contestation aux créanciers dont les demandes ont pris naissance avant ou après la conclusion de l'opération en cause, lorsqu'un débiteur effectue un transfert ou contracte une obligation:

- Si le transfert ou l'obligation a été consenti [traduction] «en échange d'une valeur qui n'est pas raisonnablement équivalente», et
- qu'il était engagé dans une affaire ou une transaction où les biens constituaient un capital anormalement faible, ou qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il était sur le point de faire faillite [133].

Dan cet exemple, l'épuisement du patrimoine du débiteur dans des circonstances liées à l'insolvabilité prévisible plutôt que réelle du débiteur constitue le fondement du recours.

[154] L'approche incorporée dans la Companies Act 2001 de l'Australie relativement aux transferts par des personnes morales est unique. Comme dans les autres systèmes dont nous avons discuté, l'insolvabilité au moment de l'opération ou par suite de celle-ci est une condition ouvrant droit au redressement offert par la Loi[134]. Cependant, l'autre condition requise veut que l'opération soit «une opération non commerciale», une détermination qui ne se fonde aucunement sur les valeurs relatives échangées dans l'opération en question.[135] La loi énonce plutôt un critère souple qui se fonde sur la question de savoir si une personne raisonnable dans les circonstances de la personne morale aurait conclu l'opération en tenant compte des avantages et des inconvénients pour l'entreprise de conclure une telle opération, des avantages pour les autres parties à l'opération et de [traduction] «toute autre question pertinente». En plus de ces deux conditions fondamentales, la Loi exige qu'un autre motif d'invalidité soit établi, dont le plus pertinent aux fins de la présente analyse étant de

déterminer si l'opération a eu lieu durant une période de temps précise, et dont la durée dépend de la relation entre les parties.

[155] Bien que ce modèle s'appuie sur des facteurs qui se comparent aisément à ceux utilisés dans d'autres régimes, son efficacité est sérieusement compromise par l'incertitude inhérente au critère que constitue l'«opération non commerciale», le recours à un critère à trois volets (l'«opération non commerciale», l'insolvabilité et notamment, le délai combiné à la relation) ainsi que la complexité des règles associées au troisième volet.

[156] L'adoption d'un critère de validité législatif fondé sur l'épuisement du patrimoine du débiteur a été recommandée au Canada dans le contexte de la réforme de la loi sur la faillite. Les recommandations que le professeur Cuming a émises en 1997 à IndustrieCanada permettraient la contestation s'il est établi que le transfert relevant de l'une des nombreuses catégories énumérées a été fait lorsque le débiteur est insolvable. Tous les types d'opérations pouvant faire l'objet d'une contestation pour des motifs d'insolvabilité supposent un transfert pour une contrepartie nulle ou «manifestement inférieure à la valeur marchande» reçue en échange[136]. Cette approche est endossée par les professeurs Duggan et Telfer dans le cadre de leur examen des propositions actuelles en ce qui concerne la réforme des clauses relatives des dispositions de la LFI et des transactions révisables[137].

[157] Il convient de noter deux caractéristiques du modèle proposé par Cuming. Premièrement, le modèle étendrait les motifs de redressement non seulement aux circonstances où l'opération est contemporaine à l'insolvabilité du débiteur mais également à celles où l'opération survient au moment où le débiteur entendait contracter des dettes ou avait des motifs raisonnables de croire qu'il contracterait des dettes au-delà de sa capacité de payer. Cette approche fait pendant au point de vue adopté dans les dispositions de la UFTA des É.-U. décrites ci-dessus, mis à part le fait qu'elle n'offre pas de redressement au motif que le débiteur s'est tout simplement engagé dans une entreprise souscapitalisée[138]. Deuxièmement, le modèle élaboré par Cuming envisage un redressement seulement à l'égard d'une opération qui est survenue trois ans avant la faillite. Cette réserve est compatible avec l'approche couramment utilisée dans la législation en matière de faillite, en vertu de laquelle la désignation d'un délai pré-faillite durant lequel les opérations peuvent être contestées se situe dans les normes.

[158] Les différentes réformes proposées dans le rapport de la CRDCB constituent une approche unique face au critère qui combine les facteurs que sont l'épuisement des actifs et l'insolvabilité. Une opération pourrait faire l'objet d'une contestation lorsque le débiteur est insolvable, qu'il est sur le point de faire faillite ou qu'il est devenu insolvable par suite de la disposition et que la contrepartie en échange a une valeur symbolique ou nulle[139]. Par «valeur symbolique» on entend [traduction], «une valeur qui est inadéquate à un point tel que, par opposition à la juste valeur de la disposition, l'alinéation constitue essentiellement une donation». Lorsqu'une disposition est faite pour une «valeur partielle», la personne qui la conteste doit également prouver que le cessionnaire savait ou aurait dû savoir que l'opération allait nuire à la capacité du cédant de remplir ses obligations, ou que le cessionnaire détient les biens pour l'usage ou l'avantage du cédant. Par «valeur partielle», on entend la [traduction] «valeur reçue en échange d'une aliénation de biens qui n'est ni la juste valeur ni une valeur symbolique» La «juste valeur» est la valeur qui est [traduction] «juste et raisonnable par rapport à la valeur des biens» et, à moins qu'il s'agisse de l'exécution d'un acte, est telle que le patrimoine du cédant en est sensiblement peu réduit[140].

[159] L'effet de l'approche élaborée par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique est que l'épuisement des actifs seul constitue un motif pour contester l'opération par un débiteur insolvable seulement si cette opération est en substance une donation. Si la contrepartie reçue a une certaine valeur qui n'est pas tout à fait l'équivalent de la valeur transférée par le débiteur, une autre condition fondée sur la connaissance du cessionnaire s'y rattache. La justification de cette exigence additionnelle est discutable. Si le résultat indésirable est la diminution du patrimoine dont peuvent disposer les créanciers d'un débiteur insolvable, il n'existe aucune raison logique d'établir une distinction entre les opérations selon la mesure dans laquelle elles ont cet effet. Une opération pour une contrepartie considérablement inférieure à sa juste valeur diminue la valeur du patrimoine du débiteur de la même manière qu'une contrepartie nulle.[141]

[160] D'autre part, cette approche répond au point de vue stratégique valable selon lequel le droit ne devrait pas s'immiscer dans ce qui pourrait être désigné comme étant un «marché avantageux» légitime. En vertu des autres régimes décrits, une personne qui acquiert des biens ou toute autre valeur en vertu de modalités exceptionnellement avantageuses peut être tenue de rendre l'avantage qu'elle a obtenu en raison de sa perspicacité, peu importe si elle savait ou avait des raisons de croire que l'opération porterait atteinte aux droits d'autrui. L'approche de la Commission aurait pour but de protéger le «marché avantageux», à la condition toutefois que la personne qui traite avec le débiteur ne sache pas que les créanciers seraient lésés par l'opération en question. Cependant, cela réintroduirait les incertitudes liées à un critère fondé sur l'intention dans un bon nombre de cas où les créanciers sont indiscutablement lésés par l'opération. Si une telle approche devait être adoptée, la connaissance du cessionnaire serait mieux établie par un moyen de défense plutôt qu'en tentant de prouver l'un des motifs de recouvrement, étant donné que le cessionnaire est considérablement mieux placé qu'un créancier qui conteste pour établir son état d'esprit[142]. Nous discutons des moyens de défense un peu plus loin.

[161] Prévoir un recours en se fondant uniquement sur l'effet d'épuisement des actifs sur une opération dans les circonstances de l'insolvabilité réelle ou prévisible d'un débiteur offre les avantages suivants:

- Cela représente la mise en œuvre claire et fondée sur des principes d'une stratégie principale à l'appui d'une réglementation des opérations sous-évaluées.
- Cette approche est compatible avec le développement historique du droit en ce qu'il englobe essentiellement l'approche adoptée dans l'affaire *Freeman c. Pope* qui a été subséquemment suivie par de nombreux tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada. En d'autres termes, l'insolvabilité du débiteur est assimilée à une preuve de l'intention «frauduleuse», lorsque l'intention pertinente découle tout simplement de la connaissance de l'activité qui portera nécessairement préjudice au droit de recouvrement des créanciers[143].
- L'approche a le mérite de définir une norme d'invalidité claire et prévisible, évitant ainsi les difficultés, et les incertitudes qui s'y rattachent, liées à la preuve de l'état d'esprit du débiteur.
- Il s'agit d'un modèle défendable d'un point de vue éthique en ce que a) la liberté du débiteur est en toute légitimité restreinte par le droit des créanciers d'obtenir satisfaction et b) les créances de ceux qui ont acquis une valeur auprès du débiteur à titre essentiellement gratuit sont moins valables

en droit que les réclamations des créanciers qui ont prêté une valeur dans l'espoir d'obtenir une compensation qui a fait défaut, sous réserves d'exceptions clairement définies.

[162] Les principaux éléments d'un critère intégrant cette approche sont les suivants:

L'opération met en cause un transfert de valeur à titre gratuit par un débiteur ou un transfert en échange d'une contrepartie dont la valeur est considérablement inférieure à la valeur cédée par le débiteur.

Le débiteur est:

- insolvable au moment de l'opération,
- est devenu insolvable par suite de l'opération, ou
- (possiblement) se trouve dans des circonstances telles qu'il savait ou aurait dû savoir que l'insolvabilité était prévisible.

[163] Bien qu'un tel système semble laisser tomber le marché exceptionnellement avantageux, la manière dont la valeur insuffisante de l'échange est définie par la loi permet un compromis entre les intérêts des créanciers et ceux qui négocient avec le débiteur. La formulation de la UFTA des É.-U., en vertu de laquelle une opération peut être contestée si le débiteur n'a pas reçu une «valeur raisonnablement équivalente» à la valeur cédée, n'offre qu'une portée limitée à l'égard d'un marché avantageux. À l'opposé, la formulation du professeur Cuming, qui reprend celle qui est utilisée dans les dispositions de la LFI portant sur les transactions révisables, permettrait le maintien du «marché avantageux», tout en protégeant les créanciers contre les opérations qui supposent l'échange d'une valeur excessivement inadéquat. Cette formulation permettrait de fournir une réparation lorsqu'une opération est «pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure» à la valeur marchande des biens[144].

[164] Il convient également de noter que, bien qu'un marché avantageux puisse faire l'objet d'une contestation en vertu d'un système fondé sur un critère implicite lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs, la loi peut offrir une souplesse en matière de réparation qui permettrait aux tribunaux de rendre une ordonnance en vertu de laquelle une personne qui a fait affaire avec un débiteur pourrait retenir ou recouvrer la valeur investie dans l'opération. En dépit du fait que le défendeur perdrait la valeur marchande de l'opération, son investissement pourrait être protégé.

[165] Nous verrons plus loin la pertinence éventuelle de la relation entre les parties à titre de facteur dans la cause d'action.

b. Opérations ayant pour but d'entraver ou de frustrer les créanciers (critère lié à l'intention du débiteur)

[166] La question sans doute la plus difficile liée à la réforme de ce domaine de droit est la pertinence de l'intention du débiteur dans la conclusion d'une opération. Le critère de validité lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs dont nous avons discuté ci-dessus abandonne l'exigence traditionnelle de prouver l'intention malicieuse de la part du débiteur comme motif de redressement. Cependant, cela ne résout pas la question de savoir si un redressement serait disponible au motif que le débiteur a en effet conclu une opération avec l'objectif de frustrer ses créanciers. D'aucuns avancent que l'intention du débiteur de frustrer les efforts de recouvrement des créanciers n'est pas,

en soi, un motif de contestation (elle ne justifie pas la contestation) d'une opération conçue pour donner ce résultat. Le préjudice qu'il faut éviter est l'ingérence réelle dans les droits des créanciers. Selon ce point de vue, il n'existe aucune justification pour prévoir un recours à des créanciers si le débiteur dispose suffisamment d'actifs pour satisfaire toutes leurs réclamations, peu importe l'effet voulu de l'opération.

[167] Les recommandations émises dans le rapport de la CRDCB adoptent essentiellement le même point de vue. La Commission n'offrirait aucun recours sur le seul fondement de l'intention du débiteur d'entraver l'action des créanciers. Le rapport énonce sa position comme suit:

[Traduction]

Nous en arrivons à la conclusion qu'une disposition de biens constitue une fraude à l'égard des créanciers uniquement si elle fait échouer leurs réclamations. Une disposition de biens ne peut avoir cet effet que si elle est faite par un débiteur qui est insolvable ou qu'elle rend le débiteur insolvable. [145]

[168] En vertu de la législation proposée par la Commission, le facteur pertinent à considérer est l'insolvabilité du débiteur plutôt que son intention. Si l'opération examinée est une pure donation ou une donation dans une large mesure, l'intention n'est aucunement pertinente. Si une valeur partielle a été cédée par le cessionnaire, il importe également de prouver, soit que le cessionnaire avait une connaissance objective que l'opération mettrait en péril la capacité du cédant de satisfaire les créanciers ou soit qu'il avait accepté les biens [traduction] «conformément à un engagement selon lequel [les biens] seraient détenus pour l'usage ou l'avantage du cédant». Une attention particulière est portée sur l'intention du cessionnaire. Cependant, l'intention du cédant semble être indirectement pertinente étant donné que la situation envisagée en est implicitement une où le cessionnaire partage la connaissance du cédant que sa capacité de satisfaire ses créancier sera mise en péril par le transfert, ou qu'il est partie au plan illicite du cédant de conserver l'usage ou l'avantage des biens[146] L'intention partagée est une exigence évidente, pour ne pas dire exprimée, dans le second cas. Elle serait dans la plupart des cas implicite dans le premier exemple, étant donné qu'il est difficile de concevoir en pratique un cas où un cessionnaire sait ou devrait savoir qu'une opération porterait atteinte à la capacité du cédant de payer ses créanciers alors que le cédant l'ignore totalement.

[169] Pour récapituler, le rapport de la CRDCB n'offre aucun recours quelles que soient les circonstances en fonction de l'intention du débiteur de faire obstacle aux créanciers. Il offrirait un recours à l'égard d'une opération en échange d'une contrepartie plus élevée qu'une valeur symbolique pour les motifs suivants:

- le débiteur est insolvable, et
- le cessionnaire savait ou aurait dû savoir que l'opération empêcherait de satisfaire les droits des créanciers, ou qu'il a accepté les biens en tenant pour acquis qu'ils seraient détenus pour l'usage ou l'avantage du cédant.

[170] D'autres régimes législatifs permettent la contestation d'une opération au motif de l'intention du débiteur de nuire à ses créanciers, parallèlement à l'exigence selon laquelle le patrimoine du débiteur est épuisé par l'opération.

[171] Les dispositions de la Insolvency Act 1986 du R.-U. régissant les «opérations qui ont pour but de frustrer les créanciers» sont un exemple de cette approche[147]. Les mêmes dispositions s'appliquent à une personne physique ou morale débitrice. Si un débiteur n'a pas encore été mis en faillite, une opération ne peut être contestée que pour les motifs suivants:

- le débiteur n'a reçu aucune contrepartie en échange de la valeur qu'il a fournie, ou la contrepartie reçue a une valeur considérablement inférieure à la valeur fournie, et
- le débiteur a conclu une opération aux fins de soustraire les actifs de la portée d'une personne qui fait présentement ou éventuellement une réclamation auprès de lui, ou qui autrement porte atteinte aux intérêts de cette personne en ce qui a trait à sa réclamation.

[172] Par conséquent, l'intention du débiteur est un motif pertinent de contestation, mais seulement lorsque l'opération en question a été conclue pour une contrepartie considérablement inférieure à sa juste valeur. Cette approche diffère de celle adoptée dans le cadre de la faillite du débiteur en ce qui a trait aux «opérations sous-évaluées», dont nous avons discuté au chapitre précédent du présent rapport, en ce que, dans cet exemple, c'est l'insolvabilité plutôt que l'intention qui s'applique de façon conjuguée au facteur que constitue la valeur incommensurable comme motif de redressement (que l'insolvabilité ait été démontrée ou qu'elle soit présumée en fonction de l'opération avec la faillite). Dans le contexte d'une «opération sous-évaluée», l'insolvabilité fonctionne comme substitut de l'intention malicieuse d'un débiteur failli ou peut-être comme indicateur définitivement présumé de cette intention. Lorsque le débiteur est solvable, l'intention malicieuse doit être prouvée. Par conséquent, les dispositions qui traitent des «opérations ayant pour but de frauder les créanciers» ne soulèvent pas une présomption d'intention de frustrer les créanciers qui découlent de l'insolvabilité du débiteur.

[173] La UFTA des É.-U. prévoit un recours sur ce qui semble initialement constituer le seul motif d'intention frauduleuse. Elle prévoit qu'un transfert ou une obligation consenti peut être contesté par les créanciers, que leurs réclamations aient pris naissance avant ou après l'opération [traduction] « avec l'intention réelle d'entraver ou de frauder les créanciers du débiteur ou de remettre à plus tard le paiement de sa créance»[148]. La disposition offre également une liste non exclusive de circonstances qui peuvent être prises en considération pour déterminer si le débiteur avait l'intention illicite[149]. Cependant, une disposition distincte prévoit un moyen de défense pour une réclamation qui a été présentée pour ce motif si le cessionnaire a conclu l'opération [traduction] «de bonne foi et pour une valeur raisonnablement équivalente » [150]. Le résultat est qu'une opération ne peut qu'être contestée qu'au motif de l'intention frauduleuse du débiteur s'il a reçu une valeur moindre que la valeur raisonnablement équivalente aux termes de l'opération ou s'il a reçu la pleine valeur d'une personne qui n'a pas agi de bonne foi. En effet, l'approche fait pendant à celle élaborée par la Insolvency Act 1986 du R.-U. relativement aux «opérations ayant pour but de frauder les créanciers», sauf en ce qui a trait à sa reconnaissance indirecte de la mauvaise foi de la part du cessionnaire comme motif de contestation d'une opération pour une contrepartie valable.

[174] Les propositions du professeur Cuming relativement aux opérations précédant la faillite par des débiteurs faillis s'appliquent de façon quasi identique. Elles prévoient qu'une opération peut être contestée au motif que « l'objectif principal du débiteur au moment de conclure la transaction était de gêner, d'entraver ou de frauder une personne envers laquelle le débiteur était ou devenait endetté au moment ou après la date de la transaction » [151]. Cependant, aucun recours ne pourrait être exercé si l'autre partie à l'opération avait fourni « une valeur non manifestement inférieure à la valeur fournie

par le débiteur et s'il ne savait pas ou n'avait aucun motif raisonnable de croire au moment de la transaction [que] l'objectif du débiteur [...] »[152]. Son approche diffère de celle adoptée par la UFTA en ce que, plutôt de fournir une liste des circonstances pertinentes à la preuve de l'intention du débiteur, il prévoit une présomption réfutable selon laquelle le débiteur a agi avec l'intention illicite s'il était insolvable au moment de la conclusion de l'opération[153].

[175] Étant donné que les propositions du professeur Cuming visent la réforme de la LFI, elles doivent se soumettre à la condition implicite voulant qu'un recours puisse être exercé seulement si le débiteur est mis subséquemment en faillite. En effet, elles font naître le critère voulant que le débiteur soit insolvable mais l'insolvabilité n'a pas à être établie au moment de l'opération.

[176] Les professeurs Duggan et Telfer partagent le point de vue du professeur Cuming selon lequel la preuve que le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou que le débiteur entendait frustrer ses créanciers devrait constituer des motifs de recours[154]. Cette thèse semble se qualifier indirectement par la proposition générale voulant que l'opération diminue la valeur du patrimoine du débiteur et peut nuire aux réclamations réalisables des créanciers[155]. Ce point de vue serait compatible avec les dispositions de la Loi du R.-U. relativement aux «opérations ayant pour but de frauder les créanciers».

[177] Par conséquent, le modèle proposé par Cuming fournirait un recours pour essentiellement les mêmes motifs que la UFTA des É.-U., mais sous réserve de la condition voulant que le débiteur devienne insolvable en dernier ressort. Une opération qui survient au maximum quatre ans avant la faillite du débiteur pourrait être contestée au motif de l'intention du débiteur de faire obstacle à ses créanciers s'il reçoit une valeur considérablement inférieure à la valeur équivalente aux termes de l'opération ou qu'il reçoit la juste valeur d'une personne qui connaît ou qui aurait dû connaître cette intention.

[178] La Bankruptcy Act 1966 de l'Australie prévoit un ensemble de dispositions axées sur l'intention qui permettent à un syndic de faillite de contester un transfert de biens précédant la faillite par un débiteur failli. La loi australienne exige de satisfaire à trois critères. Les deux premiers ont été articulés en fonction de l'annulation. Les voici:

- les biens seraient passés dans la succession du cédant ou auraient probablement été mis à la disposition des créanciers s'ils n'avaient pas été transférés, et
- l'objectif principal du cédant en faisant le transfert était d'empêcher la divisibilité des biens parmi ses créanciers ou de gêner ou de retarder le processus visant à mettre les biens en disponibilité de division.

[179] L'exigence selon laquelle le transfert doit être inférieur à la juste valeur est prévue indirectement par l'ajout d'un moyen de défense reconnu en faveur du cessionnaire. Au même titre que la UFTA des É.-U., la Loi prévoit qu'un transfert n'est pas nul si, en réalité, la contrepartie cédée avait une valeur équivalente à celle des biens transférés et que le cessionnaire a accepté sans connaître l'intention du cédant ni même son insolvabilité. Cela signifie qu'un transfert justifiera un recours si les deux premières exigences sont satisfaites et que le transfert a eu lieu pour une contrepartie inférieure à sa juste valeur, à moins que le cessionnaire ait ce que l'on pourrait appeler une connaissance coupable. Le fait que la troisième exigence est introduite dans le cadre d'un moyen de défense renverse le fardeau de prouver la valeur échangée, sans atténuer toutefois son effet substantiel. Le modèle australien diffère des autres approches discutées en ce que sa première

exigence a pour effet qu'une opération qui a pour but de faire obstacle aux créanciers donne lieu à un recours seulement si elle avait en réalité cette intention (ou qu'il était probable qu'elle ait cette intention) en soustrayant les biens de leur portée, bien que cette exigence puisse équivaloir à l'exigence explicite de l'insolvabilité de l'approche proposée par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique tout comme cette même exigence conformément à l'approche de Cuming.

