

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE : STRATÉGIE DE DROIT COMMERCIAL

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

(Opérations sous-évaluées et transferts préférentiels)

Rapport d'étape

présenté par Tamara M. Buckwold

Faculté de droit, Université de l'Alberta

Edmonton (Alberta)

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

Ottawa, Ontario

Août 2009

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS**PRÉFÉRENTIELS****INTRODUCTION**

[1] La présente mise à jour vise à informer la Conférence de l'état actuel du projet sur la réforme des transferts frauduleux et des traitements préférentiels. De nombreux progrès ont été réalisés dans la formulation des recommandations visant la préparation d'une loi qui porte sur la partie I du projet, soit les transferts frauduleux ou les opérations sous-évaluées. Bien que les limites de temps l'aient empêché de dresser un rapport complet et final, le groupe de travail a été en mesure de produire des recommandations sur les éléments essentiels de la loi proposée; il ne reste donc que quelques questions à aborder. La présente mise à jour fait état des recommandations qui ont été formulées jusqu'à maintenant, accompagnée de commentaires explicatifs. Les questions importantes qui font encore l'objet de travaux ont été désignées.¹ Le groupe se rencontrera de nouveau en septembre. Une fois que les travaux sur la partie I seront terminés, nous amorcerons la partie II (traitements préférentiels).

GROUPE DE TRAVAIL

[2] Le groupe de travail, tel qu'il a été présenté en 2008, a changé par le recrutement de deux nouveaux membres (désignés ci-dessous) et par la démission d'un autre. Les nouveaux membres sont tous deux des avocats en exercice qui comptent une vaste expérience sur la question étudiée. Étant donné que les exigences que leur imposent leurs pratiques ne leur ont pas permis d'assister à toutes les rencontres du groupe de travail, il faut se garder de supposer qu'ils ont endossé toutes les recommandations formulées par le groupe. Néanmoins, le groupe a su tirer profit des contributions qu'il a été en mesure d'apporter jusqu'à ce jour à différentes étapes de son processus. Des efforts considérables ont été déployés pour recruter un représentant du gouvernement fédéral en tant que membre du groupe de travail. Cependant, les demandes faites en ce sens à Industrie Canada et au Bureau du surintendant des faillites Canada ont été rejetées.

Le groupe de travail se compose actuellement des membres suivants :

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Tamara M. Buckwold (présidente), faculté de droit, Université de l'Alberta

Thomas G. Anderson, c.r., Anderson Pension Consulting, Vancouver

Élise Charpentier, faculté de droit, Université de Montréal

Sarah J. Dafoe, Justice Alberta, réforme législative

Anthony Duggan, faculté de droit, Université de Toronto

Robert A. Klotz (nouveau membre), Klotz Associates, Toronto

Michael J. MacNaughton (nouveau membre), Borden Ladner Gervais s.r.l.,
Toronto

Tim Rattenbury, Cabinet du procureur général, gouvernement du
Nouveau-Brunswick

[3] Le groupe de travail a tenu onze rencontres, toutes par voie de conférence téléphonique. Les travaux se sont poursuivis à partir du document de travail sur la partie I remis à la Conférence en 2007 et auquel s'était ajoutée une série de documents de consultation produits par la présidente en vue de définir les questions de politiques et de structure légale qui devront être tranchées. Des procès-verbaux de toutes les rencontres et des recommandations retenues par le groupe de travail ont été rédigés.²

RAPPORT SUR LE DROIT APPLICABLE AU QUÉBEC

[4] Un rapport écrit sur le droit applicable au Québec a été complété par le professeur Élise Charpentier à la fin du printemps dernier, et il est joint au présent rapport d'étape remis à la Conférence. Bien que les recommandations du groupe de travail n'aient pas été directement influencées par le rapport, il convient de noter qu'elles sont raisonnablement compatibles avec les principes établis par le Code civil, tels qu'ils sont interprétés par les tribunaux du Québec. Le rapport permettra de mieux évaluer si l'adoption du projet de loi au Québec exigera de modifier la loi à des fins de compatibilité avec les caractéristiques conceptuelles et structurelles fondamentales du C.C.Q.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS**PRÉFÉRENTIELS****RECOMMANDATIONS FORMULÉES JUSQU'À CE JOUR**

[5] Le présent rapport établit les recommandations qui ont été formulées par le groupe de travail en date de la dernière réunion précédant le rapport, qui s'est tenue le 22 juin 2009. Ces recommandations n'ont pas pour but de constituer un texte de loi définitif. Cependant, la nécessité d'être plus précis dans certains cas exige que les recommandations soient formulées de telle sorte qu'elles se rapprochent du libellé qui pourrait être adopté dans le projet de loi et c'est pourquoi, les mots employés ont été choisis prudemment. Par conséquent, les recommandations constituent une combinaison d'énoncés de principes généraux et de dispositions législatives provisoires.

[6] Bien que le présent rapport offre une explication des recommandations formulées, il convient de noter que le rapport final peut, dans certains cas, comprendre des commentaires élaborés plus longuement. Il faut également comprendre que les recommandations décrites dans le présent rapport peuvent faire l'objet de révisions mineures au fil des travaux menant au rapport final. Afin d'établir une distinction entre les recommandations et les commentaires explicatifs, celles-ci figurent en caractères gras.

[7] Les recommandations formulées jusqu'à ce jour se classent sous les rubriques générales suivantes, et sont analysées ci-dessous séparément :

- A. Principes sous-jacents d'une réforme du droit
- B. Principes généraux dans la conception d'une nouvelle loi
- C. Motifs de recours : définition des causes d'action
- D. Champ d'application de la loi : opérations visées par la loi
- E. Qualité pour agir en vertu de la loi
- F. Recours

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

A. Principes sous-jacents d'une réforme du droit

[8] En vertu du droit canadien, les créanciers qui ne reçoivent pas ce qui leur est dû, soit en raison d'une faute intentionnelle ou d'une incapacité de payer de la part de leurs débiteurs, ont droit de recouvrer leur créance en faisant saisir et liquider les biens de leurs débiteurs dans le cadre d'un processus légal. Si la dette est garantie par un droit de propriété, une action en justice peut être intentée directement contre le bien affecté en garantie, souvent sans faire appel au système judiciaire. Lorsque la dette n'est pas garantie, les différentes mesures d'exécution dont disposent les créanciers pour avoir accès aux biens du débiteur sont soit la procédure de faillite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) fédérale ou la délivrance et l'exécution d'un jugement en vertu des lois provinciales et territoriales. Le droit de ce qui est communément appelé transferts frauduleux a été conçu pour permettre aux créanciers non garantis de recouvrer les biens qui auraient été autrement mis à leur disposition afin de satisfaire leurs créances au moyen de ces mesures n'eût été de leur transfert par le débiteur. Par conséquent, le droit qui régit les opérations de cette nature existe sous forme de lois provinciales et dans les dispositions de la LFI fédérale.³ Les lois provinciales sont complétées dans certains territoires par le *Statute of Elizabeth of 1571* (également appelée la *Fraudulent Conveyances Act*), où elle a encore force de loi à titre de droit établi.

[9] Une attention particulière a été portée au bien-fondé d'harmoniser les lois provinciales et fédérales dans ce domaine. Cependant, le groupe a conclu que les lacunes des dispositions de la LFI sont telles que celles-ci ne devraient pas être adoptées dans leur intégralité en tant que modèle de réforme du droit provincial et territorial. Quoi qu'il en soit, la compatibilité avec la LFI, y compris avec les dispositions sur les opérations sous-évaluées récemment édictées mais non encore en vigueur, a été un facteur déterminant dans la formulation des recommandations. Nous espérons que les nouvelles lois provinciales susciteront de nouveaux développements en ce qui a trait à la loi fédérale.

[10] Depuis toujours, le droit des transferts frauduleux se fonde principalement sur des principes complémentaires qui visent à dissuader une conduite ayant intentionnellement pour but de priver les créanciers de leur droit de recouvrement et à réparer la perte qu'ils subissent lorsqu'une conduite de cette nature survient. Il va sans dire que le principe de

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

dissuasion s'adresse principalement aux débiteurs, en ce que l'annulation d'une opération se fonde sur l'intention du débiteur de frustrer, d'entraver ou de léser ses créanciers. Avec un tel objectif, le motif de la dissuasion englobe le point de vue selon lequel les débiteurs ne concluront pas d'opérations dans le but de frustrer leurs créanciers s'ils savent que l'opération peut être annulée, que leurs plans peuvent échouer et que le bénéficiaire des biens peut être contraint de restituer tous les bénéfices conférés. Dans sa formulation originale telle qu'elle était incorporée dans le Statut Élisabeth, on avait prévu un autre facteur de dissuasion, plus puissant, qui aurait pris la forme d'un éventuel emprisonnement et l'imposition d'une amende. Bien que le Statut demeure en vigueur, ces dimensions de son application sont tombées en désuétude.