[180] En résumé, les approches législatives révisées ci-dessus présentent un large éventail de possibilités en ce qui concerne le fait d'accorder des mesures de redressement fondées sur l'intention du débiteur d'esquiver ses créanciers. L'approche qui prévaut permettrait de contester une opération au double motif que constitue l'intention du débiteur d'entraver ou de frustrer ses créanciers et l'insuffisance de la contrepartie fournie par l'autre partie à l'opération. Dans certains régimes, il est possible d'exercer un recours seulement si l'opération frustre réellement les créanciers. C'est ce que la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie propose de manière explicite en prévoyant l'exigence selon laquelle les biens seraient probablement passés dans la succession du cédant ou auraient été possiblement mis à la disposition des créanciers n'eût été de leur transfert. Et c'est également ce qu'accomplit le modèle élaboré par Cuming au moyen de l'exigence implicite relative à l'éventuelle insolvabilité du débiteur, et en vertu de l'approche préconisée par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique qui exige que le débiteur soit insolvable au moment où l'opération est conclue. L'approche proposée par la Commission est par ailleurs unique en ce qu'elle ne dépend pas de l'échange d'une valeur incommensurable et qu'elle présuppose que l'intention du débiteur est sans pertinence sauf dans la mesure où elle vient corrompre la connaissance du cessionnaire.

[181] L'objectif qui doit être atteint par l'inclusion d'un critère de validité lié à l'intention du débiteur doit être clairement énoncé. Si un critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs est adopté dans la législation, le critère lié à l'intention du débiteur qui ne s'applique que lorsque le débiteur est insolvable au moment de l'opération pourrait être superflu, en supposant que l'échange d'une valeur inférieure à ce qui est raisonnable est un aspect commun aux deux critères. Si le débiteur est insolvable, l'insuffisance de la valeur échangée constituera en soi un motif de recours. Un critère lié à l'intention du débiteur détecterait les opérations qui ne seraient pas dépistées par le critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs s'il s'applique lorsqu'un débiteur solvable conclut une opération pour une contrepartie inférieure à sa juste valeur aux fins d'entraver ou de frustrer ses créanciers. Les dispositions de la UFTA des É.-U. et de la Insolvency Act 1986 du R.-U. dont nous avons discuté précédemment incorporent cette approche.

[182] Cependant, un système qui ne dépend pas de l'insolvabilité du débiteur peut produire ses effets de telle sorte qu'un recours puisse être accordé aux motifs que l'opération avait pour but de porter préjudice aux créanciers, malgré le fait qu'en réalité, ils n'ont pas été privés de leur droit de recouvrer leurs créances. Cette éventualité constitue le fondement de la conclusion de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique selon laquelle un recours ne devait pas être exercé lorsque le débiteur est solvable, étant donné qu'un débiteur solvable dispose, par définition, d'un nombre suffisant d'actifs pour permettre de satisfaire les réclamations des créanciers [156]. L'objectif de la législation est d'empêcher l'ingérence dans les droits des créanciers, et non de punir les débiteurs mal intentionnés. Évalué en fonction de la discussion sur la politique générale que nous avons présentée précédemment dans le présent rapport, il s'agit d'un argument de poids.

[183] Le système que propose le professeur Cuming et qui incorpore la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie adopte une approche potentiellement mitoyenne qui permettrait d'exercer un recours lorsque le débiteur solvable adopte un comportement qui a pour but de frustrer les créanciers, mais seulement si ce résultat prend réellement forme. En d'autres termes, le critère lié à l'intention du débiteur pourrait inclure une exigence selon laquelle le créancier qui conteste doit établir que la capacité de recouvrement des créanciers a été entravée ou frustrée par l'opération. Cette exigence doit être établie au moyen d'une preuve que le débiteur est devenu insolvable après avoir conclu l'opération, mais pas nécessairement par suite de celle-ci. Il ne serait pas nécessaire non plus de prouver que l'insolvabilité était prévisible ou imminente, étant donné que ce qui est pertinent en la matière est le fait que les créanciers ont été lésés par la diminution du patrimoine du débiteur par suite de l'opération. Un tel critère lié à l'intention du débiteur reposerait par conséquent sur les éléments suivants:

- le débiteur n'a reçu aucune contrepartie en retour de la valeur qu'il a cédée, ou la contrepartie reçue a une valeur de loin inférieure à la valeur cédée,
- le débiteur a conclu une opération aux fins d'entraver ou de frustrer les créanciers, et
- les circonstances sont telles que les créanciers sont incapables de recouvrer pleinement leurs réclamations lesquelles doivent être établies par la preuve de l'insolvabilité du débiteur).

[184] Une variante de cette approche consisterait à prévoir également un recours lorsque le débiteur reçoit la juste valeur mais que l'autre partie à l'opération connaissait ou aurait dû connaître l'intention frauduleuse du débiteur.

[185] L'approche adoptée par la Insolvency Act 1986 du R.-U. et par la UFTA des É.-U. prévoit un recours lorsque le débiteur fait intentionnellement obstacle au droit des créanciers de recouvrer leurs créances, bien que l'opération n'ait pas eu lieu dans des circonstances qui les empêchent totalement de recouvrer leurs réclamations. Ce serait le cas lorsque l'opération fait en sorte qu'il est davantage difficile mais non impossible pour les créanciers de mettre la main sur les actifs par des mesures d'exécution forcée. Par exemple, partons de l'hypothèse que le patrimoine du débiteur comprend une automobile de luxe de grande valeur et des actions dans une société privée exploitée par le débiteur et par sa sœur, qui détient le reste des actions. Le débiteur vend sa voiture pour une somme en argent comptant de loin inférieure à sa juste valeur et utilise cette somme pour acquérir des services ou des biens dont la valeur est spéculative ou se déprécie rapidement. L'objectif du débiteur en agissant ainsi est d'empêcher ses créanciers de saisir le véhicule. Bien que les actions aient supposément une valeur plus élevée que les réclamations des créanciers, il est très difficile de les faire réaliser à leur égard par des mesures d'exécution forcée (en présumant que la réalisation est vraiment possible en vertu des lois du territoire où elles sont situées). À l'opposé, l'automobile aurait pu être facilement saisie et vendue pour satisfaire les réclamations des créanciers. Un critère lié à l'intention du débiteur qui n'exige pas la preuve que les droits des créanciers ont été réellement frustrés aurait l'effet conjugué de faciliter la capacité de recouvrement des créanciers et d'éviter l'exercice difficile que constitue l'évaluation des biens, lesquels, bien que techniquement réalisables, seraient susceptibles d'avoir une valeur marchande substantiellement réduite s'ils étaient vendus dans le cadre de procédures d'exécution forcée.

[186] Cette illustration démontre qu'un critère souple lié à l'intention du débiteur peut permettre de rapprocher partiellement les droits de recouvrement théoriques et techniques des créanciers et

l'exercice pratique de ces droits. Cependant, cette rationalisation n'est pas entièrement convaincante, d'autant plus que des mesures d'exécution forcée particulières, comme la nomination d'un séquestre, peuvent être invoquées pour surmonter les difficultés liées à la réalisation par les moyens ordinaires.

[187] Si le critère lié à l'intention du débiteur devait être adopté, les deux questions liées au fardeau de la preuve énoncées dans la description des approches actuelles et proposées doivent être abordées:

i. Preuve de l'intention

[188] Dans le cadre de l'examen préliminaire portant sur le droit actuel, on a renvoyé aux problèmes démontrés qui découlent d'une cause d'action fondée sur la preuve de l'intention. Même si ces difficultés persistaient dans un modèle qui adopterait le critère lié à l'intention du débiteur, elles auraient très peu de conséquences dans un système qui prévoit un critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs comme solution de rechange. Sur le plan pratique, il est probable que le motif de redressement axé sur l'intention soit invoqué dans un très faible pourcentage de cas.

[189] Le modèle que propose la UFTA des É.-U. exige la preuve affirmative de l'intention du débiteur de frauder ses créanciers ou de retarder le paiement de leurs créances. Cependant, il dresse une liste des preuves circonstancielles (qui correspondent en grande partie aux « signes distinctifs de fraude » de la common law) qui peuvent permettre de déduire l'intention requise. Le modèle du professeur Cuming fournirait une présomption réfutable selon laquelle le « principal objectif du débiteur » est d'entraver ou de frauder les créanciers ou de retarder le paiement de leurs créances s'il est insolvable au moment où l'opération contestée a été conclue.

[190] On peut soutenir qu'une présomption d'intention malicieuse fondée sur l'insolvabilité est superflue. Si le débiteur est insolvable, il est fort probable que l'opération soit détectée par le critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs, sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de l'intention du débiteur. Le critère lié à l'insolvabilité due à un épuisement des actifs ne détecterait pas un cas où un débiteur insolvable conclut une opération pour une contrepartie à sa juste valeur et que l'autre partie à l'opération n'a pas agi de bonne foi, en partant de l'hypothèse que la défense de la bonne foi est incluse. Cependant, bien que la présomption de l'intention de frustrer ses créanciers puisse, dans cet exemple, produire des effets à l'égard du débiteur, elle ne produirait aucun effet contre la partie non débitrice. Par conséquent, la nécessité d'établir, par une preuve affirmative, que l'opération avait pour but (à la connaissance de l'autre partie) de faire obstacle aux créanciers n'est pas évitée par la présomption. La présomption aurait une certaine importance seulement si l'opération pouvait être mise de côté aux motifs que la partie non débitrice connaissait ou aurait dû connaître l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers.

[191] Une liste non exhaustive des circonstances qui permettraient de déduire l'intention est discutable. D'un point de vue logique, la preuve des circonstances énoncée dans la UFTA des É.-U. tendrait à établir l'intention du débiteur sans qu'il y ait reconnaissance législative. En outre, un inventaire législatif des facteurs pertinents comporte le risque que des circonstances de ce genre comprises dans la liste reçoivent une importance disproportionnée et que celles qui ne sont pas incluses ne soient pas reconnues ou qu'elles soient atténuées de manière indue. D'autre part, l'inventaire législatif peut contribuer à prévoir les conséquences liées au signalement d'un comportement qui est susceptible de donner lieu à un recours.

[192] Une dernière observation s'impose relativement à la preuve de l'intention: la norme législative dans certains systèmes est définie de telle sorte qu'un recours peut être exercé si l'objectif d'entraver

ou de frustrer les créanciers constituait la principale mais pas nécessairement l'unique intention liée à l'opération. Les exigences de la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie et celles que propose le professeur Cuming disposent que le « principal objectif » du débiteur doit être d'entraver ou de frustrer les créanciers. Aux termes de cette approche, une opération ne peut pas se justifier au motif que le débiteur était motivé en partie par d'autres intérêts, comme le fait de vouloir aider un membre de sa famille ou un organisme de bienfaisance.

ii. Preuve de la valeur échangée

[193] Le modèle du R.-U. exige de la personne qui conteste une opération d'établir qu'aucune contrepartie n'a été reçue par le débiteur ou que la contrepartie reçue était sensiblement inférieure à la valeur cédée. La UFTA des É.-U. et les modèles proposés par Cuming exigent que le cessionnaire établissent en faisant valoir un moyen de défense qu'il a cédé une valeur raisonnablement équivalente à la valeur reçue auprès du débiteur afin d'éviter qu'une réparation ne soit ordonnée contre lui.

[194] L'approche préconisée par la UFTA et par Cuming suppose en effet que l'un des motifs de fond de la cause d'action (c'est-à-dire, l'absence d'une pleine contrepartie découlant de l'épuisement du patrimoine dont peuvent disposer les créanciers) soit établi. La légitimité de relever un créancier qui souhaite contester une opération de l'obligation de prouver une partie de la cause d'action peut sembler douteuse. Cependant, certaines considérations pratiques et efficaces prévalent. En règle générale, une partie à l'opération est susceptible d'avoir rapidement accès aux renseignements et aux éléments de preuve requis pour établir la valeur de la contrepartie échangée. À l'opposé, ces renseignements seront en règle générale mis à la disposition d'un créancier seulement au moyen du processus que constituent les interrogatoires préalables et l'instruction. Les économies liées à une approche qui impose le fardeau de la preuve sur le prestataire d'informations le plus efficace ne l'emportent pas manifestement sur l'équité dans cet exemple.

c. La pertinence de la relation entre les parties

[195] Nous avons vu que les motifs de contestation d'une opération se qualifient, dans plusieurs régimes, par la nature de la relation entre les parties. En effet, il est beaucoup plus facile d'obtenir un redressement lorsque l'opération a été conclue entre des parties ayant un lien de dépendance que dans des cas où la proximité de la relation remplace la nécessité de prouver l'un des éléments de la cause d'action. La qualité particulière propre aux approches actuelles réside dans le fait que la proximité de la relation produit des effets différents dans des systèmes différents; en d'autres termes, il n'existe aucun lien avec la nature de la relation des parties et la légitimité de l'opération ou l'existence de l'un ou l'autre motif de contestation. Dans l'hypothèse la plus optimiste, la relation entre les parties peut avoir une valeur probante.

[196] En vertu des dispositions de la Insolvency Act 1986 du R.-U. relatives aux « opérations sousévaluées », l'exigence de l'insolvabilité est présumée satisfaite si l'opération a été conclue plus de deux ans mais moins de cinq ans avant la faillite et que l'autre partie était étroitement liée au débiteur [157]. Étant donné que la présomption est réfutable, la relation entre les parties remplace de façon hypothétique la nécessité de prouver l'insolvabilité [158]. La relation entre les parties ne joue pas un rôle dans les dispositions régissant les « opérations qui ont pour but de frauder les créanciers ».

[197] La relation entre les parties revêt encore plus d'importance en vertu de la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie. Si un débiteur conclut une opération pour une valeur inférieure à la juste valeur

avec une «entité apparentée» quatre ans avant la faillite, la solvabilité du débiteur ne constitue pas un moyen de défense vis-à-vis une contestation déposée par un syndic de faillite[159]. Par conséquent, la relation entre les parties remplace purement et simplement la preuve de l'insolvabilité du débiteur au moment où l'opération a été conclue. Cependant, cette même relation n'est pertinente dans la CorporationsAct2001 australienne que parce qu'elle prolonge le délai durant lequel l'opération peut être contestée de deux à quatre ans avant la date de la « rétroactivité » [160].

[198] La proximité de la relation constitue un facteur plus important en vertu des dispositions actuelles de la LFI concernant les transactions révisables; il s'agit en fait de l'un des motifs de contestation[161]. Une opération qui est conclue dans un délai d'un an de la faillite donne lieu à un recours au motif que a) les parties avaient un lien de dépendance et b) l'opération était pour une contrepartie inférieure à la juste valeur. La proximité de la relation est en réalité un remplacement pur et simple des critères typiques que sont l'insolvabilité, et l'intention de frustrer les créanciers.

[199] Les modifications que l'on propose d'apporter à la LFI retiennent cette approche. Cependant, elles prévoient également un recours quant aux opérations entre parties avec lien de dépendance qui ont été conclues plus d'un an avant la faillite mais sans dépasser cinq ans si le débiteur était insolvable à ce moment-là ou qu'il avait l'intention de frustrer ses créanciers. Dans un tel contexte, la proximité de la relation doit être établie au moyen d'une preuve affirmative. Cependant, il s'agit là de conditions préalables à l'obtention du recours. Aucun recours ne peut être exercé quant à une opération avec lien de dépendance qui se produit en dehors du délai d'un an. De plus, bien qu'il soit possible d'exercer un recours pour une opération avec lien de dépendance qui a été conclue un an avant la faillite pour le seul motif de l'insuffisance de la contrepartie, un redressement concordant est également disponible pour une opération avec lien de dépendance conclue dans ce même délai seulement s'il est établi que le débiteur était insolvable à ce moment-là et qu'il avait l'intention de frustrer ses créanciers. Il est difficile de discerner le raisonnement à la base de ces distinctions.

[200] Les commentateurs font valoir avec beaucoup de crédibilité que la relation entre les parties n'est tout simplement pas un motif valable pour permettre l'exercice d'un recours. Les professeurs Duggan et Telfer affirment ce qui suit à ce sujet :

[Traduction]

La variable qui est significative n'est pas la relation entre les parties à l'opération mais plutôt la question de savoir si le débiteur avait l'intention de frustrer ses créanciers ou, subsidiairement, s'il était insolvable au moment de l'opération ou par suite de celle-ci.[162]

Le fondement à partir duquel une opération peut être contestée devrait, en d'autres termes, être le même quelle que soit la relation entre les parties.

[201] Les professeurs Duggan et Telfer laissent entendre cependant que le fait qu'un débiteur a conclu une opération pour une contrepartie inférieure à la juste valeur avec une partie ayant un lien de dépendance peut être un signe qu'il avait des difficultés financières à ce moment-là ou qu'il avait l'intention de frustrer ses créanciers[163]. Si cette proposition est valide, la substitution du critère lié à la proximité de la relation par l'un de ces facteurs peut permettre de constituer une présomption légitime de leur existence. Cependant, la proposition est discutable et, de l'avis de l'auteur, même si elle était acceptée, elle ne ferait qu'appuyer l'adoption d'une présomption réfutable à l'égard de l'une ou l'autre question.

[202] En vertu des lois provinciales, la nature de la relation des parties est pertinente mais n'établit pas la preuve de l'intention requise de frustrer les créanciers. Dans l'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada *Koop c. Smith* souvent cité, le juge Duff s'est dit d'avis que le fait de la relation étroite entre les parties ne transfère pas proprement dit le fardeau de preuve de l'intention. Cependant, des circonstances suspectes conjuguées à la nature de la relation peuvent être considérées par un tribunal comme étant une preuve *prima facie* suffisante, qui exige une réfutation par une preuve indépendante [164]. La proximité des parties peut également constituer « un signe distinctif de fraude »; en d'autres termes, la preuve circonstancielle de l'intention doit être prise en compte avec d'autres facteurs[165]. Bien que l'analyse du juge Duff conteste la proposition voulant que la proximité de la relation justifie à elle seule la présomption de l'intention frauduleuse, les tribunaux ont parfois cité l'affaire à l'appui d'une telle approche[166].

[203] Plus précisément, la relation des parties ne constitue pas une caractéristique des systèmes proposés par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, dont l'accent est mis sur les lois provinciales, ni par le professeur Cuming dans son rapport à Industrie Canada, lequel vise la législation sur la faillite. De toute évidence, il ne s'agit pas là d'une méprise puisque la proximité de la relation est traitée dans les deux études[167]. La nature de la relation entre les parties est traitée par la UFTA des É.-U., seulement en ce que le fait que le transfert ou l'obligation consenti a été fait à un « initié » constitue l'un des facteurs qui peut être considéré pour déterminer l'intention du débiteur aux fins du critère lié à cette intention dont nous avons discuté ci-dessus[168].

[204] Il reste un dernier point à signaler : si la proximité de la relation justifie une différence de traitement dans la loi sur la faillite, ce critère est souvent assorti d'un délai prescrit. Une opération entre des personnes liées qui est conclue peu de temps avant la faillite peut être plus facilement contestée qu'une opération entre des parties sans lien de dépendance. De même, une opération qui a lieu plus d'un an (ou tout autre délai prescrit) avant la faillite peut être contestée lorsqu'elle s'est produite entre des parties liées mais non lorsqu'elle met en cause une partie sans lien de dépendance, sinon les facteurs devant être établis peuvent varier. Cette approche peut refléter le point de vue selon lequel plus le débiteur est sur le point d'être mis officiellement en faillite, plus le poids présomptif de la proximité comme preuve de l'insolvabilité ou de l'intention frauduleuse est lourd. Les professeurs Duggan et Telfer laissent entendre que la relation entre les parties peut être pertinente quant au délai durant lequel une opération peut être contestée au motif que les [traduction] «parties qui sont liées» peuvent avoir une plus grande flexibilité pour synchroniser l'opération en dehors de la période de révision prévue par la loi[169].

[205] L'étude qui précède donne à penser que l'importance qui se rattache à juste titre à la nature de la relation entre les parties à une opération contestée peut être abordée de deux façons. La première consiste à l'ignorer tout simplement à titre de facteur pertinent. La seconde est de l'utiliser comme motif pour soulever la présomption que l'une des conditions essentielles à la cause d'action a été établie. Si la seconde approche est adoptée, il faut répondre aux autres questions, soit celles de savoir si la présomption est réfutable et à quelle condition essentielle elle se rattache.

[206] La possibilité de lier la proximité de la relation à une période de temps précise dans la loi sur la faillite rend son usage dans le contexte qui nous intéresse plus défendable que d'autres circonstances. Seules les opérations qui se produisent dans un délai limité peuvent être contestées, et ce délai peut être relativement court. Le fait que le délai se rattache à la faillite accorde une certaine foi à l'hypothèse factuelle voulant que la proximité des parties indique une possibilité réelle que

l'opération s'est produite alors que le débiteur était insolvable, ou qu'elle avait pour but de frustrer ses créanciers. Le fait qu'il n'existe aucun point de référence temporel équivalent sur lequel on peut fonder une approche limitée dans le temps dans la législation sur la faillite tend à appuyer le point de vue que la proximité de la relation ne devrait pas être adoptée en tant que facteur dans une nouvelle loi provinciale, même s'il s'agit d'un facteur légitime en droit de la faillite.

[207] À l'exception de la possibilité d'adopter une approche limitée dans le temps, il y a la question de savoir si une relation étroite entre les parties justifie réellement une présomption d'intention frauduleuse ou d'insolvabilité. Si tel est le cas, il semble qu'aucun fondement légitime à partir duquel on peut empêcher une partie qui a fait affaire avec le débiteur de renverser la présomption et d'éviter toute responsabilité par une preuve affirmative à l'effet contraire. Par conséquent, une présomption qui découle de la proximité de la relation serait réfutable.

[208] Cette situation soulève le problème additionnel que constitue la charge imposée par un tel renversement du fardeau de la preuve. Bien que ce soit possible pour une partie non débitrice à une opération d'obtenir la preuve de la situation financière du débiteur et de la déposer, il lui serait probablement difficile voire impossible de prouver l'état d'esprit innocent du débiteur. Cette considération donne à penser que même l'adoption d'une présomption réfutable n'est pas recommandable.

4. Les moyens de défense et la protection des tiers

[209] Dans le cadre de la discussion portant sur les stratégies pertinentes au domaine du droit qui nous intéresse, certains soulignent que les intérêts divergents devant être considérés sont ceux des créanciers et des personnes qui traitent avec un débiteur. La politique dominante joue en faveur des créanciers en leur fournissant un recours lorsque le comportement du débiteur limite leur capacité à recouvrer leurs créances à même les biens du débiteur. Les moyens de défense prévus par la loi définissent les circonstances dans lesquelles la nécessité de protéger les intérêts d'une personne qui a fait affaire avec un débiteur l'emporte sur cette politique. La possibilité de faire valoir des moyens de défense constitue une réponse au fait que les recours que prévoit la loi visent non pas le débiteur mais la partie avec qui il a conclu l'opération contestée. Les recours qui peuvent être invoqués font l'objet de notre discussion ci-dessous. Aux fins des présentes, il suffit de noter qu'un recours est susceptible de donner lieu à un jugement d'exécution de paiement contre cette partie ou une ordonnance qui exige qu'il se départisse des biens ou de la valeur reçue aux termes de l'opération en faveur des créanciers du débiteur.