[11] Bien que le principe de dissuasion s'adresse tout particulièrement aux débiteurs, le droit actuel prévoit également un principe qui vise à dissuader ceux qui pourraient traiter avec des débiteurs de conclure des opérations qui auront une incidence défavorable sur les droits des créanciers. On trouve ce principe tant dans les moyens de défense prévus dans les lois sur les transferts frauduleux que dans la jurisprudence qui interprète cette législation et le Statut Élisabeth. En règle générale, une opération peut être annulée à l'encontre d'un cessionnaire qui connaissait les intentions malveillantes du débiteur mais non à l'encontre d'une personne qui ne connaissait pas ces intentions et qui a donné une valeur supérieure à la valeur nominale pour le bien reçu. Étant donné que c'est le cessionnaire qui risque de perdre si une opération est annulée, cette approche reconnaît la nécessité de faciliter l'évaluation valable des risques pour ceux qui traitent avec un débiteur. Une personne qui accepte le bénéfice d'une opération pernicieuse sans connaître l'objectif du débiteur peut ne pas être en mesure d'évaluer le risque de conclure une opération selon les modalités proposées et mérite par conséquent un degré de protection approprié. Quiconque choisit de conclure une opération en connaissant l'intention réelle ou apparente du débiteur accepte le risque de perte qui peut en découler.

[12] Malgré l'accent explicite mis sur l'intention du débiteur, le droit actuel, tel qu'il est interprété et mis en œuvre par les tribunaux, reconnaît l'importance du principe de réparation de la perte subie par les créanciers. Si le débiteur est insolvable au moment du

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

transfert des biens ou qu'il devient insolvable en conséquence, il est présumé avoir eu l'intention de frustrer ses créanciers. La raison d'être de cette présomption est que, étant donné qu'un débiteur insolvable est, par définition, incapable de satisfaire les créanciers, l'aliénation intentionnelle des biens a comme conséquence inévitable de frustrer les droits de ces derniers ou d'y faire obstacle. Lorsque la présomption est appliquée, un recours est en réalité offert sur le fondement de la perte réelle des créanciers sans égard à l'état d'esprit subjectif du débiteur. Cependant, que la présomption soit absolue ou réfutable est matière à débat. Si le débiteur est solvable, un créancier demandeur doit faire la preuve affirmative de l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers.

[13] Les difficultés liées à la nécessité de prouver l'intention minent le principe de réparation de la perte réelle, étant donné qu'un transfert qui frustre les droits des créanciers est immunisé contre toute contestation si la preuve de l'intention malicieuse ne peut pas être établie. Paradoxalement, le principe déclaré de la dissuasion du débiteur est également miné par l'exigence de l'intention. Il est très difficile de contester une opération qui prive les créanciers de leurs droits car l'intention du débiteur est rarement explicite et les éléments de preuve disponibles sont souvent réfutables. Par conséquent, il existe peu d'éléments susceptibles de dissuader un débiteur habile calculateur ou un cessionnaire averti de conclure une opération.

[14] La question fondamentale éclipsée par les lois actuelles et l'interprétation qu'en font les tribunaux est de savoir quel est le préjudice contre lequel le droit veut ou devrait lutter. S'agit-il de l'obstruction *réelle* avec les droits des créanciers, que les motifs du débiteur soient louables ou non, ou de l'obstruction *intentionnelle* avec les droits des créanciers? La difficulté de distiller la réponse à cette question à partir de l'ensemble des lois et des décisions actuelles justifient en grande partie l'incertitude et l'inefficacité endémiques à son application.