[210] Les professeurs Duggan et Telfer discutent des considérations liées à la divergence des marchés, à l'évitement de pertes et aux frais administratifs et associées au déploiement de moyens de défense comme une façon de concilier les intérêts des créanciers et des personnes qui traitent avec un débiteur^[170]. Aucune politique uniforme n'émerge de leur évaluation de ces politiques concurrentes. En ce qui concerne la gestion du risque et l'évitement de pertes, la possibilité pour les créanciers d'exercer des moyens de défense les incite à être plus conservateurs dans leur décision d'octroyer du crédit et de surveiller plus étroitement les activités de leurs débiteurs, et est susceptible d'augmenter le coût du crédit. Inversement, la non disponibilité des moyens de défense menace la finalité des opérations, mettant ainsi potentiellement un frein aux opérations commerciales et incitant à évaluer de façon plus exhaustive les conditions particulières des personnes avec qui l'on choisit de traiter. Cependant, les pratiques de gestion du risque et de surveillance n'ont généralement aucun rapport avec les créanciers involontaires et ne sont d'ordinaire possibles que pour les personnes qui possèdent

le savoir-faire et la liberté commerciale d'agir conformément à ces considérations. Bien qu'il soit nécessaire de concevoir une loi en tenant compte des répercussions éventuelles liées à la stratégie adoptée, il n'existe de toute évidence pas de «bonne» approche pour trouver le juste équilibre.

[211] La nature du recours qui peut être exercé à l'encontre d'une personne qui a traité avec un débiteur est un facteur important à considérer pour déterminer si les circonstances permettent d'offrir un moyen de défense. Un moyen de défense efficace empêcherait totalement un créancier qui conteste une opération de faire valoir un recours. Cela signifie que la possibilité d'exercer un moyen de défense ouvre la porte à une position intransigeante, du moins en ce qui concerne le créancier. D'autre part, bien que le fait qu'aucun moyen de défense puisse être exercé peut permettre de contester avec succès une opération, étant donné que la possibilité d'exercer un recours qui tient compte de l'investissement fait par une partie non débitrice offre une issue plus nuancée et plus équilibrée. Le recouvrement que peut obtenir le créancier peut, par exemple, se limiter à la différence entre la valeur donnée par le débiteur et le montant payé par le cessionnaire. D'autres approches qui permettraient à un cessionnaire de recouvrer la valeur investie dans l'opération sont analysées ci-dessous dans le cadre de la discussion sur les redressements. De telles solutions ne sont pas disponibles en vertu des lois provinciales actuelles, en vertu desquelles une opération est ou n'est pas opposable aux créanciers.

[212] La formulation de moyens de défense dépend également de la façon dont sont définis les motifs de contestation de l'opération. Bien qu'il soit difficile de discuter des moyens de défense de façon abstraite, il est possible d'aborder les considérations qui peuvent être pertinentes relativement aux deux causes d'action de type générique décrites ci-dessus, soit, une contestation qui se fonde sur une approche liée à «une insolvabilité due à un épuisement des actifs» et une approche axée sur «l'intention du débiteur respectivement. Les circonstances reconnues comme permettant d'invoquer un moyen de défense dans différents régimes sont discutées ci-dessous.

[213] Dans un souci d'économie de mots, la partie non débitrice à une opération contestée sera désignée dans la présente discussion comme étant le «cessionnaire». Cependant, il convient de garder à l'esprit que les opérations visées par la loi peuvent ne pas se limiter aux transferts de biens. Bien que la majorité des causes soient susceptibles de porter sur ce type d'opérations, certains dossiers peuvent viser la prise en charge d'une obligation ou la prestation de services par un débiteur. Le mot «cessionnaire» devrait par conséquent être compris comme faisant référence à une personne qui a reçu une valeur sous quelque forme que ce soit de la part du débiteur.

a. Valeur cédée par le cessionnaire

[214] En vertu des deux approches liées à l'insolvabilité due à l'épuisement des actifs et à l'intention du débiteur susmentionnées, l'étendue de la valeur donnée par le cessionnaire constitue l'un des motifs de contestation. L'approche liée à l'insolvabilité due à l'épuisement de actifs exige que le débiteur soit insolvable et qu'il reçoive une contrepartie inférieure à la juste valeur en échange de la valeur cédée, alors que l'approche axée sur l'intention du débiteur exige de démontrer que le débiteur avait l'intention d'entraver ou de frustrer ses créanciers et qu'il a reçu une contrepartie inférieure à la juste valeur en échange de la valeur cédée.

[215] Si la personne qui conteste une opération est tenue de prouver que le débiteur a reçu moins que la valeur raisonnablement équivalente à la valeur cédée, il n'est pas pertinent d'offrir un moyen de défense au cessionnaire qui a, pour sa part, cédé une valeur raisonnablement équivalente.

Autrement dit, si une valeur raisonnablement équivalente a été cédée, les motifs de contestation ne sont pas établis et le cessionnaire n'a pas besoin de faire valoir un moyen de défense. De même, le fait que le cessionnaire peut avoir cédé une certaine valeur ne peut être invoqué comme moyen de défense si la cause d'action part de l'hypothèse qu'un échange pour une valeur inférieure à une valeur raisonnablement équivalente justifie un recours[171]. Le transfert d'une valeur partielle peut, cependant, jouer un rôle dans la détermination du recours qui a été accordé.

[216] Une autre approche à l'égard de la structuration de la cause d'action consiste à exiger de la personne qui conteste qu'elle établisse le premier élément et qu'elle fournisse un moyen de défense au cessionnaire en vertu duquel celui-ci peut établir qu'il a donné une valeur raisonnablement équivalente pour les avantages reçus. La UFTA des É.-U. et les recommandations du Professeur Cuming adoptent cette stratégie, mais seulement en ce qui a trait au critère lié à l'intention du débiteur. En d'autres termes, les créanciers (ou le syndic) ont droit d'exercer un recours s'il peuvent établir que le débiteur a conclu une opération avec l'intention d'entraver ou de frustrer les créanciers, mais la preuve présentée par le cessionnaire qu'il a donné en échange une valeur raisonnablement équivalente constitue un moyen de défense, à la condition que le cessionnaire puisse également démontrer qu'il ne connaissait pas l'intention du débiteur.

[217] Cela démontre que, lorsqu'il faut savoir si le transfert d'une valeur est pertinent comme moyen de défense, cela dépend de la façon dont la cause d'action est structurée. L'effet de la première approche est d'imposer le fardeau de prouver la valeur de la contrepartie échangée sur un créancier qui conteste l'opération. La deuxième approche impose ce fardeau sur le cessionnaire défendeur. La stratégie législative qui doit être adoptée est matière à débat. La même approche peut ou peut ne pas être considérée comme étant appropriée en ce qui touche le critère lié à l'insolvabilité due à l'épuisement des actifs et le critère lié à l'intention du débiteur.

[218] Il existe au moins deux raisons conjecturales pour appuyer la nécessité de structurer la cause d'action et les éléments de défense différemment en ce qui a trait au critère lié à l'insolvabilité due à l'épuisement des actifs par rapport au critère lié à l'intention du débiteur. La première est que si les créanciers doivent être relevés de leur obligation de prouver que le débiteur avait l'intention de les frustrer, il est raisonnable d'exiger de leur part qu'ils établissent à tout le moins que l'opération contestée a épuisé les actifs dont ils pouvaient disposer. Il serait injuste pour les cessionnaires d'exiger de leur part qu'ils présentent une défense qui se fonde sur la seule preuve de l'insolvabilité du débiteur. En revanche, si un créancier peut prouver que le débiteur a conclu une opération afin de frustrer ses créanciers, il peut être raisonnable d'exiger du cessionnaire de s'acquitter du fardeau de prouver que l'opération était légitime en ce qui concerne la valeur échangée.

[219] Une deuxième raison possible d'adopter une approche différente est que, lorsqu'il est prouvé que le débiteur avait l'intention d'entraver ou de frustrer ses créanciers, le cessionnaire est appelé à établir son innocence. On peut y parvenir en déposant la preuve d'une valeur incommensurable à un créancier demandeur et en offrant un moyen de défense à un cessionnaire qui peut prouver qu'il ne connaissait pas, et qu'il ne pouvait raisonnablement connaître, l'intention du débiteur. Cependant, une approche courante dans la tradition anglaise de la common law consiste à jumeler valeur et bonne foi. En effet, il s'agit essentiellement de l'approche représentée par les lois provinciales actuelles.

b. L'intention ou la connaissance du cessionnaire

[220] Comme nous venons tout juste de le faire observer, certains systèmes de droit que nous avons considérés permettent de faire valoir un moyen de défense au cessionnaire qui peut établir qu'il a traité avec un débiteur de bonne foi, au sens où il n'a pas été complice de l'ingérence dans les droits du créancier. Lorsque la cause d'action se fonde sur l'insolvabilité et qu'elle n'exige pas la preuve de l'intention de la part du débiteur, la bonne foi des personnes qui traitent avec lui n'est généralement pas prise en considération. Toutefois, la Corporations Act 1966 de l'Australie a créé un précédent en permettant au cessionnaire de faire valoir un moyen de défense fondé sur sa connaissance de l'insolvabilité du débiteur. La loi dispose qu'une ordonnance ne doit pas être émise au détriment d'une personne qui:

- est partie à l'opération de bonne foi; et qui
- n'avait aucun motif raisonnable de soupçonner à ce moment-là que l'entreprise était ou allait devenir insolvable, et qui
- a cédé une contrepartie à titre onéreux ou qui a changé de position sur la foi de l'opération [172].

En apparence, le fait que le cessionnaire doit établir trois des quatre conditions donnent à penser que ce moyen de défense peut favoriser que minimalement la politique de la finalité des transactions. D'autre part, on pourrait dire que l'exigence de la bonne foi est superflue, puisque la preuve en serait établie dans pratiquement chaque cause où le cessionnaire n'avait aucune raison de soupçonner l'insolvabilité de l'entreprise, et une certaine considération lui sera accordée dans la plupart des cas.

[221] Un moyen de défense qui se réduit à la preuve que le cessionnaire ne savait pas, ou ne pouvait raisonnablement savoir, que le débiteur était insolvable rendrait très difficile la tâche des créanciers de contester avec succès un transfert pour une contrepartie inférieure à sa juste valeur, minant ainsi sérieusement la concrétisation de la politique visant à protéger les droits des créanciers. Comme nous l'avons proposé précédemment, le fardeau imposé sur un cessionnaire qui n'avait aucune raison de douter de la solvabilité du débiteur peut être réduit en lui permettant d'exercer un recours qui tiendra compte de la valeur qu'il a investie dans l'opération. Bien que le refus d'accorder un moyen de défense enfreigne généralement la finalité des transactions dans de telles circonstances, un recours bien adapté peut assurer un degré considérable de justice entre des parties précises.

[222] La pertinence de la connaissance du cessionnaire peut différer lorsque le motif de contestation de l'opération est l'intention du débiteur de faire obstacle à ses créanciers. Nous avons vu que dans un tel contexte, certains modèles offrent un moyen de défense au cessionnaire qui peut faire la preuve qu'il ne connaissait pas les motifs du débiteur ou qu'il n'avait aucune raison de les soupçonner. En effet, cela réduit davantage l'étendue de la cause d'action fondée sur l'intention du débiteur en permettant à un créancier de recouvrer ses créances seulement lorsque l'opération suppose une contrepartie inférieure à la juste valeur et que les deux parties sont en cause en ce qui touche l'obstruction des droits. Cependant, il existe une certaine injustice à vouloir s'ingérer dans une opération en invoquant la mauvaise foi du débiteur lorsque le cessionnaire ignorait complètement la fraude. Cette perception est étayée par le préjugé traditionnel de la common law en faveur de l'«acheteur de bonne foi et à titre onéreux». Il reste à préciser si la possibilité de distribuer la perte au moyen du recours prévu est un motif suffisant pour nier un moyen de défense dans ce contexte.

[223] Si l'ignorance des motifs du débiteur devait être adoptée en tant que moyen de défense, elle peut être, sans que cela ne soit nécessaire, combinée à l'exigence voulant que le cessionnaire prouve qu'il a donné une contrepartie essentiellement juste pour la valeur reçue de la part du débiteur. Comme nous l'avons noté précédemment, la preuve de la valeur cédée ne doit être considérée qu'à titre de moyen de défense si la cause d'action n'exige pas du créancier qui conteste que la contrepartie cédée par le cessionnaire ait eu une valeur considérablement inférieure à la valeur cédée par le débiteur.

c. Changement de position par le cessionnaire

[224] Dans une certaine mesure, le droit canadien reconnaît implicitement le changement de position comme moyen de défense dans une cause d'action portant sur l'annulation d'une opération. La législation provinciale actuelle prévoit les circonstances dans lesquelles les biens qui ont été initialement transférés au cessionnaire ont été aliénés, prévoyant un droit de recouvrement du produit si l'opération est annulée. Cependant, il semble qu'un jugement ne puisse être rendu contre le cessionnaire si les biens originaux ou le produit identifiable ne sont ni l'un ni l'autre demeurés en sa possession[173]. Un transfert peut être contesté à titre de disposition en vertu de la LFI seulement si le disposant voulait retenir les biens, et la jurisprudence laisse entendre de plus que les biens doivent être retenus d'une quelconque façon[174]. Par conséquent, aucun recours ne peut être exercé contre un cessionnaire qui a aliéné les biens reçus de la part du débiteur et qui en a dilapidé le produit.

[225] La pertinence implicite d'un changement de position qui comprend notamment la dilapidation des biens reçus de la part du débiteur est sans aucun doute le résultat de la façon dont le recours est défini dans la loi actuelle, soit que l'opération est « nulle » ou inopposable au créancier qui conteste ou au syndic de faillite. Étant donné que le concept d'annulation suppose la réintégration des parties dans leur position initiale, un recours ne peut être accordé lorsque ce n'est plus possible d'atteindre ce résultat. Il ne s'agit pas là d'un obstacle dressé par les systèmes modernes, lesquels prévoient un éventail de redressements, y compris la possibilité d'obtenir un jugement d'exécution de paiement contre un cessionnaire.

[226] Sauf en ce qui a trait au moyen de défense restreint que constitue le changement de position prévu par la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie susmentionnée, ni la législation examinée ni les projets de réforme n'offrent au cessionnaire un moyen de défense absolu au motif qu'il a changé de position après l'opération contestée ou par suite de celle-ci. Étant donné que la reconnaissance de changement de position comme moyen de défense minerait considérablement la capacité des créanciers à recouvrer leurs créances, il n'existe aucune raison apparente pour adopter une approche différente. Les recommandations de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique illustrent la possibilité de tenir compte du changement de position pour attribuer une réparation. Ces recommandations prévoient l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au tribunal pour refuser d'émettre une ordonnance lorsqu'un cessionnaire a, sur la foi de l'opération [traduction] « changé de position à un point tel qu'il serait inéquitable de rendre une ordonnance de redressement » [175]. Le fait que la reconnaissance du changement de position relève du pouvoir discrétionnaire du juge signifie qu'il ne s'agit pas d'un moyen de défense mais seulement d'un facteur pouvant être considéré.

d. Protection des tiers traitant avec un cessionnaire

[227] Un cessionnaire qui reçoit des biens d'un débiteur aura souvent traité ces biens avant la contestation de l'opération aux termes de laquelle ils ont été acquis. La plupart des systèmes

modernes abordent la question des droits des créanciers contre les tiers qui reçoivent les biens ou la valeur qui proviennent du débiteur par ce moyen indirect. L'approche prédominante est d'ordonner des mesures de redressement contre cette personne[176], à moins que la personne n'ait acquis ses droits dans la valeur et, lorsque l'opération est corrompue par l'intention frauduleuse du débiteur, qu'elle n'ait pas eu connaissance de ce fait[177].

e. Opérations servant les intérêts commerciaux du débiteur

[228] La Insolvency Act 1986 du R.-U. permet à une personne qui a conclu une «opération sous-évaluée» avec une personne morale débitrice d'invoquer une défense au motif que:

- la personne morale a conclu l'opération de bonne foi et aux fins d'exploiter son entreprise,
- qu'au moment où elle a conclu cette opération, il y avait des motifs raisonnables de croire que l'opération était avantageuse pour l'entreprise.

[229] L'effet de cette disposition est qu'un débiteur insolvable est libre de se livrer à des activités commerciales qui diminuent les biens dont peuvent disposer les créanciers s'il peut être prouvé que les personnes agissant au nom de l'entreprise croyaient que l'opération était avantageuse pour elle. Le professeur Goode est d'avis que le critère de la bonne foi ne constitue pas une exigence d'honnêteté au sens général, mais concerne plutôt la question de savoir si les personnes agissant au nom de la personne morale croyaient sincèrement que l'opération favoriserait les intérêts de celle-ci. À titre d'exemple, il laisse entendre que si les biens sont achetés dans des circonstances où l'entreprise est connue pour ne pas être en mesure de payer les biens visés, elle agit «de bonne foi » aux fins de la Loi [178]. Le deuxième volet du moyen de défense suppose qu'une opération conclue aux fins de frustrer des créanciers est néanmoins considérée comme ayant été conclue de bonne foi tant et aussi longtemps que l'on croit sincèrement qu'elle était avantageuse pour l'entreprise. Ce moyen de défense est semble-t-il conçu pour faciliter la survie des personnes morales en permettant à une entreprise dans une situation financière précaire d'offrir des modalités qui inciteront les autres à continuer de faire des affaires avec elle ou de retarder la décision d'intenter des poursuites contre elle dans l'espoir qu'elle pourra surmonter ses difficultés financières.

[230] Le professeur Goode critique cette disposition. Cette défense peut fonctionner à l'encontre d'une personne qui fait des affaires avec une personne morale en permettant à celle-ci, par l'intermédiaire de son liquidateur, de demander l'annulation de l'opération en alléguant sa propre mauvaise foi, malgré le fait que l'autre partie a agi de bonne foi et qu'elle ne savait pas que la personne morale était insolvable ou qu'elle avait agi de mauvaise foi[179]. Il fait remarquer par ailleurs qu'il n'existe pas de critère objectif d'invalidité en ce qui concerne les opérations sous-évaluées conclues par un débiteur, rendant très difficile la tâche des créanciers de mener à bien leur cause[180]. Il s'agirait d'une fonction de la réserve fondée sur l'intention intégrée par ce moyen de défense.

[231] Ainsi, on peut se demander si, en règle générale, il est souhaitable de prévoir une défense en ce qui concerne les opérations conclues par des débiteurs dans le cours normal des activités de leur entreprise. L'avant-projet de loi inclus dans le rapport de la CRDCB écarterait la possibilité d'un redressement relativement à [traduction] « une disposition de biens faite dans le cours normal des activités de l'entreprise du cédant » [181]. Cependant, la législation est conçue pour viser autant les opérations sous-évaluées que les traitements préférentiels à des créanciers. Bien que cette condition

soit requise dans le dernier contexte, il est moins clair qu'il y ait une telle nécessité dans le premier cas.

[232] L'adoption de la défense fondée sur « le cours normal des activités d'une entreprise » en ce qui a trait aux opérations sous-évaluées soulève deux préoccupations, qui découlent toutes deux du fait qu'il existe un dilemme voire une contradiction dans la proposition voulant qu'une opération conclue par un débiteur insolvable pour une contrepartie inférieure à la juste valeur puisse néanmoins constituer une « opération dans le cours normal des activités d'une entreprise ». Des opérations conclues dans le cours normal des activités d'une entreprise supposeraient par définition l'échange d'une valeur raisonnablement équivalente. Le simple fait qu'une opération est conclue dans le cours des activités d'une entreprise en ferait-elle une opération conclue « dans le cours normal » de ses activités, malgré le fait que le débiteur a cédé une contrepartie considérablement inférieure à ce qu'il a reçu ou qu'il n'a reçu aucune contrepartie quelle qu'elle soit? Comment un tribunal pourra-t-il résoudre ce problème d'interprétation? Si une opération sous-évaluée peut être caractérisée comme ayant été conclue dans le cours normal des activités d'une entreprise simplement parce qu'elle fait partie d'une activité commerciale, l'étendue de la cause d'action fondée sur « l'insolvabilité due à un épuisement des actifs » s'en trouve considérablement réduite et le fardeau de présentation de la preuve contradictoire en vue d'établir qu'une opération a été conclue dans le cours normal des activités d'une entreprise rendra ardue la tâche des créanciers de contester avec succès des opérations conclues par des débiteurs commerciaux. Ni la UFTA des É.-U. ni les propositions du professeur Cuming n'incluent la défense basée sur le cours normal des activités d'une entreprise, et ni la Insolvency Act 1986 du R.-U. ne prévoit une défense de cette nature en ce qui a trait à des débiteurs dépourvus de personnalité morale[182].

5. Redressement

a. Formes de redressements et facteurs pertinents

[233] Depuis toujours, le type de redressement dont dispose un créancier ou le syndic de faillite du débiteur découle du concept selon lequel une opération qui contrevient à la loi leur est inopposable ou peut être annulée en leur faveur. Un tel redressement repose sur le fait que les biens ont été transférés aux termes de l'opération, le but étant de les mettre à la disposition des créanciers pour satisfaire leurs réclamations en annulant théoriquement l'opération qui a soustrait les biens visés de leur portée. Bien que cette approche soit conforme aux fondements conceptuels et stratégiques du droit actuel, elle produit un résultat mécanique, qui dans certaines circonstances ne peut pas fournir une solution optimale sur le plan pratique. Ce qui cause des problèmes particuliers est essentiellement le fait qu'entre les créanciers et la personne qui a traité avec le débiteur, il s'agit essentiellement d'un jeu où il y a un gagnant et un perdant. Cette approche ne permet aucun rajustement qui tiendrait compte des intérêts légitimes des deux parties. Dans certains cas, la base même du redressement liée au droit de propriété peut faire obstacle à toute réparation quelle qu'elle soit, même si la cause d'action est établie [183].

[234] Dans la majorité des cas, les régimes législatifs qui ont fait l'objet de la présente étude fournissent des mesures de redressement plus souples qui tiennent compte d'une panoplie d'ordonnances conçues pour adapter le redressement aux circonstances examinées. L'objectif qui doit être atteint par l'attribution de la réparation peut être mentionné, suivi d'une liste plus détaillée des types d'ordonnance qui peuvent être émises et des facteurs devant être pris en considération. La Insolvency Act 1986 du R.-U. prévoit par exemple que le tribunal peut [traduction] « rendre toute

ordonnance qu'il juge approprié pour rétablir [les parties] dans la position [qu'elles] auraient eue si l'opération n'avait pas été conclue»[184].

[235] Les deux principaux éléments des régimes de redressement modernes sont les suivants:

- les ordonnances qui permettent le recouvrement à même les biens transférés aux termes de l'opération en cause ou à même son produit (avec ou sans annulation de l'opération en question), et
- les ordonnances condamnant au paiement de sommes d'argent représentant la valeur reçue par la personne qui a traité avec le débiteur ou, dans certaines circonstances par un tiers qui a indirectement tiré profit de l'opération.

[236] Certains régimes confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire large et imprécis, alors que d'autres restreignent le redressement à une liste détaillée de types d'ordonnances qui peuvent être rendues dans des circonstances particulières. Par exemple, l'article 588FF de la Corporations Act 2001 de l'Australie offre un degré de précision qui est inhabituel comparativement à d'autres lois. Elle prévoit entre autres:

[Traduction]

(e) une ordonnance qui efface ou qui acquitte, en totalité ou en partie, une dette contractée, ou une sûreté ou garantie donnée, par la personne morale [débitrice] aux termes d'une opération ou attribuable à celle-ci;

...

(h) une ordonnance déclarant nulle une entente constituant une opération, ou qui en fait partie ou qui lui est attribuable, ou une partie précise de cette entente, au moment où l'opération a été conclue ou après cette conclusion, ou à une date ultérieure précise ou après cette date;

(i) une ordonnance qui modifie cette entente tel que le prévoit l'ordonnance, et si le tribunal le juge approprié, qui déclare que l'entente a pris effet, telle qu'elle a été modifiée, au moment où l'opération a été conclue ou après cette conclusion, ou à une date ultérieure précise ou après cette date;

(j) une ordonnance déclarant que cette entente, ou des dispositions précises de cette entente, sont inopposables.

[237] La loi peut également prévoir que le redressement accordé peut être formulé pour reconnaître l'un ou l'autre des facteurs suivants:

- l'investissement fait dans le cadre de l'opération par la personne qui a traité avec le débiteur ou, en ce qui concerne une ordonnance de redressement contre un tiers, par cette partie[185].
- la plus-value ou la moins-value des biens transférés, les dépenses qui ont augmenté la valeur des biens sous réserve de l'opération et des obligations contractées sur la foi de celle-ci[186].
- la mesure dans laquelle la personne qui a traité avec le débiteur, ou en ce qui concerne l'ordonnance de redressement contre un tiers, cette partie, connaissait ou aurait dû connaître les

circonstances constituant la cause d'action (c.-à-d., l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers ou l'insolvabilité ou la quasi-insolvabilité du créancier, selon le cas)[187].

[238] De plus, des dispositions peuvent être prévues pour les ordonnances qui ont pour but de s'assurer que les avantages d'un redressement accordés aux créanciers seront réalisés. Ces dispositions peuvent comprendre ce qui suit:

- une ordonnance créant un privilège sur les biens de la personne contre qui la réparation a été attribuée, et exécutoire par le créancier qui a eu gain de cause. Des ordonnances accessoires peuvent également être émises en ce qui a trait à l'enregistrement ou à l'exécution du privilège [188].
- une ordonnance de la nature d'une injonction ou de la nomination d'un séquestre pour empêcher la personne contre qui l'ordonnance a été émise de disposer des biens visés par l'opération contestée ou de tout autre bien, ou prévoyant le recouvrement auprès de cette personne[189].

[239] Finalement, des redressements particuliers peuvent être prévus en ce qui concerne d'autres types d'opérations désignés. En voici quelques exemples:

- une ordonnance qui efface ou qui acquitte une dette ou une garantie donnée dans le cadre d'une opération[190].
- l'attribution d'un redressement contre les administrateurs d'une personne morale débitrice qui a racheté ses propres actions, émis un dividende ou qui s'est livrée à une autre activité prévue par la loi[191], sous réserve d'une défense basée sur des «motifs raisonnables» ou sur la diligence raisonnable[192].
- l'annulation d'une politique d'assurance ou une rente, assortie de l'indemnisation appropriée à la société émettrice[193].
- des ordonnances rétablissant les garanties ou les autres formes de sûreté qui ont été libérées par suite de l'opération en question[194].

[240] Quelques observations peuvent être émises relativement à différents points soulevés ci-dessus.

i. Fondement théorique du redressement:

[241] Une question théorique liée à la manière de définir les redressements porte sur l'usage du libellé qui renvoie à l'annulation de l'opération. Bien qu'il s'agisse d'une caractéristique courante des régimes de redressement actuels, la notion voulant que l'opération soit en quelque sorte annulée peut avoir des conséquences imprévues et indésirables, tant à l'égard des droits et obligations des parties immédiates qu'envers les tiers qui sont indirectement visés par l'opération. Dans la plupart des systèmes de droit privé, les redressements partent du principe de l'annulation de l'opération et, dans la mesure où le développement historique de la doctrine ne prévoit pas une telle approche, cela crée souvent des difficultés que les tribunaux se sont efforcés de contourner[195]. Il serait par conséquent utile de ne pas assurer la mise en disponibilité d'un redressement en fonction de l'«annulation» de l'opération. Même si l'une des solutions de redressement offertes peut supposer que les biens seront

de nouveau dévolus ou que les parties à l'opération seront rétablies dans leur position initiale, cette ordonnance doit être fondée sur une déclaration d'annulation.

ii. Ordres de paiement

[242] Un système qui prévoit une cause d'action fondée sur des opérations autres que celles qui mettent en cause le transfert de biens doivent prévoir des redressements qui prennent la forme d'un jugement d'exécution de paiement, puisqu'il n'est pas possible de prévoir un redressement qui s'adresse tout particulièrement aux biens visés par l'opération. Même si l'opération vise le transfert de biens, un ordre de paiement peut constituer une forme de redressement plus adaptée qu'une ordonnance qui a pour but de recouvrer les biens en soi, ou son produit. Entre autres considérations, cette ordonnance peut être actualisée pour tenir compte de la valeur cédée ou de tout autre inconvénient subi par la personne qui détient les biens en ce qui concerne l'opération dans le cadre de laquelle ils ont été acquis.

[243] Malgré l'utilité d'offrir un régime de redressement à multiples facettes, il peut être approprié de manifester une préférence générale en faveur d'une ordonnance sur les biens dans des cas visant le transfert de biens, à la condition qu'une telle ordonnance constitue un redressement juste et efficace compte tenu des circonstances de l'espèce. Cette approche empêcherait l'émission d'ordonnances qui pénalisent indûment un cessionnaire en imposant des obligations qui ne sont pas directement liées à la perte subie par les créanciers après avoir soustrait les biens visés de l'application de mesures d'exécution forcée. Si l'ordonnance vise la rétrocession des biens au débiteur ou la cession à un ou à plusieurs créanciers, l'intérêt du cessionnaire peut être reconnu par la déclaration d'un privilège sur les biens jusqu'à concurrence de la valeur investie dans l'opération.

iii. Protection des personnes traitant avec le débiteur et des tiers par la qualification du redressement accordé

[244] Comme nous l'avons fait observer précédemment, assortir un redressement d'une réserve peut remplacer la nécessité de prévoir un moyen de défense en permettant à un tribunal de tenir compte de circonstances prévues par la loi comme étant pertinentes pour accorder la réparation en question. Cela est d'autant plus vrai en ce qui a trait à l'investissement fait par le défendeur dans le cadre de l'opération contestée ou par suite de l'opération. La cession d'une valeur par la partie qui a traité avec le débiteur ou par un tiers qui a acquis les biens transférés originalement par le débiteur peuvent être pris en compte dans l'attribution du redressement sans annuler les droits liés au respect par le créancier des exigences de la cause d'action.

[245] La mesure dans laquelle les facteurs autres que la valeur cédée peuvent être pris en compte dans la formulation d'un redressement peut effectivement annuler le droit au redressement. Si, par exemple, un créancier a droit de se voir accorder un redressement moyennant la preuve que a) le débiteur était insolvable au moment où a été conclue l'opération et que b) le débiteur n'a reçu aucune contrepartie pour la valeur cédée ou que la valeur échangée était substantiellement incommensurable, le fait d'assortir le redressement d'une réserve qui enjoint le tribunal à tenir compte de la question de savoir si le défendeur connaissait ou aurait dû connaître l'insolvabilité du débiteur peut supprimer par un moyen détourné ce qui a été offert d'emblée. En outre, si l'état d'esprit du défendeur est désigné comme étant un facteur à considérer mais non comme un moyen de défense, il sera difficile pour les tribunaux de transposer la pertinence de ce facteur en termes monétaires.

[246] Dans certains systèmes, la reconnaissance de la valeur cédée par le défendeur est jumelée à l'étendue de sa culpabilité en ce qui a trait aux modalités de l'ordonnance qui peut être accordée. En d'autres termes, la loi peut permettre que l'ordonnance indemnise le défendeur pour la valeur cédée seulement s'il a agi sans aucune connaissance, effective ou imputée, de l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers[196]. En vertu de cette approche, l'état d'esprit coupable du défendeur ne peut être invoqué pour empêcher l'attribution d'un redressement; l'innocence du défendeur lui permet plutôt de recouvrer ou de conserver la valeur investie dans l'opération. Cependant, étant donné que l'approche n'est pas directement attribuable à la mesure dans laquelle les créanciers ont été touchés par l'opération, elle doit être justifiée par un autre motif. Par ailleurs, il faut reconnaître que le refus d'indemniser un défendeur «à l'intention coupable» pour la valeur cédée au débiteur permet aux créanciers d'obtenir éventuellement un double recouvrement.

[247] Partons de l'hypothèse, par exemple, que le débiteur a échangé au défendeur son camion évalué à 20000\$ en retour d'une automobile dont la valeur s'élève à 10000\$. Mis à part leur droit de contester l'opération, les créanciers ont le droit de recouvrer l'automobile en possession du débiteur. Si le redressement accordé après avoir contesté avec succès l'opération leur attribue la juste valeur du camion de 20000\$ transféré au défendeur au motif que le défendeur connaissait l'intention frauduleuse du débiteur, sans aucune actualisation de la valeur cédée, les créanciers pourraient obtenir un recouvrement potentiel de 30000\$ au lieu de 20000\$. Le résultat est théoriquement le même lorsque la valeur versée par le défendeur est un montant en espèces ou une forme quelconque de liquidité, tant et aussi longtemps que l'opération fournit au débiteur un actif réalisable. Si, par conséquent, l'état d'esprit du défendeur devait jouer un rôle quel qu'il soit dans la formulation du redressement, il peut être souhaitable de reconnaître cet état d'esprit comme étant un facteur qui peut être pris en compte par le tribunal en ce qui concerne le droit du défendeur de recouvrer la valeur cédée, plutôt que comme une condition préalable cruciale pour obtenir un redressement.

[248] Des facteurs disculpatoires comme l'ignorance du cessionnaire des circonstances pertinentes peuvent également être reconnus autrement que dans le cadre d'une défense ou d'un recours assorti d'une condition que peuvent exercer les créanciers. On parviendrait à un tel résultat en accordant à cette personne un recours opposable au débiteur ou contre les actifs qu'il détient. À titre d'exemple, le professeur Cuming émet cette recommandation dans le contexte de dispositions applicables en matière de faillite:

Lorsqu'une transaction est annulée, le destinataire des biens ou le créancier obligataire qui connaissait ou avait un motif raisonnable de connaître les intentions du débiteur mais qui n'était pas de connivence avec ce dernier devrait, en tant que créancier dans la faillite, pouvoir réclamer un montant équivalant à la valeur de la contrepartie qu'il a versée au débiteur au moment de la transaction[197].

iv. Disposition d'application du redressement accordé

[249] Deux observations peuvent être faites quant à la manière de faire appliquer le redressement qui a été attribué. En règle générale, une ordonnance sera opposable au défendeur de la même manière que tout autre redressement de cette nature. Un jugement d'exécution de paiement sera opposable conformément aux lois régissant l'exécution de jugements du territoire en cause. Il peut être nécessaire de retenir des variantes dans les dispositions relatives au redressement pour tenir compte des différences applicables d'une province à l'autre au chapitre de l'enregistrement des jugements et la possibilité d'exercer des mesures injonctives ou autres formes de redressement dans le contexte spécifique de l'exécution des jugements.

[250] Un autre facteur crucial est la question de savoir s'il peut être approprié de prévoir des mesures de redressement qui produiront leurs effets autrement que dans le cadre d'un système d'exécution des jugements, comme par exemple, une disposition selon laquelle une charge grevant un bien obtenu au moyen d'un redressement peut être exécutée de la même manière qu'une sûreté permettrait à un créancier de saisir le bien directement, sans se prévaloir d'un système d'exécution des jugements [198]. Le même objectif serait essentiellement atteint par une ordonnance cédant à un créancier demandeur le bien visé par l'opération contestée. Bien que l'une ou l'autre approche ou les deux à la fois soient possibles en tant que solutions de rechange, il est important de se rappeler qu'elles ne devraient produire leurs effets que si elles permettent de faire obstacle au principe du partage incorporé dans la législation canadienne sur le désintéressement des créanciers. L'une des principales distinctions entre les droits découlant d'une sûreté et ceux accordés par jugement est que, sous réserve des considérations liées à l'ordre de priorité, une sûreté fournit à son créancier le droit exclusif de réclamer la valeur du bien visé alors qu'un jugement permet uniquement au créancier de faire valoir sa réclamation sur un même plan que les autres créanciers admissibles. Nous en discutons plus loin au paragraphe d) ci-dessous.

b. Personnes faisant l'objet d'une ordonnance

[251] Dans la plupart des cas, les créanciers qui contestent une opération chercheront à obtenir un redressement contre la personne qui a traité avec le débiteur. Cependant, tous les régimes prévoient des mesures de redressement opposables aux tiers si les circonstances le justifient. Une ordonnance peut être rendue contre une personne qui a acquis le bien visé par l'opération sur laquelle les procédures se fondent, ou qui a autrement tiré profit de l'opération. Cette ordonnance est interdite lorsque le cessionnaire a fourni une juste valeur ou ne connaissait pas les circonstances au soutien de la cause d'action, ou pour ces deux raisons.

c. Possibilité d'exercer le recours lorsque la réclamation n'est pas échue ou fixée par jugement

[252] La possibilité d'exercer un recours doit reposer sur la reconnaissance de la qualité pour contester une opération. Si une personne qui fait valoir une réclamation non encore échue ou qui a été fixée par jugement se voit accorder la qualité pour contester une opération, il faut trouver un moyen pour fournir un recours valable sans toutefois écarter la condition d'établir la réclamation. Le dilemme qui existe entre la nécessité de protéger les créanciers qui ont une réclamation légitime mais non échue et l'obligation de s'assurer qu'une réclamation à l'appui d'une ordonnance de redressement est en réalité légitime se reflète dans l'avant-projet de loi proposé dans le rapport de la CRDCB:

[Traduction]

5(1) Sauf ordonnance contraire de la Cour, une procédure en redressement en vertu de la présente partie ne peut être intentée qu'aux conditions suivantes:

- (a) si le demandeur a obtenu jugement à l'égard d'une obligation que lui doit le cédant, ou
- (b) si le demandeur a droit d'intenter des poursuites pour faire exécuter l'obligation.[199]

[253] Le commentaire qui accompagne la disposition semble indiquer que bien qu'un demandeur dont la créance ne serait pas en règle ne soit pas en mesure de nuire à une opération commerciale, un

demandeur dont la créance ne serait pas encore échue pourrait être lésé par une disposition de biens à moins qu'il soit en mesure d'agir avec diligence.

[254] La UFTA des É.-U. adopte une approche plus extensive. Une personne qui a une « réclamation », qu'elle soit oui ou non échue ou fixée par jugement, est un « créancier » à l'égard de qui une opération peut être déclarée frauduleuse; en d'autres termes, le titulaire de la réclamation a une cause d'action malgré le fait que cette réclamation est virtuelle à l'égard des biens des créanciers reconnus[200]. Cependant, les dispositions relatives au redressement sont conçues pour offrir une réponse adéquate lorsqu'il serait prématuré de rendre une ordonnance condamnant au paiement de sommes d'argent ou à la cession de biens contre le débiteur. Le tribunal peut [traduction] « émettre une injonction pour empêcher une disposition ultérieure par le débiteur ou un cessionnaire, du bien cédé ou de tout autre bien » ou peut nommer un séquestre [traduction] « qui assumera la charge du bien cédé ou de tout autre bien du cessionnaire »[201]. Dans le commentaire officiel, on fait observer qu'aux termes de la Uniform Fraudulent Conveyance Act, qui a précédé la UFTA, ces dispositions ne s'appliquaient qu'à un créancier dont la réclamation n'était pas échue. Bien qu'elles s'appliquent désormais à tous les créanciers, la nécessité de faire écho aux réclamations non encore échues constituait la principale motivation pour justifier leur inclusion[202].

[255] L'approche préconisée par la UFTA élimine la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal avant d'instituer des poursuites. Étant donné que le demandeur doit établir son droit d'obtenir réparation dans le cadre de l'instance même, il semble n'y avoir aucun danger à offrir un redressement à une personne dont la réclamation n'est pas encore échue tant et aussi longtemps que le redressement accordé suspend la possibilité de recouvrement réel d'une manière appropriée aux circonstances de la cause.

d. L'application du principe de partage dans la décision d'accorder un redressement

[256] Nous avons laissé entendre dans les paragraphes précédents qu'un régime de redressement fondé sur l'annulation d'une opération et sur le rétablissement des parties à l'opération dans leur position initiale n'offre qu'une réponse limitée à l'éventail d'opérations que la législation moderne se devrait de traiter. Cependant, ce régime a l'avantage d'esquiver la question de savoir comment prévoir un redressement qui ne porte pas atteinte à la politique de partage des créanciers incorporée dans la législation canadienne sur le désintéressement des créanciers, laquelle caractérise de façon unique les lois excluant la faillite des provinces canadiennes de common law. Si les biens sont tout simplement dévolus de nouveau au débiteur, ils sont mis à la disposition de tous les créanciers du débiteur par l'exercice de leurs droits ordinaires d'exécution, y compris par l'application de la législation sur le désintéressement des créanciers. À l'opposé, une ordonnance condamnant le débiteur au paiement d'une somme d'argent s'applique au profit exclusif du créancier ou des créanciers qui sont parties à l'instance, et elle génère des droits d'exécution, non pas à l'encontre du débiteur mais plutôt à l'encontre du débiteur non créancier. Il n'existe aucun fondement sur lequel les créanciers qui ne sont pas parties au litige ont droit de réclamer les biens du débiteur pour obtenir satisfaction, par opposition aux biens du débiteur.

[257] Ce problème ne survient pas dans les régimes de faillite, puisque les syndics de faillite agissent au nom de tous les créanciers. De même, cette question ne pose aucun problème en dehors de la faillite dans les territoires comme les États-Unis, le Royaume-Uni ou l'Australie, puisqu'aucun d'entre eux n'a adopté de lois sur le partage entre les créanciers applicables dans un tel contexte.

[258] Une certaine confusion règne en vertu de la législation provinciale quant à savoir si un créancier

qui souhaite contester une opération doit intenter une action en justice au nom de tous les créanciers ou s'il peut entamer des poursuites en son propre nom. Pour des raisons plus historiques que fondamentales, il semble qu'un créancier judiciaire puisse intenter des poursuites en son propre nom mais un créancier qui n'est pas constitué par jugement doit intenter un recours collectif[203]. Cependant, comme nous l'avons fait remarquer précédemment, le fait qu'un créancier n'est pas tenu de poursuivre au nom des autres créanciers n'empêche pas ceux-ci de partager le produit d'une contestation couronnée de succès.

[259] Le rapport de la CRDCB aborde cette question au moyen d'un bref commentaire accompagnant la partie portant sur le redressement de l'avant-projet de loi proposé. L'un des redressements envisagés consiste en une ordonnance selon laquelle les biens visés par l'opération seraient vendus et les sommes d'argent réalisées lors de la vente [traduction] « soient distribuées parmi les demandeurs ou les demandeurs possibles que peut déterminer le tribunal » [204]. Le commentaire ajoute relativement à cette disposition que [traduction] « il appartiendrait à un tribunal d'intégrer par renvoi dans cette ordonnance le mécanisme de distribution prévu dans la Creditor Assistance Act ».

[260] Il n'y a pas de solution unique et simple à ce problème. Les créanciers à un litige ne devraient pas être tenus d'assumer les frais des poursuites dans lesquelles le redressement accordé s'applique nécessairement au profit de tous les créanciers à parts égales. Néanmoins, l'existence des autres créanciers qui auraient droit de partager les sommes recouvrées dans le cadre de procédures d'exécution forcée contre les biens du débiteur ne peut être totalement ignorée.

[261] Une approche possible consiste à exiger d'un créancier qui intente des poursuites en vertu de la loi de donner avis des procédures engagées à tous les créanciers qui ont déposé un bref d'exécution auprès du shérif, ou, si la loi du territoire le permet, qui ont enregistré un jugement contre le débiteur. Ces créanciers auraient le droit de se joindre en tant que parties aux procédures et le redressement accordé serait remis aux personnes qui sont des parties au litige. Les créanciers qui choisissent de ne pas en faire partie peuvent être considérés comme ayant implicitement renoncé à faire valoir leurs droits. Il s'agit là au mieux, cependant, d'une solution partielle, étant donné qu'elle ne prévoit pas la reconnaissance des créances qui ont pris naissance après que l'avis des procédures a été remis.

[262] Une autre approche est d'exiger du créancier demandeur de fournir la liste des créanciers qui ont déposé un bref d'exécution ou qui ont enregistré un jugement auprès du tribunal au moment du procès ou avant le prononcé du jugement. L'existence des autres créanciers peut être désignée dans la loi comme étant une condition nécessitant une forme de redressement qui tiendra compte de leurs réclamations. Toutefois, cette approche comporte ses propres faiblesses, notamment, les limites qui seraient imposées en conséquence sur le pouvoir discrétionnaire de la cour d'attribuer la réparation qui est la plus appropriée pour toutes les parties au litige [205].

e. Délais de prescription

[263] En vertu de la loi actuelle sur la faillite, seules les opérations qui ont été conclues dans un certain délai avant la faillite peuvent être contestées par le syndic. Puisqu'aucune limite de temps n'est imposée par le Statut Élizabéth ou par la loi provinciale, le droit commun sur la prescription prévaut.