[15] À notre avis, le droit devrait se fonder sur l'hypothèse voulant que l'obstruction réelle avec le droit de recouvrement des créanciers cause un préjudice, sauf dans la mesure où des considérations de nature compensatoire rendent obligatoire la protection d'autres intérêts légitimes. Cette opinion ne nie pas mais subsume plutôt la proposition selon laquelle cette obstruction intentionnelle avec les droits des créanciers est

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

préjudiciable. Par conséquent, les principes connexes formulés par nos recommandations sont le redressement de la perte occasionnée par des opérations qui portent atteinte aux droits de recouvrement des créanciers et la prise de mesures dissuasives de façon à éviter la nécessité de demander un tel redressement. Cette approche est compatible avec les approches qui ont été adoptées dans d'autres pays, et plus particulièrement, elle harmoniserait davantage les lois canadiennes avec les lois américaines.

[16] Le principe de dissuasion pourrait être abordé de deux façons. Selon certains, la loi devrait être conçue pour dissuader des débiteurs de conclure des opérations qui ont pour effet d'entraver le droit de recouvrement des créanciers. Une autre opinion veut que le principe soit conçu pour dissuader ceux qui traitent avec des débiteurs de participer dans telles opérations. Certains membres du groupe de travail partagent le premier avis, d'autres le second. Cependant, nous sommes d'accord quant à la façon de donner effet au principe de dissuasion des opérations qui portent atteinte aux droits des créanciers.

[17] Aucune cause d'action unique ne peut aborder convenablement l'éventail de circonstances dans lesquelles un recours est justifié. Nous proposons donc trois causes d'action connexes mais distinctes dont le but est de réparer la perte subie par les créanciers et de dissuader les débiteurs et ceux qui traitent avec eux de conclure des opérations qui frustreront le droit de recouvrement des créanciers ou qui y font obstacle. Alors que la protection des créanciers demeure le principal objectif, les règles que nous proposons ont pour but de protéger adéquatement les personnes qui traitent avec les débiteurs en s'assurant qu'elles sont en mesure d'évaluer le risque de négocier selon les modalités proposées et de réagir face à ce risque.

[18] Nos recommandations ne s'écartent pas complètement des principes qui sous-tendent le droit actuel. Nous cherchons plutôt à définir et à mettre en œuvre ces principes de façon plus claire par une série de règles qui guideront les conduites commerciales et individuelles et les décisions judiciaires dans le cadre desquelles ces conduites sont évaluées. La prémisse d'ordre éthique voulant que l'ingérence dans les droits des créanciers soit incorrecte ainsi que le principe de dissuasion sont tous deux proposés par

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'adoption de règles formelles qui, dans la mesure du possible, produisent des résultats prévisibles.

B. Principes généraux dans la conception d'une nouvelle loi

[19] Le groupe de travail a suivi certaines lignes directrices dans son approche visant à formuler une nouvelle loi. La politique générale visant à se conformer, dans la mesure du possible et le cas échéant, à la législation fédérale, a été mentionnée ci-dessus. Nous avons aussi cherché à éviter de créer une loi indûment complexe ou prolixe. Nous avons par conséquent évité d'avoir recours à des dispositions définitionnelles ou explicatives lorsque la signification du libellé utilisé était bien établie, que l'application de la disposition en question exigeait du tribunal qu'il apprécie des éléments de preuve qui n'ont pas à être formulés ou que le champ d'application d'une disposition n'est pas susceptible de définition précise et qu'elle exige en soi l'interprétation juridique du contexte.

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

[20] Les créanciers auront droit d'exercer un recours lorsqu'une opération relève de l'une de ces trois causes d'action, dont les éléments sont subsumés dans la formulation qui suit. Cette dimension de la loi a été soumise à de longues séances de discussion et d'amélioration par le groupe de travail, étant donné qu'il est responsable de mettre à exécution le principe fondamental et la structure de la réforme du système de droit.

1. Une ordonnance de redressement sera disponible dans les cas suivants :

- a) Un débiteur conclut une opération pour aucune contrepartie ou pour une contrepartie manifestement inférieure à la valeur cédée ou conférée par le débiteur en vertu de l'opération et**
- b) le débiteur**
 - (i) est insolvable au moment de l'opération,**

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

- (ii) devient insolvable par suite de l'opération ou,
- (iii) conclut l'opération dans des circonstances dans lesquelles il court manifestement le risque de devenir insolvable et qu'il le devient dans un délai de six (6) mois de la date de l'opération.

2. Une ordonnance de redressement sera disponible dans les cas suivants :

- a) Un débiteur conclut une opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers,
- b) la capacité d'un ou de plusieurs créanciers d'obtenir satisfaction de ses ou de leurs créances a été entravée de manière significative par suite de l'opération, et
- c) le cessionnaire
 - (i) n'a donné aucune contrepartie ou a donné une contrepartie manifestement inférieure à la valeur reçue du débiteur, ou
 - (ii) connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à conclure l'opération.