[264] Il semble y avoir consensus en ce qui concerne le fait que le délai de contestation des opérations ne devrait pas être indéfini ou prolongé. Sans doute qu'un délai de prescription devrait être inclus dans la loi. La question qui demeure toutefois est de savoir quel délai devrait être prescrit.

[265] L'avant-projet de loi que propose le rapport de la CRDCB offrirait un délai de contestation extrêmement serré, à la condition qu'aucune procédure de redressement ne soit intentée plus d'un an après la date où l'aliénation des biens a pris fin[206]. Les créanciers ne bénéficieraient que d'un très court délai durant lequel ils seraient tenus de prendre connaissance de l'opération, de consulter un avocat et d'intenter des poursuites. Cependant, le délai de prescription est suspendu si le cessionnaire [traduction] «dissimule des faits importants, ou aide ou acquiesce à la dissimulation de faits importants, relatifs à la disposition de biens», et ne recommence à courir contre le demandeur que [traduction] «s'il a connaissance ou aurait dû avoir raisonnablement connaissance, agissant avec toute la diligence raisonnable, des faits importants»[207]. Cette approche illustre que le délai de prescription peut être défini en fonction de la date de l'opération, de la période de temps durant laquelle le demandeur connaissait ou aurait dû connaître les faits au soutien de la cause d'action, ou d'une combinaison des deux.

[266] Bien qu'un délai de prescription défini en fonction de la connaissance des faits pertinents par le demandeur semble être substantiellement plus équitable qu'une approche fondée sur un délai arbitraire, il soulève le problème en matière de preuve que constitue la nécessité d'établir le moment à partir duquel le demandeur avait la connaissance requise ou aurait dû avoir cette connaissance. Cela soulève également le problème du partage entre créanciers. Les avantages découlant d'une poursuite doivent-ils être partagés avec un créancier qui connaissait les faits pertinents mais qui a choisi de ne pas contester l'opération?

[267] Une approche courante préconisée par les systèmes qui traitent de la faillite est de modifier la durée du délai de prescription selon la proximité de la relation entre les parties, permettant ainsi un délai de retour en arrière plus long lorsque l'opération vise une personne associée ou avec un lien de dépendance.

D. Conclusion

[268] Malgré la longueur du présent rapport, une nouvelle loi qui remplacerait le système de droit, ambigu et qui porte à confusion, régissant les opérations sous-évaluées pourrait et devrait être relativement courte, ce que nous démontrons dans les annexes ci-jointes. Les décisions fondamentales qui doivent être prises pour atteindre cet objectif ont été exposées ci-dessus, accompagnées en règle générale d'une évaluation des avantages et des inconvénients liés à chacune des solutions de rechange proposées. Le format que devrait adopter la législation intégrant ces décisions devrait être structuré plus ou moins de la façon suivante:

1. Objet de la loi

Les types d'opérations régies

Qui peut exercer un recours

Les opérations exclues

2. Cause d'action: motifs de redressement

Dispositions générales

Cas particuliers (c.-à-d., la déclaration de dividendes par les personnes morales débitrices, les opérations familiales et les opérations visant des biens insaisissables)

Exigences en matière de preuve relatives à l'établissement des motifs de redressement

3. Moyens de défense

Dispositions générales

Défense relative à une cause d'action particulière

Distinctions entre les moyens de défense que peuvent exercer les parties à l'opération et ceux que peuvent exercer les tiers

4. Recours

[269] Nous avons noté d'entrée de jeu que la loi qui régit les opérations sous-évaluées se distingue de celle qui régit les traitements préférentiels tout en y étant toutefois reliée. Il est donc souhaitable que ces deux types d'opérations soient régis par une seule et même loi et qu'ils fassent l'objet d'un seul traitement harmonieux pour ne pas dire uniforme. Certaines parties de la législation pourraient s'appliquer aux deux types d'opérations, alors que d'autres pourraient plutôt viser l'un ou l'autre type. Bien que l'achèvement du présent projet, dans son intégralité, soit conditionnel à la solution des questions qui se rattachent aux traitements préférentiels, l'auteur est d'avis que ce travail devrait être abordé suivant un ordre séquentiel, en commençant par les transferts sous-évalués. Bien que les approches particulières adoptées dans ce dernier contexte fassent l'objet d'un examen selon les décisions qui auront été prises relativement au premier contexte, ce rajustement devrait être minime.

[270] Comme c'est le cas en droit commercial, l'objet du présent rapport constitue, dans l'ensemble, du « droit de juristes ». Dans une large mesure, la justice repose sur l'établissement d'un système qui produit des résultats prévisibles et constants et qui fonctionne efficacement. Les participants au marché peuvent rajuster et rajusteront leurs pratiques et leurs attentes en conséquence. Il incombera au groupe de travail de faire progresser le projet qui servira à déterminer l'étendue des consultations requises relativement aux choix stratégiques qui auront été désignés et la manière dont ils devront être menés à bien. Cependant, les choix stratégiques importants qui doivent être faits sont peu nombreux, et la nécessité de créer un système intégré et fonctionnel, dont les composants sont intimement liés, nous met en garde contre la décision de s'en remettre à des opinions externes sur chacun des points susmentionnés.

[271] Le Canada est bien placé pour concevoir un régime moderne dans ce domaine de droit, puisant son inspiration dans ce que les systèmes en place ont de meilleur à offrir, tant sur le plan interne qu'à l'échelle internationale. L'adoption d'une nouvelle législation dans ce domaine représenterait, en droit relatif aux recours que peuvent exercer les créanciers, une nette amélioration, qui se fait attendre depuis fort longtemps.

FOOTNOTES

- [1] Le projet a été rendu possible grâce au soutien financier de la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan. L'auteur désire remercier personnellement la Commission pour l'avoir invité à prendre part à ces travaux alors qu'il était membre du Collège de droit de l'Université de la Saskatchewan et pour avoir appuyé son engagement continu.
- [2] La réforme a été abordée en des termes rigoureux par deux entités canadiennes de réforme du droit. Voir la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, Report on Fraudulent Conveyances and Preferences (LRC 94, 1988) que l'on peut consulter en ligne à l'adresse: <http://www.bcli.org>, désigné aux présentes comme étant le «rapport de la CRDCB». En raison des différences de pagination entre les versions électroniques du document, les repères précis renvoient aux chapitres plutôt qu'aux numéros de page. L'avant-projet de loi inclus dans le rapport figure en annexe A des présentes; Commission de réforme du droit de l'Ontario, Rapport sur le paiement des sommes accordées par jugement et sur les matières connexes – Partie IV (1983). Voir également la Division de réforme du droit du ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick, Third Report of the Consumer Protection Project, vol. II, «Legal Remedies of the Unsecured Creditor after Judgment» (1976).
- [3] C.R.B. Dunlop, Transferts frauduleux et traitements préférentiels : une étude de faisabilité, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Comptes rendus des réunions annuelles (2004): www.ulcc.ca/fr/poam2/Fraudulent_Preferences_Fr.pdf.
- [4] Bien que l'objectif général du droit des transferts frauduleux soit de protéger la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances à même les actifs du débiteur, il existe certains exemples dans la loi actuelle où un transfert pour la juste valeur équivalente peut être contesté à titre de transfert frauduleux. Voir *Ferguson c. Lastewka*, [1946] O.R. 577, [1946] 4 D.L.R. 531 (H.C.J.).
- [5] Un transfert fait pour le paiement d'une dette peut, dans certaines circonstances, être contesté en tant que transfert frauduleux en vertu de la loi actuelle. Par exemple, dans l'affaire *Ferguson c. Lastewka*, *ibid.*, une cession de biens au gendre du cédant n'a pas été retenue comme étant un transfert frauduleux au motif que le transfert était de toute évidence un simulacre conçu pour soustraire les biens de la portée d'une personne qui devait entamer des poursuites en dommages contre le cédant subis lors d'un accident automobile, malgré le fait que le gendre était un créancier et que la dette a été censément remise par suite du transfert.
- [6] En vertu de la loi actuelle, une opération peut être contestée à titre de transfert frauduleux uniquement au motif que le débiteur avait l'intention d'entraver ou de frustrer ses créanciers. Cependant, cette intention peut être présumée au motif que la conséquence nécessaire de l'opération était de porter atteinte aux droits des créanciers, la pertinence de l'intention du débiteur en vertu de la loi actuelle et la manière dont cette intention peut être prouvée fait l'objet de discussions au chapitre A.1.c ci-dessous.
- [7] Un transfert qui a pour effet de favoriser un créancier par rapport à un autre peut être annulé en vertu de la législation provinciale s'il est contesté dans le délai prescrit sans qu'il soit nécessaire de prouver que le débiteur avait l'intention de créer un traitement préférentiel. Voir p.ex. la Fraudulent Preferences Act, R.S.A. 2000, c. F-24, art.3. En vertu de certaines lois, une présomption réfutable d'intention de donner préférence pèse contre le débiteur lorsqu'un transfert a pour effet d'accorder la préférence au créancier bénéficiaire. Voir p. ex., la Loi sur la

faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, en sa version modifiée par L.R. 1997, ch. 12. La mesure dans laquelle l'intention d'accorder une préférence devrait constituer le fondement d'un recours en vertu de la réforme législative fera l'objet de discussions dans la partie II du présent rapport.

[8] Voir p. ex. le rapport de la CRDCB, supra, note 2, au ch.VIII, A.

[9] Supra, note 7.

[10] 13 Eliz. I, ch. 5, 1571.

[11] Pour un résumé utile de l'application du Statut Élizabeth au Canada, voir C.R.B. Dunlop, *Creditor Debtor Law in Canada*, 2^e éd. (1995: Toronto, Carswell), à la p.595 et suiv.

[12] Supra, note 10, art. 2 et 6. Des dispositions supplémentaires qui imposent des sanctions civiles et pénales sont tombées en désuétude, et la continuité de leur application au Canada soulève certains doutes. Voir Dunlop, *ibid.*, à la p.595.

[13] L'article 2 de la loi renvoie à différentes opérations visant les [traduction] «biens-fonds, tènements, héritages, marchandises et biens personnels», ainsi que [traduction] «chaque caution, jugement et exécution» fait en vue de frustrer les créanciers. Peu importe l'intention précise qui émane de cette dernière expression, on peut s'interroger sur sa pertinence à notre époque. Il ressort clairement que les opérations susceptibles d'annulation visent le transfert d'une forme quelconque de droit de propriété. Pour prendre connaissance des commentaires sur les différents types de biens désignés dans le Statut et sur l'étendue ultérieure de son application aux types de biens qui ne faisaient pas l'objet d'exécution au XVI^e siècle, voir le rapport de la CRDCB, supra, note 2, ch. III.B, note 4. Voir également M.A.Springman, GeorgeR.Stewart, J.J.Morrison et MichaelJ.MacNaughton, *Fraudulent Conveyances and Preferences* (2004: Toronto, Carswell), sur feuilles mobiles, aux pp. 8-1 à 8-5.

[14] Bien que le débiteur n'ait pas à être insolvable au moment du transfert, le Statut n'entrera en jeu que lorsqu'il sera insolvable en dernier ressort.

[15] L'arrêt-clé est *Freeman c. Pope* (1870), 5 ch.538, et la présomption d'intention frauduleuse que fait naître l'insolvabilité est connue sous le nom de «règle de *Freeman c. Pope*». Voir également *Sun Life Assurance Company of Canada v. Elliott* (1902), 31 R.C.S. 91.

[16] Pour une décision récente qui analyse les autorités appuyant cette prise de position, voir *Moodyc.Ashton* (2004), 248 D.L.R. (4^e) 690 (Sask. Q.B.).

[17] Cela découle du fait que lorsque la juste valeur est cédée par le cessionnaire, une opération ne peut être annulée qu'en établissant la preuve qu'il était complice de l'intention frauduleuse du débiteur. Il n'est pas possible pour le cessionnaire d'être complice d'une intention présumée. Pour une autorité en la matière, voir Dunlop, supra, note 11, à la p.609.

[18] Les circonstances qui ont été désignées comme étant des signes distinctifs de fraude sont énumérées par Dunlop, *ibid.*, à la p.614.

[19] L'importance rattachée à chaque «signe distinctif» peut varier, certains signes ayant une conséquence plus grave que d'autres. Le juge Baynton dans l'affaire *Moody c. Ashton*, supra, note 16, décrit la façon d'appliquer les signes distinctifs comme suit:

[Traduction]

Les signes distinctifs de fraude sont tout simplement un éventail de diverses circonstances suspectes qui ont été désignées par la jurisprudence. Plus il y a de signes distinctifs de fraude prouvés, et plus la présomption de l'intention frauduleuse sera forte. Mais encore là, les signes distinctifs de fraude ne font que soulever une présomption qui ne s'appliquera que lorsqu'il y aura une preuve convaincante et digne de foi que la cession était de bonne foi.

[20] Prendre note qu'une valeur qui peut être suffisante à titre de contrepartie pour la formation d'un contrat peut ne pas constituer une contrepartie valable au sens de cette disposition. Un contrat qui est valide au point de formation peut par conséquent être déclaré nul si la contrepartie cédée par le cessionnaire n'est pas considérée comme étant suffisante pour justifier la sauvegarde de l'opération.

[21] Le rapport de la CRDCB, au ch. III.D.3 fait une analyse utile des éventuels échanges de la valeur cédée par le cessionnaire et l'intention ou la connaissance de la part de celui-ci.

[22] *Leighton c. Muir*, (1962), 34 D.L.R. (2^e) 332 (N.S.S.C). Voir également *Springman et autres*, supra, note 13, aux pp.14-27.

[23] Rapport de la CRDCB, supra, note 2, *Dunlop*, supra, note 11, aux pp. 611-612.

[24] Voir p. ex., *Ferguson c. Lastewka*, supra, note 4.

[25] La jurisprudence plutôt ambiguë qui porte sur la relation entre la prestation d'une contrepartie et l'intention du cessionnaire est présentée en détail dans *Springman et autres*, *ibid.*, aux pp.14-30 à 14-40.

[26] *Dunlop*, supra, note 11, à la p.619. Une réparation peut être attribuée même lorsque les dettes qui existaient en date de l'opération ont été remboursées; p. ex., lorsque le débiteur était insolvable au moment où les dettes ont été contractées initialement, malgré la période intermédiaire de solvabilité.

[27] *Ibid.*, aux pp.619-620.

[28] Cette proposition est incorporée dans ce qu'il est convenu d'appeler la règle de l'affaire *Mackay c. Douglas*, (1872), L.R. 14 Eq. 106.

[29] Voir p. ex., la *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C 1996, ch.164, et la Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers, L.R.O. 1990, ch. F-29.

[30] Pour des raisons historiques qui ont été abordées par d'autres auteurs, ces mesures législatives sont généralement prévues dans des lois dont le titre fait référence aux traitements préférentiels plutôt qu'aux transferts. Voir la *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 2000, ch. F-24, la *Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, ch. F-21, la *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 164.

Voir également la Loi sur les cessions et préférences, L.R.O. 1990, ch. A.33, la Loi sur les cessions et préférences, L.R. N.-B 1973, ch. A-16, la Assignments and Preferences Act, R.S.N.S. 1989, ch. 25, et la Loi sur les préférences et les transferts frauduleux, L.R.Y. 2002, ch. 95.

[31] La plupart des auteurs reconnaissent que le Statut Élizabeth a été implicitement abrogé dans les provinces qui ont adopté à ce titre des lois sur les transferts frauduleux. Voir Dunlop, supra, note 11, à la p.597, Springman et autres, supra, note 13, aux pp. 1-25.

[32] La province de Terre-Neuve constitue une exception au modèle habituel en ce qu'elle a intégré un ensemble de dispositions relatives aux transferts frauduleux et aux traitements préférentiels dans la réforme générale introduite par la Judgment Enforcement Act of 1996, S.N.L. 1996, ch. J-1.1, partie XIII. Bien que les nouvelles dispositions exposent plus clairement l'état du droit que ne le faisait l'ancienne législation, elles en reprennent les principales caractéristiques.

[34] Voir p.ex., la Alberta Fraudulent Preferences Act, supra, note 30, art.1.

[35] Ibid.

[36] Supra, aux notes 22-25.

[37] Voir p. ex., la loi albertaine Fraudulent Preferences Act, supra, note 30, art.1.

[38] Voir p. ex., Hamm c. Metz (2002), 209 D.L.R. (4^e) 385 (Sask.C.A.).

[39] Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et 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, ci-après désignée la «Loi c-47».

[40] Anthony Duggan et Thomas G.W. Telfer, ch.7, «Gifts and Transfers at Undervalue» dans Anthony Duggan et Stephanie Ben-Ishai, dir., Canadian Bankruptcy Law Reform (titre provisoire: à venir en 2007: Lexis Nexis), au texte correspondant à la note 17. Bien que la publication de ce livre soit imminente au moment de rédiger le présent rapport, l'auteur n'avait accès qu'à l'épreuve en pages chapitre par chapitre. Étant donné que la pagination ne correspond pas à celle qui figurera dans le livre, les repères précis au texte sont désignés par des renvois au numéro de note de bas de page le plus près.

[41] L'article 94 contient des dispositions qui traitent de l'annulation de cessions de comptes débiteurs dans des circonstances qui ne sont pas pertinentes dans le contexte de notre discussion.

[42] Pour une discussion générale de l'application des clauses sur la disposition, voir Duggan et Telfer, supra, note 40, Ronald C.C. Cuming, Donations et transferts pour une contrepartie inférieure à leur juste valeur (1997), Produit pour la Direction de la politique des lois commerciales:
[http://www.ic.gc.ca/epic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/gift_underval-f.pdf/\\$FILE/gift_underval-f.pdf](http://www.ic.gc.ca/epic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/gift_underval-f.pdf/$FILE/gift_underval-f.pdf).
Ce document comprend des recommandations spécifiques qui serviront à réviser les clauses de la LFI sur la disposition et les transactions révisables. Les repères précis renvoient aux numéros de page dans le document PDF ou, dans certains cas, aux recommandations numérotées. Le résumé de ces recommandations figure en annexe B. Le document a été publié par la suite sous forme

abrégée sous le titre *Transfers at Undervalue and Preferences under the Bankruptcy and Insolvency Act: Rethinking Outdated Approaches* (2002), 37 C.B.L.J. 5.

[43] LFI, art.100.

[44] Pour ce qui est du sens attribué à l'expression «avec lien de dépendance», voir la LFI, art.3. Qu'une opération entre des parties qui ont un lien de dépendance puisse être caractérisée de «transaction révisable» est discutable, compte tenu du libellé ambigu de la clause. Voir Duggan et Telfer, supra, note 40, au texte correspondant aux notes 55-56, en réponse au texte de Cuming, supra, note 42, à la p.11.

[45] Pour une critique générale, voir Duggan et Telfer, supra, note 40.

[46] Loi c-47, supra, note 39, art.96.1. Étrangement, les dispositions figureraient avec celles qui visent les traitements préférentiels sous le titre de «préférences». Voir l'art.71.

[47] Supra, note 10.

[48] Le rapport de la CRDCB est d'avis que l'intention n'est pas pertinente sauf en ce qui a trait à un transfert de biens pour une certaine contrepartie qui est inférieure toutefois à la juste valeur. Dans ce cas, l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers n'est pertinente que si elle est connue du cessionnaire. La question qui s'impose donc à l'évidence est de savoir si les créanciers ont été en fait lésés par un transfert, et non pas si le débiteur avait l'intention de leur causer un préjudice. Cependant, la Commission assurerait la sauvegarde d'une opération malgré le fait que les créanciers ont été de fait lésés par l'insuffisance de la contrepartie cédée au motif du droit supérieur qu'à le cessionnaire innocent d'être protégé. Voir supra, note 2 au ch.VIII.B.4.(d).

[49] Supra, note 15.

[50] Cuming, supra, note 42. Voir également Duggan et Telfer, supra, note 40.

[51] L'article 11 de la *Fraudulent Conveyances Act* de l'Alberta, supra, note 30, prévoit le recouvrement des sommes d'argent ou autre produit par le cessionnaire en échange des biens originaux. D'autres lois provinciales contiennent des dispositions au même effet.

[52] Duggan et Telfer supra, note 40, au texte correspondant à la note 6.

[53] Cuming fait observer la pertinence de la capacité des personnes qui traitent avec un débiteur à prévoir d'éventuels risques et à se protéger contre ceux-ci. Voir supra, note 42, à la p.16.

[54] Supra, note 2.

[55] Supra, note 42.

[56] *Insolvency Act* 1986, ch. 45 (Royaume-Uni).

[57] *Ibid.*, art.423-425.

[58] *Ibid.*, art.238, 240-241. [59] *Ibid.*, art.339, 341-342.

- [60] Ibid., art.436. Pour une discussion de la portée de ces dispositions, voir RoyGoode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3^eéd. (Sweet & Maxwell, London, 2005), aux pp.418-423 et RebeccaParry, *Transaction Avoidance in Insolvencies* (Oxford University Press, 2001), à la p.72 et suiv.
- [61] Goode, *ibid.*, aux pp.421-422 laisse entendre que le mot «opération» ne se limite pas aux contrats mais peut s'étendre aux donations et autres arrangements qui ne sont pas d'ordre contractuel, bien que dans les cas qui ne visent pas une donation, il doit exister une forme quelconque d'opération. De plus, cela peut inclure une série d'opérations connexes.
- [62] Uniform Fraudulent Transfer Act, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1984, ci-après désignée comme étant la «UFTA». La Loi a été adoptée dans 43 États et dans le District fédéral de Columbia.
- [63] Ibid., art.4.
- [64] Pour une discussion de l'application de la UFTA, ainsi que son précurseur, la Uniform Fraudulent Conveyances Act (encore en vigueur dans certains États) et les dispositions du Bankruptcy Code qui s'appliquent aux transferts sous-évalués, voir Charles Jordan Tabb, *The Law of Bankruptcy* (Foundation Press, Westbury, NY, 1997), aux pp.412-457.
- [65] Bankruptcy Act 1966, Statutes of Australia 1966 (n°33, 1966), art.121.
- [66] Corporations Act 2001, Statutes of Australia 2001 (n°50, 2001), art. 588FB, 588FD.
- [67] Voir Goode, *supra*, note 60, à la p.422.
- [68] Cuming, *supra*, note 42, à la p.17, Duggan et Telfer, *supra*, note 40, au texte correspondant à la note74.
- [69] Cuming, *ibid.*, recommandation 2. La liste a reçu implicitement l'aval de Duggan et Telfer, *ibid.* Le terme « transaction » comprend toute intervention volontaire en vertu de laquelle le débiteur :
- cède ou entreprend de céder à une autre personne un droit sur des biens existants ou sur des biens acquis à une date ultérieure (désignés ci-après par le terme « biens ») pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur marchande des biens;
 - contracte une obligation pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur monétaire de l'obligation;
 - assure la prestation de services pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur marchande des services;
 - dans le cas d'une personne morale, achète ou rachète des actions de cette personne morale ou verse un dividende, sauf un dividende sous forme d'actions de la personne morale;
 - effectue des paiements ou s'engage à effectuer des paiements futurs selon les conditions prévues dans un contrat d'assurance ou d'annuité qui établit qu'une personne autre que le débiteur est bénéficiaire de l'annuité, mais en excluant un contrat d'assurance ou d'annuité dont le bénéficiaire est une personne à charge du débiteur et où les paiements effectués selon les

conditions prévues au contrat représentent les biens visés par l'alinéa 67(1)b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;

- accorde ou convient d'accorder à une autre personne un droit de sûreté, une charge, une hypothèque ou autre privilège.

Le terme « transaction » ne devrait pas comprendre:

- un paiement ou un transfert de biens pour honorer les obligations liées à une pension alimentaire ou une ordonnance du tribunal pour le paiement d'une pension alimentaire;
- un paiement en argent ou le transfert de biens à un créancier pour le règlement complet ou partiel d'une dette, sauf si l'argent versé ou la valeur des biens transférés dépasse la valeur de la dette réglée;
- le remplacement par le débiteur d'une forme de ses biens par une autre forme de biens.

Les autres formes d'opérations qui peuvent être considérées sont les suivantes:

- La renonciation à une dette ou le compromis à l'égard d'une dette (Parry, supra, note 60, à la p.74);
- L'octroi d'un bail à long terme qui réduit la valeur du bien ou qui en rend la vente plus difficile (Duggan et Telfer, supra, note 40, au texte correspondant à la note82);
- Un transfert de bien contre la juste valeur faisant l'objet d'un paiement retardé (Duggan et Telfer, ibid.).

[70] Supra, note 62, le par. 6(5) prévoit qu'une obligation est contractée (i) si elle est verbale, lorsqu'elle devient exécutoire entre les parties, ou (ii) si elle est constatée par écrit, lorsque l'écrit signé par le débiteur obligataire est remis au créancier obligataire ou s'applique à son profit. Le commentaire officiel veut que cette disposition ait eu pour but de surmonter l'incertitude découlant d'une décision selon laquelle une obligation de garantie est contractée lorsque des avances sont consenties lorsque la garantie entre en vigueur entre les parties.

[71] Voir Parry, supra, note 60, à la p.78, note de bas de page34.

[72] Supra, note 42, recommandation 2.

[73] En vertu de l'art.121 de la Bankruptcy Act 1966, seuls les transferts de biens qui [traduction] «auraient probablement été mis à la disposition des créanciers s'ils n'avaient pas été transférés» ne sont pas opposables au syndic de faillite». Étant donné que les biens énumérés au par.116(2) ne peuvent être distribués aux créanciers, un transfert qui vise l'un ou l'autre de ces biens ne peut être contesté.

[74] Pour une approbation judiciaire de cette opinion, voir Ramgotra (syndic de) c. Nord-Américaine cie d'assurance-vie (1996) 132 D.L.R. (4^e) 193, [1996] R.C.S. 325, également citée sous Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie, (C.S.C.).

[75] Il existe un précédent pour cette approche en droit canadien de la faillite. Dans l'affaire Goertz (Trustee of) c. Goertz (1996), 37 C.B.R. (3d) 1, [1996] 2 W.W.R. 372, la cour d'appel de la Saskatchewan a conclu qu'un transfert de bien insaisissable pouvait être annulé à titre de disposition en vertu de la LFI. La cour a fait valoir qu'étant donné que l'annulation d'un

transfert investit le syndic de faillite du bien en question, plutôt que le failli, celui-ci ne peut pas faire valoir l'insaisissabilité quant à ce bien à l'égard duquel il ne détient aucun droit.

Cependant, cette décision a été remise en question dans l'affaire *Monteith (Trustee of) c. Monteith*, (2004), 240 D.L.R. (4^e) 506, [2004] 10 W.W.R. 609, 249 Sask. R. 176, 6 C.B.R. (5^e) 47 (C.A.).

- [76] Si le redressement accordé se limitait à l'annulation de l'opération, une contestation serait superflue si l'issue était que le débiteur pouvait faire valoir de nouveau l'insaisissabilité quant au bien rétabli. Cependant, l'éventail de recours prévus par les systèmes modernes et les propositions de réforme éviteraient ce résultat.
- [77] *Tabb*, supra, note 64, à la p.417, fait valoir que dans les procédures de faillite, le transfert volontaire par un débiteur d'un bien insaisissable avant la faillite pourrait être considéré comme une renonciation implicite au droit d'insaisissabilité. La force de persuasion de ce point de vue peut être illustrée par un exemple tout simple. Partons de l'hypothèse que le débiteur vend un actif insaisissable (un véhicule automobile) pour une somme d'argent (3000\$) qui est à la fois inférieure à la valeur de l'exemption applicable (5000\$) et manifestement inférieure à la valeur marchande du bien (10000\$). Le produit généré par la vente n'est pas insaisissable, en supposant qu'il n'est pas réinvesti dans un autre bien exempt. Étant donné que les créanciers ne pourraient qu'obtenir la valeur non exempte du véhicule, l'opération les prive d'un montant de 2000\$, la différence entre ce qu'ils auraient pu recouvrer n'eût été de la vente et le produit dont ils disposent par suite de l'opération.
- [78] The Registered Plan (Retirement Income) Exemption Act, S.S. 2002, R-13.01.
- [79] La Loi de la Saskatchewan prévoit notamment au par. 4(3) que [traduction] «un transfert de biens détenus dans un régime enregistré à un autre régime enregistré ne constitue pas un transfert frauduleux ou préférentiel en vertu de la *Fraudulent Preferences Act*». Cependant, elle n'aborde pas la question de la validité de l'acquisition d'un régime enregistré au moyen d'une autre source de fonds.
- [80] R.S.A. 2000, ch. I-3, art.580.
- [81] Ibid., art.555.
- [82] Le juge Gonthier reconnaît indirectement ce point dans son analyse de la stratégie législative et de la jurisprudence connexe dans la décision même.
- [83] *Cuming*, supra, note 42, à la p.18.
- [84] Il s'agit essentiellement de l'approche préconisée par le professeur *Cuming* dans son rapport de 1997, supra, note 42. Le professeur *Cuming* recommande également une disposition qui protégerait la conversion d'une forme de bien insaisissable en une autre forme. Voir la recommandation 7.
- [85] Ibid., recommandation 2, cinquième point.
- [86] Voir le rapport de la CRDCB, supra, note 2, aux pp. 73-74.

- [87] Ibid., ch.VIII.B.2.
- [88] Goode, supra, note 61.
- [89] Rapport de la CRDCB, supra, note 2, ch.VIII.B.3.
- [90] Voir la définition d'«aliénation» dans l'avant-projet de loi, ibid., art.1.
- [91] Supra, note 56, art.436.
- [92] Supra, note 42, aux pp.22-24.
- [93] La Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art.34-36 et la législation provinciale correspondante interdisent l'achat ou le rachat d'actions lorsque la société est insolvable. Cependant, cela ne donne pas aux créanciers la possibilité d'exercer un recours.
- [94] Supra, note 42, recommandation2.
- [95] La déclaration de dividendes lorsque la société est insolvable, tout comme le rachat d'actions, est interdite par les lois sur les sociétés par actions. Voir la Loi canadienne sur les sociétés par actions, supra, note 93, art.42.
- [96] Les créanciers peuvent exercer un recours en vertu des lois sur les sociétés par actions contre les administrateurs qui agissent d'une manière qui va à l'encontre de leurs intérêts lorsque la société est sur le point d'être déclarée en faillite. Dans l'affaire Magasins à rayons Peoples (1992) inc., 2004C.S.C. 68, 4 C.B.R. (4^e) 215, la Cour suprême du Canada a rejeté l'argument selon lequel les administrateurs avaient une obligation fiduciaire envers les créanciers dans des circonstances d'insolvabilité imminente, mais n'a pas écarté la possibilité que les créanciers puissent attaquer les actes des administrateurs en intentant le recours en abus de droit prévu par la loi.
- [97] La formulation qui délimiterait proprement dit ces opérations qui ne sont pas suffisamment raisonnables pour mériter une protection ne semble pas facile à trouver. Le professeur Cuming y parviendrait en prévoyant une disposition selon laquelle le terme «bien» exclurait «de petites sommes d'argent ou des articles de faible valeur cédés par le débiteur à des membres de la famille dans le cours normal des relations familiales.». Le terme «services» ne devrait pas comprendre «les services fournis par le débiteur aux membres de sa famille ainsi que les services non professionnels ou non commerciaux». Voir Cuming, supra, note 42, recommandation 2, à la p.30. Les opérations qui visent en particulier la prestation de services professionnels sont protégées pour le seul motif des relations familiales, alors que celles qui visent le paiement d'une somme d'argent ou le transfert de biens se basent sur la valeur qui a été cédée. L'approche que propose le professeur Cuming protège également la prestation de services non professionnels et non commerciaux, peu importe la relation entre le débiteur et le bénéficiaire. Son intention est d'exclure des circonstances comme une personne qui assure la surveillance de la maison d'un voisin pendant que ce dernier est en vacance (à la p. 21). Qu'il soit nécessaire ou souhaitable que ces opérations reçoivent un traitement particulier est matière à débat.
- [98] La difficulté de déterminer si le transfert d'un droit dans une maison familiale a été fait contre une contrepartie ayant une valeur correspondant approximativement à celle du droit transféré

est démontrée par la discussion de Rebecca Parry sur l'application des dispositions de la Insolvency Act 1986 du R.-U. en ce qui a trait aux opérations sous-évaluées et aux opérations ayant pour but de frauder les créanciers qui sont parties à une telle opération. Voir Parry, supra, note 60, aux pp.269 et suiv.

[99] Le professeur Cuming a proposé une approche similaire. Cuming, supra, note 42, recommandation 2, à la p.30.

[100] Cette entente est une «entente financière». Une entente financière peut être conclue avant, durant ou après la résiliation d'un mariage. Voir Family Law Act 1975, Statutes of Australia 1975, Act n°53, art.90B – D. Une «entente de résiliation» est une entente qui met fin à une entente financière.

[101] Ibid., art.79A.

[102] Ibid., art.79A(4).

[103] La vulnérabilité des ordonnances d'entretien et de division du patrimoine en vue de contester une opération qui a pour but de frustrer les créanciers en vertu de la Insolvency Act 1986 du R.-U. est analysée en termes généraux par Parry, supra, note 60, aux pp.293-301. Parry fait remarquer, toutefois, qu'un syndic de faillite peut ne pas être autorisé à prendre possession d'une maison familiale lorsqu'une ordonnance de possession exclusive a été émise en réalité en faveur d'un époux (à la p.290).

[104] Il s'agit essentiellement de l'approche adoptée par le juge Baynton dans son application de la loi afférente au Statut Élizabeth dans l'affaire Moody c. Ashton, supra, note 16.

[105] Le par.121(6) de la Bankruptcy Act 1966 de l'Australie traite de cette question en disposant expressément que les avantages de ce genre qui sont énumérés n'ont aucune valeur à titre de contrepartie aux fins de la Loi. Voir également Cuming, supra, note 42, à la p.5, discutant de l'historique de la loi traitant des arrangements relatifs à des cessions liées à un mariage et à la p.30, recommandation 2, déclarant qu'une promesse de mariage ou tout autre engagement faisant partie d'un contrat de mariage ne constitue pas une «valeur». L'approche que propose Cuming tient compte de la disposition prévue à l'alinéa 339(3)(b) de la Insolvency Act 1986 du R.-U., qui dispose qu'une personne conclut une opération sous-évaluée si celle-ci a été faite en considération du mariage. [106] Supra, note 2, art.1 de l'avant-projet de loi

[107] Supra, note 62, 1(3).

[108] La question de la qualité pour agir ne découle pas de la législation en matière de faillite, puisqu'un syndic de faillite est invariablement la personne qui a droit de contester une opération sous-évaluée conclue par un débiteur avant la faillite. Par conséquent, la plupart des lois auxquelles il a été fait référence sur d'autres points n'offre aucune directive à cet égard.

[109] Supra, note 28.

[110] Supra, note 2, à la p.85.

[111] Supra, note 62, 4(a).

[112] Ibid., 5.

[113] La base du redressement est l'art.423. Une demande ne peut être faite que par le syndic d'un particulier failli lorsque le redressement repose sur l'art.39 régissant les [traduction] «opérations sous-évaluées».

[114] Supra, note 56, al.424(1)(c). Le par.424(2) dispose qu'une demande d'ordonnance doit être traitée comme si elle avait été faite au nom de chaque victime de l'opération.

[115] Ibid., par.423(5).

[116] Parry, supra, note 60, à la p.236.

[117] Prendre note que la UFTA des É.-U. permet à un créancier dont la réclamation a pris naissance après l'opération en question d'exercer un recours si l'opération avait pour but de frustrer tout créancier. Supra, note 62, al.4(a).

[118] La UFTA des É.-U. prévoit un recours à tout créancier subséquent lorsque les motifs de contestation sont la valeur incommensurable de la contrepartie qu'a reçue le débiteur seulement si ce dernier savait ou aurait dû savoir qu'il courait le risque de devenir insolvable. Ibid.

[119] Pour une opinion générale de la philosophie sous-jacente et de l'application des lois canadiennes sur le désintéressement des créanciers, voir Dunlop, supra, note 11, aux pp.547-556. En Alberta et à Terre-Neuve, le droit au partage repose sur l'enregistrement d'un jugement auprès du Bureau d'enregistrement des biens personnels plutôt que sur le dépôt d'un bref d'exécution auprès du shérif. Voir la Civil Enforcement Act, R.S.A. 2000, ch. C-15, partie11.

[120] Rapport de la CRDCB, supra, note 2, par.5(1) de l'avant-projet de loi.

[121] Ibid. ch.III.F.4, renvoyant à l'affaire Aspen Planners Ltd. c. Delshar Developments Ltd. (1981), 11 A.C.W.S. (2d) 128 (B.C. Co. Ct.).

[122] Comme nous l'avons laissé entendre précédemment, la loi pourrait s'appliquer à une conduite du débiteur qui empêche l'amélioration éventuelle de son patrimoine; par exemple, le fait de renoncer à un héritage.

[123] Cette proposition adopte ce que l'on appelle parfois le critère «légitime» de l'insolvabilité, qui repose sur la valeur des actifs du débiteur par rapport aux montants de ses dettes. L'insolvabilité est établie en vertu du critère commercial au motif que le débiteur est en mesure de respecter ses obligations lorsqu'elles arrivent à échéance.

[124] L'article238 établit le fondement du recours lorsque le débiteur est une personne morale. L'article339 prévoit un recours équivalent lorsque le débiteur est une personne physique. Les principales caractéristiques des dispositions régissant les personnes morales et physiques respectivement sont les mêmes, sauf indication contraire. La Loi prévoit des dispositions distinctes relatives à ce qui est connu comme étant des «opérations qui ont pour but de frauder les créanciers». Ces dispositions sont traitées dans la partie suivante du rapport.

[125] Supra, note 56, par.339(3).

[126] Ibid., par.341(1). Dans le cas d'une personne morale, le délai de prescription pertinent est de deuxans avant la faillite. Voir le par.240(1).

[127] Cette disposition s'applique à un débiteur particulier. Il n'existe aucune disposition correspondante relative aux personnes morales insolvables.

[128] Supra, note 56, par.341(2). Lorsque le débiteur est une personne morale, la présomption produit ses effets pendant la période de deuxans qui précède l'insolvabilité durant laquelle les opérations peuvent être contestées. Voir le par.240(2).

[129] Il est question de ce point ci-dessous au chapitre intitulé «Les moyens de défense et la protection des tiers».

[130] Ibid., par.238(5).

[131] Supra, note 65, art.120.

[132] Supra, note 62, 5. Cet article porte expressément sur les opérations avec une partie apparentée, qui, dans ce cas, constitue un « initié ». Cependant, étant donné que la disposition vise les transferts préférentiels plutôt que les transferts sous-évalués, elle n'est pas directement pertinente dans le contexte de notre discussion. Voir le par.5(b), qui dispose qu'un transfert par un débiteur insolvable à un « initié » au titre d'une dette antérieure peut constituer un transfert frauduleux si l'initié avait un motif raisonnable de croire que le débiteur était insolvable.

[133] Ibid. 4(2). Le libellé actuel est [traduction] «[...] un débiteur effectue un transfert ou contracte une obligation:

(2) sans avoir reçu une valeur raisonnablement équivalente en échange du transfert ou de l'obligation, et que le débiteur:

(i) était engagé dans une affaire ou une transaction où les biens restants du débiteur constituaient un capital anormalement faible pour cette affaire ou cette transaction; ou

(ii) avait l'intention de contracter, ou croyait ou aurait dû croire qu'il contracterait, des dettes qui dépassent sa capacité de payer au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles.»

[134] Supra, note 66, art.588FC et 588FE.

[135] Une «opération non commerciale» est définie à l'art.588FB de la façon suivante:

[traduction]

(1) Une opération conclue par une personne morale est une opération non commerciale seulement si une personne raisonnable dans les circonstances particulières de la personne morale n'aurait probablement pas conclu l'opération compte tenu:

(a) des avantages (le cas échéant) pour la personne morale de conclure l'opération;

(b) du préjudice pour la personne morale de conclure l'opération;

(c) des avantages respectifs des autres parties à l'opération de conclure celle-ci; et

(d) de toute autre question pertinente.

[136] Cuming, supra, note 42, aux pp.29-32, recommandations 2 et 3.

[137] Supra, note 40, par référence générale et directe au texte correspondant aux notes 74-75.

[138] Le professeur Cuming exprime le point de vue suivant, supra, note 42, à la p. 32, note 85, :

... qu'il n'y aucune raison de permettre à un syndic d'annuler une transaction, au nom des créanciers, ou de modifier une transaction conclue au moment où le débiteur était solvable, tout simplement parce qu'au moment de la transaction ou peu de temps après, le débiteur était engagé dans une entreprise sous-capitalisée qui allait par la suite faire faillite. Les créanciers qui sont les bénéficiaires visés par la règle accordent un crédit à une entreprise qu'ils savent être sous-capitalisée. Comme ils accordent un crédit en connaissant les risques que l'entreprise court, ils ne devraient pas pouvoir contester des transactions faites au moment où le débiteur était solvable tout simplement parce que le risque qu'ils ont pris se traduit en bout de ligne par une perte.

[139] Rapport de la CRDCB, supra, note 2, avant-projet de loi, par.3(1).

[140] Ibid., art.1.

[141] Le professeur Cuming, supra, note 42, à la p.21, est d'avis que l'on ne peut ériger un système approprié sur la base d'une distinction entre les donations et les transferts ou les opérations en échange d'une contrepartie.

[142] Le professeur Goode fait pendant à la question relative au moyen de défense que la Insolvency Act 1986 du R.-U. accorde à une personne morale débitrice qui a conclu une opération sous-évaluée, alors que les particuliers nommés par intérim croyaient sincèrement que l'opération étaient dans l'intérêt véritable de l'entreprise. Ce moyen de défense contribue à faire échec à une définition claire et objective d'un critère de validité. Voir infra, note 180.

[143] Ce point n'est valide que dans la mesure où la législation s'applique aux opérations volontaires.

[144] Supra note 42, recommandation 2.

[145] Supra note 2, au ch.VIII.B.4.(b).

[146] Pour lire la discussion de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique sur la question de l'intention, voir ibid., au ch.VIII.B.4.(d).

[147] Supra, note 56, art.423-425.

[148] UFTA, supra, note 62, sous-al.4(a)(1).

[149] Ibid., 4(b).

[150] Ibid., 8(a).

[151] Cuming, supra, note 42, recommandation8.

[152] Ibid., recommandation9.

[153] Ibid., recommandation 8. Les recommandations sont également assujetties à la réserve générale qu'un recours pourra être exercé seulement si le débiteur devient par la suite insolvable. Duggan et Telfer, supra, note 40, au texte correspondant à la note80, partagent l'avis du professeur Cuming selon lequel ce qui justifie un redressement est soit la preuve de l'insolvabilité du débiteur ou soit la preuve de son intention de frustrer ses créanciers.

[154] Duggan et Telfer, ibid.

[155] Ibid., le texte correspondant à la note73.

[156] Cela n'est vrai que si la définition d'insolvabilité adopte un critère fondé sur le patrimoine en fonction de la valeur des actifs réalisables du débiteur, plutôt qu'en fonction de la valeur de l'ensemble des actifs.

[157] Supra, note 56, par.240(2) relativement aux personnes morales débitrices. Cette présomption naît lorsque la personne morale conclut une opération [traduction] «avec une personne qui est liée à la société». Le par.341(2) est la disposition équivalente pour les personnes physiques. La présomption prend également naissance lorsqu'une opération sous-évaluée est conclue par un particulier [traduction] «avec une personne qui est son associée (pour des raisons autres que le fait qu'elle était son employée)». Les termes «personne liée à la société» et «associé» sont définis aux articles 249 et 435 respectivement.

[158] Ibid., par.341(2).

[159] Supra, note 65, art.120.

[160] Supra, note 66, par.588FE(4). L'article588FDA contient un ensemble distinct de dispositions axées principalement sur les paiements et l'émission de titres à des administrateurs et à leurs associés, ainsi que d'autres types d'opérations auxquelles l'administrateur est une partie.

[161] Voir la description de la loi actuelle et les modifications proposées qui y sont prévues, supra, au chapitreA.3.

[162] Supra, note 40, au texte correspondant à la note59. Voir également Cuming, supra, note 42, à la p.21.

[163] Duggan et Telfer, ibid.

[164] Koop c. Smith (1915), 25 D.L.R. 355, aux pp.358-59. Dunlop, supra, note 11, à la p.615, laisse entendre que la décision dans cette affaire établit une règle de preuve distincte. Le rapport de la CRDCB, supra, note 2, au ch.III.E.3, à la note83, laisse croire que la décision aborde la question de la proximité de la relation à titre de signe distinctif de fraude, qui, à l'instar de tout autre signe, établit une preuve prima facie.

[165] Dunlop, ibid., aux pp.614-15.

[166] Ibid., à la p.616.