[21] Les trois causes d'action faisant partie de cette formulation sont en règle générale désignées ci-après comme étant les causes d'action n° 1, n° 2 et n° 3 respectivement, et se composent des éléments décrits ci-dessous. Il convient de noter que l'approche représentée par cette recommandation s'apparente étroitement au droit américain étatique et de la faillite, ainsi qu'au droit des autres territoires de common law.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[22] **Cause d'action n° 1 :** définie par les alinéas 1 *a)* et *b)* ci-dessus (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate/épuisement des actifs)

- Le débiteur ne reçoit pas de contrepartie pour la valeur donnée ou reçoit une contrepartie **manifestement** inférieure à la valeur donnée par le débiteur.
- Le débiteur est insolvable au moment de l'opération, devient insolvable par suite de l'opération ou conclut une opération lorsque l'insolvabilité constitue un risque prévisible si cette insolvabilité se produit en réalité au plus tard six (6) mois après l'opération.

[23] Une personne insolvable est par définition incapable de satisfaire les créances de tous les créanciers. Par conséquent, tout transfert qui a pour effet de diminuer l'étendue ou la valeur d'un patrimoine exigible réduit davantage la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances. L'effet de cette cause d'action est de priver un cessionnaire d'une valeur reçue à titre gratuit en faveur de ses créanciers sans égard à la connaissance ou à l'état d'esprit du cessionnaire. Le redressement accordé ne signifie pas l'annulation de l'opération dans son intégralité mais a plutôt pour but de restituer aux créanciers la valeur transférée ou conférée par le débiteur dans la mesure où celle-ci excède la contrepartie donnée en échange, tout en protégeant l'investissement du cessionnaire. Cette cause d'action met en œuvre le principe fondamental qu'est la réparation de la perte subie par les créanciers par l'aliénation des actifs ou de la valeur qui auraient été autrement disponibles pour satisfaire leurs créances. Elle entérine également le principe voulant que les cessionnaires soient protégés s'ils ne sont pas dans une position de reconnaître le risque de traiter avec le débiteur selon les modalités en question. Une personne qui paie une valeur *manifestement* inférieure à la valeur du bien devrait être alertée par ce seul fait devant la possibilité que le débiteur veuille négocier selon de telles modalités afin de satisfaire un besoin urgent d'avoir accès à des fonds en raison de difficultés financières.

[24] **Cause d'action n° 2 :** définie par les alinéas 2 *a)* et *b)* et le sous-alinéa *c)(i)* ci-dessus (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate/épuisement des actifs)

- Le débiteur conclut une opération avec l'intention d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

- L'opération entrave en réalité et de façon significative la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances.
- Le cessionnaire n'a donné aucune contrepartie pour valeur reçue ou a donné une contrepartie dont la valeur est **manifestement** inférieure à la valeur reçue du débiteur.

[25] Cette cause d'action prévoit un recours lorsque le débiteur n'est pas insolvable mais qu'il a conclut une opération avec l'objectif de priver les créanciers de leur droit d'être payés ou d'entraver ce droit de manière significative. En théorie, un débiteur solvable dispose d'actifs pour satisfaire les créances des créanciers, et par conséquent, aucun recours n'est requis pour protéger ceux-ci. Cependant, en pratique, il peut être difficile voire impossible d'avoir accès aux actifs d'un débiteur au moyen de mesures d'exécution forcée des jugements en raison de leur nature ou de leur emplacement. Un recours est par conséquent prévu si l'opération entrave de façon significative le recouvrement de la créance, même s'il ne faut pas écarter totalement la possibilité d'un tel recouvrement au fil du temps. Tout comme dans la cause d'action n° 1, une personne qui accepte une donation ou un marché « extraordinairement avantageux » de la part du débiteur devrait reconnaître le risque potentiel qui peut en découler. Cette cause d'action se justifie également par l'opinion selon laquelle, à l'encontre de créanciers qui ont, par définition, donné une pleine valeur pour l'obligation contractée par le débiteur, un cessionnaire à titre gratuit a une cause moins probante.