[167] Le rapport de la CRDCB, supra, note 2, ch.III.E.3, à la note83, et Cuming, supra, note 42, à la p.21, sont d'avis que la dépendance à l'égard des notions de « personnes liées » et « sans lien de dépendance» dans les lois canadiennes sur la faillite est d'une «utilité douteuse».

[168] Ce critère est sous réserve de la condition susmentionnée supra, à la note132.

[169] Supra, note 40, le texte correspondant à la note60.

[170] Ibid., le texte correspondant aux notes97-100.

[171] Comme nous l'avons mentionné précédemment, les recommandations de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique sont uniques en ce qu'elles fourniraient en effet un moyen de défense à une personne qui a cédé une valeur partielle, à la condition que celle-ci établisse qu'elle ne savait pas que le transfert nuirait de façon appréciable à la capacité du débiteur de satisfaire ses obligations et qu'elle a accepté le bien en ayant la certitude que celui-ci serait détenu à l'usage ou au profit du débiteur. La Commission a laissé entendre qu'elle doutait de l'utilité de cette distinction entre une donation complète et une donation partielle. Voir supra, le texte correspondant à la note141.

[172] Supra, note 66, par.588FG(2).

[173] Pour une analyse des approches adoptées par la législation et les tribunaux dans différentes provinces, voir Springman et autres, supra, note 13, partieII, titre10 «Tracing the Property and the Proceeds».

[174] Lloyd W. Houlden et Geoffrey B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3^eéd. (Toronto, Carswell), sur feuilles mobiles, F75.

[175] Supra, note 2, par.4(5) de l'avant-projet de loi.

[176] L'avant-projet de loi que propose la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique constitue une exception, en ce que les dispositions régissant les redressements ne semblent prévoir qu'une ordonnance touchant un cessionnaire. Ibid., art.4.

[177] Voir p. ex., la *Insolvency Act 1986* du R.-U., par.425(2) relativement aux «opérations qui ont pour but de frustrer les créanciers», et les par. 241(2) et 342(2), relativement aux «opérations sous-évaluées»; sous-al. 8(b)(2) de la *UFTA*; par.121(8) de la *Bankruptcy Act 1966* de l'Australie; par. 588FG(1) de la *Corporations Act 2001* de l'Australie. Cette dernière loi renvoie également à l'ignorance de l'insolvabilité du débiteur de la part d'un tiers. Cela concorde avec les modalités en vertu desquelles le cessionnaire peut faire valoir un moyen de défense.

[178] Goode, supra, note 60, aux pp.439-40.

[179] Ibid., à la p.440.

[180] Ibid., à la p.508.

- [181] Supra, note 2, par. 3(2) de l'avant-projet de loi.
- [182] Bien que la Corporations Act 2001 de l'Australie ne prévoise pas expressément ce moyen de défense, la manière dont une cause d'action est structurée semble inclure l'examen de la question de savoir si l'opération est dans l'intérêt commercial véritable d'une personne morale débitrice. Voir supra, note 66, art. 588FB.
- [183] Cela peut découler de la disposition par le cessionnaire des biens transférés, dont le produit n'est plus identifiable.
- [184] Supra, note 56, al. 423(2)(a) et par. 238(3) et 339(2). L'avant-projet de loi proposé par le rapport de la CRDCB, supra, note 2, par. 4(4), énonce qu'une ordonnance de redressement [traduction] «doit, dans la mesure où cela est possible et équitable compte tenu des circonstances, rétablir le cédant et le cessionnaire dans la position où ils se trouvaient avant le transfert».
- [185] Cuming, supra, note 42, recommandations 5 et 9; UFTA des É.-U., supra, note 62, al. 8(d).
- [186] Cuming, *ibid.*
- [187] Cuming, *ibid.*, recommandation 9.
- [188] Insolvency Act 1986 du R.-U., supra, note 56, al. 425(1)(f), Cuming, *ibid.*, recommandation 10.
- [189] UFTA des É.-U., supra, note 62, par. 7(3).
- [190] Insolvency Act 1986 du R.-U., supra, note 56, al. 425(1)(c).
- [191] Voir p. ex., Cuming, supra, note 42, recommandation 4.
- [192] Pour avoir un exposé détaillé de ce type de moyen de défense, voir la Corporations Act 2001 de l'Australie, supra, note 66, art. 588FGB.
- [193] Voir Cuming, supra, note 42, recommandation 4.
- [194] Insolvency Act 1986 du R.-U., supra, note 56, al. 425(1)(e).
- [195] Par exemple, la résiliation d'un contrat au motif qu'il y a eu fausse représentation pré-contractuelle est restreinte par le principe traditionnel selon lequel la restitution intégrale doit être possible, un obstacle que les tribunaux ont tenté récemment de surmonter en rendant des ordonnances conçues pour rétablir substantiellement, pour ne pas dire littéralement, les parties dans leur position pré-contractuelle. Voir p. ex. *Kupchak c. Dayson Holdings Co. Ltd.* (1965), 53 D.L.R. (2d) 483 (B.C.C.A.).
- [196] Voir p. ex., Cuming, supra, note 42, recommandation 9.
- [197] Cuming, *ibid.*
- [198] Le professeur Cuming recommande d'accorder au syndic une charge sur les biens de la personne contre qui l'ordonnance est émise, exécutoire à titre de droit de sûreté, d'hypothèque ou d'acte hypothécaire sur les biens conformément aux lois provinciales, *ibid.*,

recommandation¹⁰. Il n'est pas question du partage entre les créanciers dans un tel contexte, étant donné que le syndic agit au nom de tous les créanciers non garantis.

[199] *Supra*, note 2, avant-projet de loi.

[200] *Supra*, note 62, par. 1(3) «réclamation» et (4) «créancier»

[201] *Ibid.* sous-par.7(a)(3).

[202] Il existe un précédent pour cette approche en vertu des lois provinciales actuelles. Dans l'affaire *Petryshyn c. Kochan*, [1940] 3 D.L.R. 796 (Sask. K.B.), la cession d'un bien-fonds a été contestée par le demandeur dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle en cours d'instance. Bien que le tribunal ait conclu que les conditions d'annulation prévues dans le Statut Élizabeth avaient été établies, il a ordonné que le bien-fonds demeure en possession du cessionnaire jusqu'à ce que le jugement dans l'action en responsabilité soit rendu en faveur du demandeur, auquel cas les transferts seraient nuls. Entre-temps, on a interdit au cessionnaire de conclure des opérations à l'égard du bien-fonds, sauf en vertu d'une ordonnance judiciaire.

[203] Rapport de la CRDCB, *supra*, note 2, au ch.V.C.1, *Springman et autres*, *supra*, note 13, aux pp.5-1 à 5-6.3. Se reporter à la *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 2000, ch. F-24, art.10.

[204] *Supra*, note 2, al.4(1)(a) de l'avant-projet de loi.

[205] Le mécanisme de répartition appliqué dans certaines provinces prévoit le partage à parts égales du montant accordé par la procédure d'exécution du jugement entre les créanciers, mais accorde au créancier qui a entamé les procédures le privilège essentiel de recouvrer ses frais à même le montant accordé par le jugement ainsi qu'un boni calculé en fonction du montant recouvré. Voir p. ex., l'art.99 de la *Civil Enforcement Act*, R.S.A. 2000, ch. C-15. Cependant, une approche de ce type ne fait qu'offrir une solution lorsque le redressement accordé consiste en un jugement d'exécution de paiement.

[206] *Supra*, note 2, par.5(2) de l'avant-projet de loi.

[207] *Ibid.*, par5(3).

SA MAJESTÉ, sur l'avis et du consentement de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, décrète :	Il est recommandé que le présent avant-projet soit adopté dans le cadre de la <i>Court Order Enforcement Act</i> .
1. Les définitions suivantes s'appliquent à la présente loi.	
«Demandeur». Désigne une personne qui, au moment du transfert préjudiciable,	La définition de «demandeur» contrôle la qualité pour agir en justice pour demander l'annulation d'une aliénation en vertu de l'avant-projet de loi.
(a) bénéficié d'une obligation par le cessionnaire qui est non garantie, que l'obligation soit	Le terme «demandeur» est employé aux par. 3(1) et 5(3). Un créancier qui n'est pas entièrement garanti est un demandeur.
(i) déterminée ou indéterminée;(ii) absolue ou conditionnelle;(iii) certaine ou contestée; (iv) payable immédiatement ou à terme;	La valeur d'une sûreté peut fluctuer de sorte qu'à différents moments, un créancier garanti peut être entièrement garanti ou peut ne pas être entièrement garanti. C'est la date où le transfert préjudiciable a été conclu qui détermine si un créancier garanti se qualifie à titre de demandeur.
(b) est un créancier garanti dont la sûreté est inadéquate; ou(c) le garant d'une obligation du cédant;	
«Aliénation». Désigne une ordonnance de la cour pour le transfert d'un bien ou un transfert par effet de la loi, autrement que par un droit de survie;	En vertu de la <i>Interpretation Act</i> , R.S.B.C. 1979, ch.206, art.29, «par aliéner», on entend l'action de transférer par un mode quelconque et s'entend également de l'action de céder, de donner, de concéder, de grever, de transporter, de léguer, de donner à bail, de retrancher, de délaissier et de convenir de faire l'une de ces choses. «Aliénation» a un sens équivalent: par.28(4).
	Pour plus de précision, l'avant-projet de loi prévoit d'autres modes de transfert des biens.
	Un transfert de propriété par un droit de survie est exclu de la définition.
	La Commission examine présentement l'effet des droits de survie sur les créanciers: voir <i>Working Paper on Co-ownership of Land</i> , (W.P. n°58, 1987).
	Le terme «aliénation» est employé tout au long de l'avant-projet de loi.
«Juste valeur». Désigne la valeur reçue en échange d'une aliénation de biens qui	La «juste valeur» est définie par rapport à la valeur reçue.

(a) est juste et raisonnable par rapport à la valeur du bien; et(b) à moins qu'il s'agisse de l'exécution d'un acte, est telle que le patrimoine du cédant en est sensiblement peu réduit;	Le concept de «juste valeur» dépend de la question de savoir si le patrimoine d'un cédant est réduit, augmenté ou est demeuré inchangé par suite de l'aliénation des biens. Si le patrimoine du cédant est réduit de façon appréciable par l'aliénation, il n'a pas reçu une «juste valeur» en échange.
	Si le patrimoine d'un cédant est sensiblement peu réduit par l'aliénation, celle-ci n'a pas pour effet de léser les créanciers. Ce patrimoine sera à l'abri des contestations. Voir le par.3(2).
	Le terme «juste valeur» est employé au présent article dans la définition de «valeur partielle» et à l'article 2 et au par.3(2).
	La «juste valeur» peut soit être la «juste valeur nouvelle» ou soit la «juste valeur antérieure». Voir les définitions de «nouvelle valeur» ou de «valeur antérieure».
«Nouvelle valeur». Désigne la valeur reçue au moment et en échange d'une aliénation de biens et comprend la valeur qui doit être reçue;	Le terme «nouvelle valeur» est employé par opposition au terme «valeur antérieure».
	Une aliénation de biens en échange d'une nouvelle valeur correspond à peu de choses près aux différents types d'aliénations actuellement régis par la <i>Fraudulent Conveyance Act</i> .
	Le terme «nouvelle valeur» est employé au présent article et aux al.3(2)(a) et (c).
	La «nouvelle valeur» peut être la «juste valeur», la «valeur partielle» ou une «valeur symbolique».
«Valeur partielle». Désigne la valeur reçue en échange d'une aliénation de biens qui n'est ni la juste valeur ni une valeur symbolique;	Par «valeur partielle», on entend les aliénations dont la validité dépend de l'intention du cessionnaire des biens.
	Dans la plupart des circonstances, l'intention n'est aucunement pertinente.
	Le terme «valeur partielle» est employé au par.3(1).
«Valeur antérieure». Désigne une obligation du cédant qui existait avant l'aliénation de biens, mais qui a été subséquemment garantie ou satisfaite, en totalité ou en partie, par l'aliénation;	Le terme «valeur antérieure» est employé par opposition au terme «nouvelle valeur».

	L'aliénation d'une valeur antérieure correspond à peu de choses près aux aliénations actuellement régies par la <i>Fraudulent Preference Act</i> .
	Le terme «valeur antérieure» est employé au par.3(1) et aux al.3(2)(c) et 3(2)(d).
«Transfert préjudiciable». Désigne une aliénation de biens visée par l'article3;	L'article3 définit les aliénations qui portent préjudice aux créanciers.
	Le concept de «transfert préjudiciable» remplace les concepts de transfert frauduleux et de traitement préférentiel.
	Seules les aliénations de biens par des personnes qui sont insolvables, ou qui le sont devenues par suite de l'aliénation ou qui sont sur le point de devenir insolvables, peuvent se qualifier de «transferts préjudiciables».
	Le terme «transfert préjudiciable» est employé dans la définition de «demandeur».
«Produit». Désigne les biens identifiables, sous quelque forme que ce soit, qui découlent directement ou indirectement d'une opération visant les biens ou du produit de ces biens et qui comprennent	Le terme «produit» comprend les biens qui remplacent les biens qui ont fait l'objet du transfert préjudiciable.
(a) l'indemnisation pour la perte ou la destruction des biens ou pour les dommages causés à ceux-ci; et(b) une part proportionnelle, déterminée selon les principes appliqués par les tribunaux compétents en equity pour retracer les biens, des fonds qui proviennent de la confusion des biens ou de leur produit avec des biens semblables;	En vertu du par.4(2), un demandeur a le droit d'avoir recours au produit obtenu lors d'un transfert préjudiciable. Si le cessionnaire se défait subséquemment des biens, un demandeur peut avoir recours au produit reçu par suite de cette aliénation. Si le produit est confondu avec d'autres biens du même genre, le tribunal peut se fonder sur des principes d'equity pour désigner une part proportionnelle du fonds aux fins d'accorder un redressement en vertu de l'avant-projet de loi.
«Biens». Désigne un droit dans un bien réel ou personnel exigible en droit ou en equity et comprend les sommes d'argent;	Un créancier qui n'a pas été en mesure de procéder à la saisie-exécution des biens aliénés par le cédant pour satisfaire ses réclamations ne peut pas être lésé par cette disposition.
	Pour cette raison, le terme biens est défini de façon à englober pratiquement tout type de biens, ou de droit dans un bien, sauf ceux qui

	ne peuvent faire l'objet de procédures d'exécution forcée.
	La définition revêt également de l'importance pour déterminer la solvabilité du cédant. Voir l'article 2.
	Les biens qui ne peuvent pas faire l'objet de procédures d'exécution forcée ne sont pas pris en compte lors de la détermination de la solvabilité du cédant.
	La <i>Fraudulent Preference Act</i> actuelle ne s'applique pas à une disposition des sommes d'argent obtenues. Le renvoi aux sommes d'argent vise à s'assurer que l'avant-projet de loi s'applique à celles-ci.
	Le terme «biens» est employé tout au long de l'avant-projet de loi.
«Valeur symbolique». Désigne une valeur qui est inadéquate à un point tel que, par opposition à la juste valeur des biens aliénés, l'aliénation constitue essentiellement une donation;	Si une aliénation de biens est faite par un insolvable pour une valeur symbolique, le tribunal peut rendre une ordonnance de redressement. Voir l'article 3.
	Le terme «valeur symbolique» ainsi que les termes «juste valeur» et «valeur partielle» englobent l'éventail des contreparties qui peuvent être cédées lors d'une disposition de biens.
	Le terme «valeur symbolique» est employé dans la définition de «valeur partielle» et au par.3(1).
Le terme «valeur» comprend l'exécution d'un acte.	En règle générale, la valeur échangée lors de l'aliénation d'un bien consistera en un bien.
	La prestation d'un service, cependant, constitue également un bien.
	Le terme «valeur», par conséquent, est défini pour englober l'exécution d'un acte.
	Le terme «valeur» est employé tout au long de l'avant-projet de loi.
2. (1) Aux fins de la présente partie, une personne est insolvable lorsque ses biens au Canada, s'ils sont aliénés contre une juste valeur, ne permettent pas de réunir les sommes d'argent suffisantes pour remplir ses obligations.	L'avant-projet de loi régit l'aliénation de biens par une personne qui est insolvable, ou qui l'est devenue par la suite.
	L'insolvabilité est déterminée par renvoi aux biens lorsqu'un demandeur pourrait y avoir

	recours au Canada afin de satisfaire sa réclamation.
(2) Une personne qui a cessé de remplir ses obligations lorsqu'elles arrivent à échéance est présumée insolvable.	Les biens du cédant sont évalués à leur juste valeur.
	Si la juste valeur des biens du cédant est inférieure au total de ses obligations, il est insolvable aux fins du présent avant-projet de loi.
	Sur le plan pratique, un demandeur peut ne pas être en mesure de déterminer l'étendue des biens ou des obligations du cédant.
	Par conséquent, si un cédant a cessé de remplir ses obligations lorsqu'elles arrivent à échéance, il est présumé insolvable.
	Le cédant peut réfuter la présomption d'insolvabilité en établissant que la valeur des biens, telle qu'elle est définie, dépasse la valeur des obligations.
3. (1) Lorsqu'une aliénation de biens est faite par un cédant qui est	Une aliénation qui relève de la portée du par.3(1) constitue un «transfert préjudiciable». Voir l'article 1.
(a) insolvable;(b) sur le point de faire faillite; ou(c) est devenu insolvable par suite de l'aliénation;	Essentiellement, le bien qui fait l'objet d'une aliénation par un insolvable sera à la disposition d'un demandeur s'il est:
et que la contrepartie en échange	
(d) a une valeur symbolique ou nulle;(e) a une valeur partielle lorsque le cessionnaire	(i) une pure donation;(ii) un marché avantageux lorsque le cessionnaire avait l'intention requise; ou(iii) un paiement au créancier.
(i) savait ou aurait du raisonnablement savoir que le transfert nuirait de façon appréciable à la capacité du débiteur de satisfaire ses obligations; ou(ii) qu'il a accepté le bien en ayant la certitude que celui-ci serait détenu à l'usage ou au profit du débiteur; ou	Même si l'aliénation relève de l'une des catégories énumérées ci-dessus, des moyens de défense peuvent être disponibles. Voir par.3(2). Prendre note qu'une aliénation contre une juste valeur nouvelle ne constitue pas un «transfert préjudiciable» puisqu'elle ne relève pas de la portée du présent article.
(f) a une valeur antérieure	
le tribunal peut rendre une ordonnance de redressement en faveur du demandeur.	
(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux aliénations suivantes:	

(a) une aliénation de biens contre une juste valeur nouvelle;(b) une aliénation de biens faite dans le cours normal des activités de l'entreprise ou des affaires du cédant;	Une aliénation de biens contre une juste valeur nouvelle ne diminue pas, par définition, le patrimoine du cédant. Par conséquent, il est à l'abri d'une contestation.
	Une personne peut exploiter son entreprise, ou remplir ses obligations impayées, alors qu'elle est techniquement insolvable. Pour ce faire, elle doit être en mesure de faire des paiements dans le cours normal des activités de son entreprise.
	Par conséquent, l'avant-projet de loi insiste sur l'aliénation exceptionnelle qui a lieu dans le cours normal des activités de l'entreprise ou des affaires du cédant.
	Le défaut de permettre aux parties d'invoquer un moyen de défense de cette nature les placerait dans une situation délicate. Cela pourrait empêcher un cédant de poursuivre ses activités et de redevenir ainsi solvable. En outre, cela remettrait en question les versements les plus courants.
(c) une garantie cédée contre une valeur antérieure, lorsque, en raison ou par suite de l'octroi de la garantie, le cessionnaire	Des arrangements de cette nature sont courants. Il est souhaitable de permettre à une entreprise de tenter de se rétablir.
(i) cède une nouvelle valeur au cédant; ou(ii) convient de ne pas procéder à l'exécution forcée d'une obligation que lui doit le cédant	L'octroi d'un nouveau crédit à un débiteur sera souvent au bénéfice des autres créanciers du débiteur, plus particulièrement si cela permet au débiteur de redevenir éventuellement solvable.
croyant de bonne foi que la nouvelle valeur ou l'abstention permettra au cédant de poursuivre les activités de son entreprise et, dans un délai raisonnable, de cesser d'être insolvable.	Le défaut de permettre à un créancier d'obtenir une garantie pour un endettement antérieur empêchera souvent l'octroi d'un crédit supplémentaire. Un créancier peut menacer d'intenter des poursuites à moins que le débiteur fournisse une garantie pour ses dettes. L'abstention dans de telles circonstances constituerait une nouvelle valeur.
	Le nouvel octroi ou l'abstention cependant doit permettre au débiteur de poursuivre les activités de son entreprise et de payer ses dettes intégralement.
	On prévoit que cette exigence empêchera un engagement de ne pas intenter de poursuites de se qualifier, à moins que cet engagement

	permette à un débiteur de poursuivre ses activités en vue de rentabiliser son entreprise.
(d) une garantie cédée contre une valeur antérieure ou octroyée pour l'exécution d'un engagement pris par le cédant lorsque la valeur a été reçue.	Un engagement commercial courant est d'octroyer du crédit moyennant l'entente que, lorsque le créancier sent qu'il n'est plus protégé, il peut demander une garantie.
	Il est souhaitable de laisser aux créanciers et aux débiteurs la plus grande latitude possible pour structurer les modalités d'une entente financière.
	Si cette situation n'est pas reconnue, les prêteurs seront tenus de prendre des dispositions en matière de garantie au moment où le crédit est octroyé.
	Il en découlera souvent des frais inutiles pour le prêteur et l'emprunteur, dans la plupart des cas où cette «insécurité» ne survient pas.
4. (1) Une ordonnance de redressement rendue en vertu de l'article 3 peut comprendre:	Le par. 4(1) énumère les ordonnances que le tribunal peut rendre.
(a) une ordonnance que les biens soient vendus et que les sommes d'argent réalisées lors de la vente soient distribuées parmi les demandeurs ou les demandeurs possibles que peut déterminer le tribunal; (b) une ordonnance que les biens soient dévolus de nouveau au cédant; (c) une ordonnance déclarant que les biens sont opposables au cessionnaire pour acquitter les obligations du cédant; et (d) toute autre ordonnance pour l'aliénation des biens, ou pour l'exécution forcée contre ceux-ci, qui est juste et équitable compte tenu des circonstances.	Le tribunal devrait être en mesure de rendre une ordonnance appropriée compte tenu des circonstances. En vertu de l'al. 4(1)(c), le tribunal peut rendre une ordonnance qui distribue le produit de la vente parmi les demandeurs. Il appartiendrait à un tribunal d'intégrer par renvoi dans cette ordonnance le mécanisme de distribution prévu dans la <i>Creditor Assistance Act</i> .
(2) toute ordonnance qui peut être rendue à l'égard des biens en vertu du paragraphe (1) peut être rendue à l'égard du produit de toute aliénation ultérieure des biens qui sont en possession du cessionnaire ou sous son contrôle.	Voir la définition de «produit» à l'article 1. Un demandeur qui a le droit d'invoquer un recours en vertu de l'avant-projet de loi ne devrait pas être privé d'exercer un recours lors d'une aliénation ultérieure des biens.
(3) Une ordonnance en vertu du paragraphe (1) peut être rendue sous réserve de modalités qui sont justes et équitables compte tenu des circonstances.	Suffisamment explicite.
(4) Une ordonnance en vertu du paragraphe (1) doit, dans la mesure où cela est possible et équitable compte tenu des circonstances, rétablir le cédant et le cessionnaire dans la position où ils se trouvaient avant le transfert.	La valeur cédée lors d'un transfert préjudiciable s'appliquera au profit du patrimoine du cédant aux frais du cessionnaire.