[26] **Cause d'action n° 3 :** définie par les alinéas 2 a) et b) et le sous-alinéa c)(i) ci-dessus (intention partagée ou « complicité » dans le but d'entraver)

- Le débiteur conclut une opération avec l'intention d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers.
- En fait, l'opération entrave de façon significative la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances (qu'une contrepartie adéquate ou non ait été reçue par le débiteur).
- Le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur et avait l'intention de l'aider à y donner suite.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[27] Cette cause d'action n'offre un recours que dans les rares cas où il peut être établi que le débiteur et la personne qui traite avec lui ont en réalité été complices dans le but de frustrer leurs créanciers ou de leur faire obstacle de façon significative, que le débiteur soit ou non insolvable et peu importe si la contrepartie donnée par le cessionnaire est équivalente à la valeur attribuée par le débiteur. Comme nous l'avons noté ci-dessus, l'opération peut avoir comme effet de laisser le débiteur avec des actifs ayant peu de valeur ou aucune valeur réalisable pour les créanciers, ou que la contrepartie ait été dispersée. Bien qu'une complicité en vue de frustrer les créanciers justifie clairement un redressement, le fait que le cessionnaire qui a donné pleine valeur puisse faire l'objet d'une ordonnance corrective exige du créancier qui conteste qu'il s'acquitte d'un fardeau de la preuve relativement lourd avant que le redressement ne soit accordé.

Définition d'insolvabilité

[28] Une définition d'insolvabilité est requise aux fins de la cause d'action n° 1. La définition recommandée reprend en grande partie la définition prévue dans la LFI, prenant soin cependant de préciser que seuls les biens exigibles devraient être pris en considération en vue de déterminer la solvabilité du débiteur. Le sens du terme « exigible » n'a pas à être défini. La définition proposée d'insolvabilité est la suivante :

Une personne est insolvable :

- a) si, pour une raison quelconque, elle est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance,**
- b) si elle a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance, ou**
- c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir;**

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

Intention de faire obstacle aux créanciers actuels et éventuels

[29] L'une des questions préoccupantes liées à l'application du critère de l'intention enchâssé présentement dans le droit actuel est celle de savoir si une opération peut être annulée si le débiteur n'avait pas de créanciers à la date où l'opération a eu lieu mais se trouvait dans des circonstances telles qu'il était raisonnablement prévisible qu'il allait avoir à l'avenir des créanciers. La nouvelle loi devrait dissiper toute incertitude sur ce point en prévoyant expressément ce qui suit :

Aux fins de déterminer si le débiteur avait l'intention d'entraver ou de frustrer un ou plusieurs créanciers, un créancier est une personne qui détient une créance qui existait à la date de l'opération ou dont l'existence était raisonnablement prévisible à cette date.

Il en résulte qu'un recours sera possible si le débiteur avait intentionnellement diminué le patrimoine dont pouvaient disposer les créanciers éventuels en effectuant un transfert à titre gratuit en totalité ou en grande partie, ou en étant complice avec le cessionnaire pour frustrer le droit potentiel des créanciers de recouvrer leurs créances.

Présomptions applicables à la preuve de l'intention en vertu des causes d'action n° 2 et n° 3

[30] La loi n'a pas à prévoir de dispositions explicites relativement aux conclusions qu'il faut tirer des faits présentés. Ce sont des questions de preuve qui devront être appréciées par la cour pour déterminer l'intention du débiteur et, à l'égard de la cause d'action n° 3, celle de l'autre partie à l'opération. Une liste des circonstances suspectes qui pourraient être reconnues à titre de « signes distinctifs de fraude » ou d'indices d'intention en vue de faire obstacle aux créanciers peut inutilement limiter la capacité de la cour à reconnaître et apprécier les faits potentiellement pertinents. Ce point sera traité dans le cadre d'un commentaire dans le rapport final. Il convient de noter que le problème de savoir si une présomption réfutable ou irréfutable de l'intention découle de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'insolvabilité du débiteur est surmonté implicitement par l'introduction de la cause d'action n° 1, étant donné qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'intention lorsque le débiteur est insolvable et que la contrepartie reçue par ce dernier est manifestement inadéquate.

Signification de « contrepartie »

[31] Le mot « contrepartie » est un concept bien compris et il n'est donc pas nécessaire de le définir en termes génériques. L'existence et l'évaluation de la contrepartie aux fins de la cause d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate) et la cause d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate) seront des questions que devront trancher les tribunaux. Cependant, afin de s'assurer qu'un recours est possible relativement à certains types d'opérations, il sera nécessaire de préciser explicitement que ce qui peut être considéré comme une contribution faite par une personne qui reçoit une valeur d'un débiteur-cédant ne constitue *pas* une contrepartie. Parmi ces catégories d'opérations, on trouve le rachat par une entreprise de ses propres actions. Le rachat d'actions n'ajoute rien aux capitaux propres d'une entreprise et ne constitue pas une renonciation à une dette que doit l'entreprise. Étant donné que les paiements de cette nature diminuent essentiellement le patrimoine de l'entreprise, ils devraient relever du champ d'application de la loi. Afin d'éviter toute incertitude dans ce contexte, la loi devrait énoncer ce qui suit;

Lorsqu'une société débitrice procède au rachat d'actions émises par celle-ci, un transfert des actions rachetées à la société ou le fait que leur détenteur s'en départit ne constitue pas une contrepartie reçue par la société.

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

[32] La définition d'« opération » déterminera les circonstances qui relèvent du champ d'application de la loi. Cela signifie que les créanciers auront droit à un redressement sous la forme d'une indemnité pour la violation de leurs droits ou l'atteinte à ceux-ci lorsqu'une « opération » relève de l'une ou l'autre des causes d'action. Sous réserve des qualifications mineures mentionnées ci-dessus, la définition devrait inclure tous les types

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

d'opérations qui ont un effet direct ou indirect sur le patrimoine à l'égard duquel les créanciers peuvent chercher à exécuter leurs créances. Bien que le nombre d'opérations susceptibles d'être contestées puisse augmenter en vertu de la loi proposée, il est important de retenir que le régime de redressement proposé offrirait une gamme de solutions sans toutefois résilier ou annuler l'intégralité de l'opération. Le contenu proposé de la définition est exposé sous les rubriques suivantes.

Définition générale

[33] **Par « opération », on entend le transfert, la création ou l'attribution d'un avantage et cela comprend :**

- **le transfert ou l'aliénation de droits dans des biens actuels ou devant être acquis à une date ultérieure;**
- **le versement d'une somme d'argent;**
- **l'extinction d'un droit ou d'une obligation;**
- **l'attribution ou la création d'une sûreté, d'un droit, d'une charge ou d'un privilège;**
- **le transfert, l'octroi ou l'attribution d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit au paiement;**
- **la désignation d'un bénéficiaire;**
- **la prise en charge d'une obligation de faire ou de provoquer à l'avenir l'un ou l'autre des événements qui précèdent.**

[34] En vertu des lois provinciales et territoriales actuelles, seul un transfert de biens donne lieu à un recours. Cependant, il est maintenant reconnu que de nombreuses autres opérations ont comme résultat direct ou indirect de transférer à un tiers une valeur qui aurait été autrement disponible pour satisfaire les créances des créanciers. La définition proposée s'assure qu'un recours est possible si un débiteur insolvable conclut une opération pour aucune, ou pratiquement aucune, contrepartie ou avec l'intention prouvée de frustrer ses créanciers. Le dernier point vignette reconnaît qu'un recours peut également être possible lorsqu'un débiteur assume une obligation actuelle en vue

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

d'accorder une valeur à l'avenir, en ayant à l'esprit que le régime de redressement proposé prévoit une gamme de solutions, y compris la délivrance d'une ordonnance d'injonction.

Rachats d'actions et paiement de dividendes par une société

[35] Comme nous l'avons noté relativement aux causes d'action, les paiements de cette nature diminuent essentiellement le patrimoine de la société jusqu'à concurrence du paiement. Si la société est insolvable au moment du paiement (cause d'action n° 1) ou que le paiement a pour but de frustrer les créanciers (causes d'action n° 2 et n° 3), un recours sera disponible. Nous recommandons par conséquent la disposition qui suit :

Par « opération », on entend un acte volontaire selon lequel une société achète ou rachète des actions de cette société ou verse un dividende, sauf un dividende sous forme d'actions.