	Le tribunal a, par conséquent, compétence pour protéger le cessionnaire dans la mesure du possible.
	Une ordonnance en vertu de ce paragraphe, ou l'incapacité de rendre une telle ordonnance, cependant, n'empêchera pas le tribunal de rendre une ordonnance en faveur du demandeur.
(5) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe(1) peut être refusée lorsque le cessionnaire des biens a, sur la foi d'un transfert préjudiciable, changé de position à un point tel qu'il serait inéquitable de rendre une ordonnance de redressement.	Le moyen de défense fondé sur le changement de position découle du fait que les parties à une opération sont souvent justifiées de se fier à sa validité.
	Dans des circonstances où une partie était justifiée de se fier à la validité d'une opération, il peut être inéquitable de purement annuler l'opération.
	Le tribunal a, par conséquent, compétence pour rejeter la demande.
5. (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour, une procédure en redressement en vertu de la présente partie ne peut être intentée qu'aux conditions suivantes:	Il est tout à fait normal qu'un demandeur ne puisse pas tenter des poursuites pour une créance qui n'est pas encore échue ou en souffrance.
(a) si le demandeur a obtenu jugement à l'égard d'une obligation que lui doit le cédant,(b) si le demandeur a le droit d'intenter des poursuites pour faire exécuter l'obligation.	Un demandeur dont la créance ne serait pas en règle ne devrait pas être en mesure de nuire à une opération commerciale. Les abus et les préjudices éventuels que pourraient subir le cédant et le cessionnaire sont nombreux.
	Cependant, un demandeur dont la créance ne serait pas encore échue pourrait être lésé par une disposition de biens à moins qu'il soit en mesure d'agir avec diligence.
	Le tribunal peut, par conséquent, donner l'autorisation de procéder à un demandeur dont la créance n'est pas encore échue ou en souffrance.
(2) Aucune procédure de redressement en vertu de la présente partie ne peut être intentée plus d'un (1) an après la date où l'aliénation des biens a pris fin.	Les opérations ne devraient pas être mises en péril pendant une période indéterminée. La politique visant à protéger les créanciers d'un insolvable doit être limitée par la nécessité commerciale.
	À l'heure actuelle, en vertu de la <i>Fraudulent Preference Act</i> , certaines aliénations sont

	automatiquement annulées si elles sont contestées dans un délai de 60 jours de leur conclusion. Deux autres événements sont énumérés, établissant un délai de 60 jours durant lequel un traitement préférentiel sera automatiquement annulé.
	Les aliénations qui ont pour but de privilégier un créancier peuvent être contestées en tout temps, à la condition que la réclamation du créancier ne soit pas prescrite en vertu d'une loi. Il est possible qu'en vertu de la <i>Limitation Act</i> , aucune aliénation ne puisse être annulée plus de six ans après avoir été conclue.
	Les aliénations qui peuvent être contestées en vertu de la <i>Fraudulent Conveyance Act</i> sont également assujetties à un délai de prescription de six ans.
	La nouvelle approche adoptée par l'avant-projet de loi exige qu'un délai de prescription soit adopté.
	En vertu de ce paragraphe, aucune ordonnance ne doit être rendue à l'égard d'une aliénation conclue plus d'un an avant le début de procédures intentées en vertu de l'avant-projet de loi.
(3) Lorsque le cessionnaire dissimule des faits importants, ou aide ou acquiesce à la dissimulation de faits importants, relatifs à l'aliénation de biens, le délai prévu au paragraphe(2) ne recommence à courir contre le demandeur que s'il a connaissance ou aurait dû avoir raisonnablement connaissance, agissant avec toute la diligence raisonnable, des faits importants.	Dans certains cas, il sera approprié de suspendre le délai de prescription en vertu de l'avant-projet de loi. C'est ce que le paragraphe(3) fait selon que le cessionnaire dissimule des faits importants, ou aide ou acquiesce à la dissimulation de faits importants relatifs à l'aliénation de biens.
	Les activités du cessionnaire à cet égard sont pertinentes étant donné qu'il est la partie qui est visée par la question de savoir si l'aliénation est valide ou non.
	Lorsqu'un fait important a été dissimulé, le délai de prescription en vertu de la loi ne commence à courir que lorsque le demandeur prend connaissance du fait important.
(4) Malgré la suspension du délai de prescription en vertu du paragraphe(3), aucune procédure ne peut être intentée plus de six(6)ans à partir de la date où l'aliénation a été complétée.	Suffisamment explicite.

(5) Une procédure de redressement en vertu de la présente partie peut être introduite par bref d'assignation ou par requête.

Suffisamment explicite.

ANNEXE B

DONATIONS ET TRANSFERTS POUR UNE CONTREPARTIE INFÉRIEURE À LEUR JUSTE VALEUR

Nouvelle formulation de l'article 91 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité

Produit pour la Direction de la politique des lois commerciales par Ronald

C. C. Cuming

Collège de droit, Université de la Saskatchewan

Décembre 1997

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATION 1

Il faudrait reformuler complètement l'article 91 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. Cette refonte permettrait une consolidation des articles 91 à 93, 100 et 101 actuels. Elle éliminerait la complexité, les anomalies et les lacunes de ces dispositions et fournirait un traitement socialement acceptable, commercialement raisonnable et prévisible des transactions qui réduisent la quantité de biens accessibles aux créanciers d'un failli.

RECOMMANDATION 2: DÉFINITIONS

La nouvelle formulation proposée de l'article 91 devrait s'appliquer, sauf pour les exceptions mentionnées, à toutes les « transactions » volontaires ayant un effet sur la quantité de biens qui fait partie de l'actif d'un failli. À cette fin, le terme « transaction » devrait comprendre toute intervention volontaire en vertu de laquelle le débiteur :

- cède ou entreprend de céder à une autre personne un droit sur des biens existants ou sur des biens acquis à une date ultérieure (désignés ci-après par le terme «biens») pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur marchande des biens;
- contracte une obligation pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur monétaire de l'obligation;
- assure la prestation de services pour une contrepartie nulle ou manifestement inférieure à la valeur marchande des services;
- dans le cas d'une personne morale, achète ou rachète des actions de cette personne morale ou verse un dividende, sauf un dividende sous forme d'actions de la personne morale;
- effectue des paiements ou s'engage à effectuer des paiements futurs selon les conditions prévues dans un contrat d'assurance ou d'annuité qui établit qu'une personne autre que le débiteur est bénéficiaire de l'annuité, mais en excluant un contrat d'assurance ou d'annuité dont le bénéficiaire est une personne à charge du débiteur et où les paiements effectués selon les conditions prévues au contrat représentent les biens visés par l'alinéa 67(1)b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;

- accorde ou convient d'accorder à une autre personne un droit de sûreté, une charge, une hypothèque ou autre privilège.

Le terme « transaction » ne devrait pas comprendre:

- un paiement ou un transfert de biens pour honorer les obligations liées à une pension alimentaire ou une ordonnance du tribunal pour le paiement d'une pension alimentaire;
- un paiement en argent ou le transfert de biens à un créancier pour le règlement complet ou partiel d'une dette, sauf si l'argent versé ou la valeur des biens transférés dépasse la valeur de la dette réglée;
- le remplacement par le débiteur d'une forme de ses biens par une autre forme de biens;

[- compensation].

Le terme « débiteur » devrait s'entendre d'une personne qui, au moment de la transaction, est un failli ou qui le devient après cette date.

Le terme « biens » devrait comprendre les droits du débiteur sur les biens, y compris les biens mentionnés à l'alinéa 67(1)b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, mais il devrait exclure de petites sommes d'argent ou des articles de faible valeur cédés par le débiteur à des membres de la famille dans le cours normal des relations familiales.

Le terme « services » ne devrait pas comprendre les services fournis par le débiteur aux membres de sa famille ainsi que les services non professionnels ou non commerciaux.

Le terme « transfert » devrait comprendre le paiement de sommes d'argent ou d'autres valeurs en vertu d'un contrat d'achat de biens ou de services. Le terme « valeur » ne devrait pas comprendre une promesse de mariage ou tout autre engagement faisant partie d'un contrat de mariage ou une promesse non remplie de subvenir aux besoins.

RECOMMANDATION 3: POUVOIR DU SYNDIC

L'article 91 refondu devrait stipuler qu'un syndic a le pouvoir, assujéti à l'examen d'un tribunal, d'évaluer les droits des parties à une transaction, de déterminer si la transaction a eu lieu durant une période débutant trois ans avant l'ouverture de la faillite et se terminant à la date de libération du débiteur, et d'établir si, au moment de la transaction, :

- le débiteur était insolvable ou est devenu insolvable par suite de la transaction; ou
- le débiteur entendait contracter des dettes ou il y avait tout lieu de croire qu'au moment de la transaction, le débiteur allait contracter des dettes qui, à mesure qu'elles arriveraient à échéance, dépasseraient sa capacité de les rembourser.

Dans toute procédure intentée devant le tribunal, le fardeau de la preuve de la solvabilité du débiteur avant ou après la transaction ou des motifs raisonnables de croire à la solvabilité du débiteur devrait incomber à la personne qui tente d'établir que l'article 91 ne s'applique pas. Le fait que le débiteur était solvable à un moment donné entre la date de la transaction et la date de la faillite ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application de l'article 91 refondu.

RECOMMANDATION 4: RECOURS

Le pouvoir d'évaluer les droits des parties à une transaction devrait inclure les modalités suivantes. Lorsque la transaction met en cause la prestation de services, le transfert de biens, l'achat ou le rachat d'actions, l'octroi d'une garantie ou l'acceptation d'une obligation, le syndic pourra:

- annuler la transaction et, le cas échéant, recouvrer auprès de toute personne les sommes payées, les biens transférés par le débiteur ou le produit ou la valeur des biens transférés; ou encore
- demander à la personne qui a reçu les biens transférés ou les services fournis ou la personne envers laquelle l'obligation a été contractée de payer au syndic un montant équivalant à l'écart entre la valeur versée au débiteur et la valeur des biens transférés, des services fournis ou de l'obligation contractée;
- mettre fin à un contrat d'assurance ou d'annuité qui constitue une transaction, mais sous réserve du droit de l'assureur ou de l'émetteur de verser un paiement d'un montant égal au moindre de la somme qui aurait pu être recouvrée par l'assureur si le contrat avait été répudié par le débiteur et de la somme payable par le débiteur à l'échéance du contrat ou le montant que le tribunal pourrait ordonner de payer;
- dans le cas de l'achat ou du rachat de ses actions par une personne morale, demander au vendeur des actions ou à la personne qui a reçu le paiement au terme du rachat de remettre au syndic les montants reçus de la personne morale au moment de la transaction.

Lorsque, selon les preuves présentées au tribunal par le syndic, une partie ou la totalité du montant à repayer par le vendeur des actions ou la personne qui a reçu paiement au terme du rachat n'est pas versé ou n'est pas versé dans un délai raisonnable ou lorsque la transaction met en cause le paiement d'un dividende, le tribunal devrait disposer du pouvoir d'ordonner à un ou plusieurs administrateurs de la personne morale de payer ce montant ou la somme versée sous forme de dividende; en outre, les administrateurs nommés dans l'ordonnance devraient être tenus responsables conjointement et individuellement du paiement de ce montant. Une ordonnance ne devrait pas être émise contre un administrateur qui, aux termes de la législation régissant la personne morale, est libéré de toute responsabilité pour le paiement interdit du dividende ou du rachat ou de l'achat interdit des actions. En déterminant s'il doit émettre une telle ordonnance, le tribunal doit prendre en considération les preuves présentées par un administrateur sur lesquelles ce dernier s'est appuyé de bonne foi ou qu'on aurait des motifs raisonnables de s'attendre qu'une personne dans sa position puisse s'appuyer:

- des états financiers ou autres de la personne morale qui lui sont présentés par le vérificateur ou les membres de la direction de la personne morale; ou
- un rapport produit en vertu d'un contrat pour la personne morale par une personne dont la profession permet de rendre crédible le contenu du rapport.

Le transfert à une personne morale d'actions émises par celle-ci en vertu d'un achat ou d'un rachat de ses titres ne devrait pas être considéré comme mettant en cause la remise d'une valeur par l'auteur du transfert à la personne morale.

Le terme « produit » devrait comprendre des biens identifiables, sous toute forme, provenant directement ou indirectement de toute transaction sur des biens ou du produit de biens, et inclure un dédommagement pour les dommages causés aux biens ou la destruction des biens ou du produit et un intérêt déterminé selon les principes de la récupération appliquée par les tribunaux qui exercent une compétence en equity.

RECOMMANDATION 5: PROTECTION DES DROITS DES PARTIES À LA TRANSACTION

Lorsque le syndic opte pour l'annulation d'une transaction, il devrait être tenu de verser à la personne à qui les biens ont été transférés ou envers laquelle une obligation a été contractée : un montant équivalant à la valeur versée au débiteur au moment de la transaction; et

un montant qui permet de dédommager la personne pour toute amélioration commercialement valable apportée aux biens et pour toute obligation légale contractée en se fondant sur une perspective raisonnable de conserver la propriété des biens ou l'obligation contractée.

RECOMMANDATION 6: PROTECTION DES DROITS DES TIERS

Le syndic ne devrait pas pouvoir annuler une transaction lorsque les biens ou l'obligation ont été transférés à une personne qui n'était pas partie à la transaction, qui a fait l'acquisition de biens ou d'une obligation dont la valeur n'était pas sensiblement inférieure à la valeur marchande des biens ou de l'obligation et qui, au moment où la personne a fait l'acquisition des biens ou de l'obligation, ne savait pas et n'avait pas de motif raisonnable de croire que le débiteur était insolvable au moment de la transaction ou avait été rendu insolvable par suite de la transaction, ou que le débiteur entendait au moment de la transaction contracter des dettes qui, à mesure qu'elles arriveraient à échéance, dépasseraient sa capacité de les rembourser.

RECOMMANDATION 7: BIENS INSAISSABLES

Le syndic ne devrait pas pouvoir annuler une transaction mettant en cause le transfert de biens mentionnés à l'alinéa 67(1)b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité si, après le transfert, les biens ou le produit d'une disposition des biens étaient insaisissables dans le contexte d'une procédure d'exécution du jugement. Cette recommandation ne devrait pas s'appliquer à une transaction mettant en cause un contrat d'assurance ou d'annuité.

RECOMMANDATION 8: TRANSACTIONS FRAUDULEUSES

À la demande du syndic, le tribunal devrait disposer du pouvoir d'ordonner qu'une transaction, désignée ci-après «transaction frauduleuse», sous la forme d'un transfert de biens ou d'une obligation contractée par le débiteur qui aurait eu lieu à n'importe quel moment avant la date de mise en faillite du débiteur, soit annulée lorsque l'objectif principal du débiteur au moment de conclure la transaction était de gêner, d'entraver ou de frauder une personne envers laquelle le débiteur était ou devenait endetté au moment ou après la date de la transaction.

Le débiteur devrait être considéré comme ayant à première vue pour objectif principal de gêner, d'entraver ou de frauder ses créanciers lorsqu'il était insolvable au moment de la conclusion de la transaction.

RECOMMANDATION 9: PROTECTION DES DESTINATAIRES DE TRANSFERT, DES CRÉANCIERS OBLIGATAIRES ET DES TIERS

Un tribunal ne devrait pas être en mesure d'ordonner qu'une transaction frauduleuse soit annulée si le destinataire du transfert des biens ou le créancier obligataire a acquis les biens ou l'obligation en contrepartie d'une valeur non manifestement inférieure à sa valeur marchande et s'il ne savait pas ou

n'avait aucun motif raisonnable de croire au moment de la transaction que l'objectif du débiteur était de gêner, d'entraver ou de frauder toute personne envers qui le débiteur avait ou allait avoir une dette au moment ou après la date de la transaction.

Lorsqu'un tribunal émet une ordonnance pour annuler une transaction frauduleuse, le syndic devrait être tenu de payer ou de transférer au destinataire des biens ou au créancier obligataire, qui ne connaissait ou n'avait aucun motif raisonnable de connaître l'objectif du débiteur au moment de la transaction, un montant équivalant à la valeur remise au débiteur dans le cadre de la transaction et un montant à la personne concernée pour la dédommager de toute amélioration commercialement valable apportée aux biens et de toute obligation légale contractée en se fondant sur une perspective raisonnable de conserver la propriété des biens ou l'obligation contractée.

Lorsqu'une transaction est annulée, le destinataire des biens ou le créancier obligataire qui connaissait ou avait un motif raisonnable de connaître les intentions du débiteur mais qui n'était pas de connivence avec ce dernier devrait, en tant que créancier dans la faillite, pouvoir réclamer un montant équivalant à la valeur de la contrepartie qu'il a versée au débiteur au moment de la transaction.

Aux fins de la présente recommandation et de la recommandation 6, une personne est réputée savoir que des renseignements pertinents sont disponibles lorsqu'il s'agit de dossiers qu'une personne raisonnable devrait connaître dans l'exercice de ses fonctions. Dans le cas d'une personne morale, il s'agit d'une personne qui occupe un poste de directeur général, d'administrateur de la société ou de cadre supérieur dont les responsabilités comprennent les dossiers auxquels les renseignements se rapportent. Dans le contexte d'une société de personnes, il s'agit de l'un des associés généraux ou d'une personne qui exerce des fonctions de contrôle et de gestion de la société.

RECOMMANDATION 10: CHARGE DU SYNDIC

Lorsque le syndic ou le tribunal exige d'une personne de verser une somme d'argent ou de transférer des biens au syndic, ce dernier devrait détenir une charge sur les biens de la personne afin de garantir l'exécution de l'obligation. La charge devrait être considérée comme un droit de sûreté ou une hypothèque ou un acte hypothécaire sur les biens et, à ce titre, devrait être assujettie à la législation de la province ou du territoire qui s'applique aux droits de sûreté, hypothèques ou actes hypothécaires sur des biens.

RECOMMANDATION 11: INTÉRÊT

Lorsque le syndic ou le tribunal exige le paiement d'une somme d'argent au syndic, l'obligation devrait comprendre le paiement d'intérêts à compter de la date à laquelle la personne tenue de faire le paiement a été avisée de cette obligation jusqu'à la date à laquelle le paiement est reçu. Lorsque le syndic est tenu de verser un dédommagement à une personne en vertu de la recommandation 5 ou de la recommandation 9, le syndic devra payer des intérêts sur la somme à compter de la date à laquelle les biens sont transmis au syndic jusqu'à la date à laquelle le paiement est effectué. Le taux d'intérêt applicable devrait être le taux d'intérêt prescrit.

RECOMMANDATION 12 : LÉGISLATION PROVINCIALE SUR LES CESSIIONS FRAUDULEUSES

Un syndic ne devrait pas pouvoir se prévaloir des dispositions de la législation provinciale sur les cessions frauduleuses. Toutefois, un syndic devrait être en mesure, en tant que représentant d'un créancier qui a entrepris une procédure en vertu d'une législation provinciale et des autres créanciers qui profiteraient d'une ordonnance d'annulation d'un transfert de biens en vertu d'une loi provinciale, de poursuivre l'action en justice après la déclaration de la faillite.

RECOMMANDATION 13: ABROGATION DES ARTICLES 3 ET 100

Les articles 3 et 100 de la Loi devraient être abrogés puisque les questions dont ils traitent pourraient être abordées plus efficacement dans le cadre de la refonte proposée de l'article 91.

RECOMMANDATION 14: APPLICATION À LA LFI ET À LA LACC

L'article 91 refondu devrait s'appliquer aux procédures entamées en vertu de la section I de la partie III de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies dans les circonstances suivantes :

- lorsque chaque catégorie de créanciers non garantis à une assemblée mentionnée aux articles 51 et 54 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité ou à l'article 6 de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies adopte une résolution visant à mandater le syndic ou le contrôleur de se prévaloir des modalités de l'article, ou
- lorsque, après l'approbation d'une proposition en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité ou de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, le débiteur s'engage dans une transaction, et que chaque catégorie de créanciers non garantis adopte une résolution à une assemblée convoquée à cette fin par le syndic visant à mandater le syndic ou le contrôleur de se prévaloir des modalités de l'article concernant la transaction; et
- le syndic ou le contrôleur demande la permission au tribunal de se prévaloir des modalités de l'article 91.

Un tribunal ne devrait pas accéder à la demande, à moins que la réussite éventuelle d'une proposition ou l'aptitude du débiteur à respecter les conditions d'une proposition acceptée ou sanctionnée ne soit vraisemblablement compromise par la transaction.

Aux fins de la présente recommandation, le terme « proposition » devrait inclure un arrangement en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.

RECOMMANDATION 15: RETOUR EN ARRIÈRE DANS LE CONTEXTE DE LA LACC

Les articles 101.1 et 101.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité devraient être modifiés pour établir que « l'ouverture de la faillite » soit réputée être la date de dépôt d'une première requête en vertu du paragraphe 11(2) de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies lorsque le tribunal met fin à la période de suspension en vertu de l'article 11 de la Loi et qu'une requête est déposée ou qu'une cession est faite dans les 30 jours suivants.

RECOMMANDATION 16: LOI CONCERNANT LA LIQUIDATION ET LA RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS

Les articles 96 à 99 de la Loi concernant la liquidation et la restructuration des sociétés devraient être abrogés et la version révisée de l'article 91 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité devrait s'appliquer, en y apportant les modifications nécessaires, aux procédures engagées en vertu de la Loi concernant la liquidation et la restructuration des sociétés.

[SOURCE: <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/cilp-pdci.nsf/fr/cl00242f.html>]