[36] Les recours offerts par la loi proposée, tout comme ceux prévus par la loi actuelle, auront pour effet de priver la personne qui a traité avec le débiteur du bénéfice qui découle de l'opération. Cependant, nous recommandons qu'à l'égard d'opérations de cette nature, un recours accessoire puisse être porté contre les administrateurs de la société qui ont autorisé le paiement irrégulier, sauf s'ils n'étaient pas dans une position de reconnaître raisonnablement que cette conduite constituait une violation de la loi. Nous discutons plus longuement de ce point sous la rubrique relative aux recours du présent rapport.

Biens insaisissables

[37] Deux recommandations sont formulées relativement aux biens insaisissables. Elles vont comme suit :

1. **Une « opération » ne comprend pas un transfert ou une disposition de biens qui sont insaisissables avant que le transfert ou la disposition ne soit effectué.**

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

- 2. La loi ne devrait pas prévoir de dispositions particulières pour les opérations qui ont pour effet de convertir des biens saisissables en des biens insaisissables en possession du débiteur. Cependant, une telle opération peut donner lieu à un recours si elle relève de l'une des causes d'action.**

[38] Des considérations divergentes liées à la question des biens insaisissables exigent des choix politiques difficiles. Le groupe n'en est venu à un consensus sur les recommandations formulées qu'après un long et houleux débat.

[39] La recommandation n° 1 ci-dessus est conforme à la loi actuelle et est la moins controversée des deux. Elle traduit le fait qu'il existe peu de cas où les droits des créanciers sont entravés de façon significative par un transfert de biens insaisissables puisqu'ils n'auront pas perdu des biens qui auraient été à leur portée pour satisfaire leurs créances si le transfert avait eu lieu.⁴

[40] La recommandation n° 2 tient compte de la nécessité de respecter les principes enchâssés dans les lois sur les biens insaisissables. Les biens déclarés en vertu de la loi comme étant insaisissables pour le débiteur sont protégés au motif de la fonction qu'occuperaient les biens relativement à la capacité du débiteur de subvenir à ses propres besoins ou aux besoins des membres de sa famille. Il existe très peu de distinction entre la conduite d'un débiteur qui achète ces biens en utilisant des actifs saisissables tout en sachant que les créanciers se verront refuser leur recouvrement et celle d'un débiteur qui détient des actifs insaisissables acquis antérieurement en sachant qu'il pourrait satisfaire les créances des créanciers en en disposant. La distinction qui existe entre ces deux conduites sera souvent trop subtile pour rendre, en toute légitimité, une circonstance passible d'une sanction juridique tout en en protégeant une autre.

[41] Du fait qu'aucune disposition particulière ne s'applique à l'acquisition de biens insaisissables, aucun recours ne sera dans la majorité des cas disponible lorsque

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'opération prévoit l'échange d'une contrepartie raisonnablement équivalente, puisque cette opération ne pourra donner lieu à un recours en vertu de la cause d'action n° 1 (insolvabilité et contrepartie manifestement inadéquate) ou de la cause d'action n° 2 (intention du débiteur d'entraver et contrepartie manifestement inadéquate). Cependant, il est important de noter que si les parties à une opération dans le cadre de laquelle un débiteur fait l'acquisition de biens insaisissables étaient complices pour frustrer les créanciers au moyen de l'opération, un recours sera disponible en vertu de la cause d'action n° 3, même si l'opération a été effectuée pour une pleine contrepartie. Il est recommandé que les dispositions réparatrices autorisent explicitement le tribunal à déclarer que les biens insaisissables pour le débiteur soient mis à la disposition des créanciers pour satisfaire leurs créances lorsque l'opération peut donner lieu à un recours en vertu des causes d'action ordinaires.

[42] La position du groupe de travail est également justifiée par le fait qu'un recours ne pourrait être intenté à l'égard d'une opération en vertu de laquelle un débiteur a en réalité converti des biens saisissables en des biens insaisissables dans le cadre d'une opération qui concerne l'échange d'une pleine contrepartie ou d'une contrepartie raisonnablement équivalente qu'en créant une cause d'action particulière dont l'application à de telles opérations serait limitée. Compte tenu du fait qu'il est généralement indésirable de rendre la loi plus complexe en tentant de légiférer des cas particuliers, une telle approche ne serait pas justifiée à moins qu'un objectif impérieux en matière de politiques n'existe. La recommandation tient compte du fait que la raison d'être de la justification politique visant à adopter une approche qui minerait le droit sur les biens insaisissables est du moins matière à débat.

[43] La mesure dans laquelle cette approche porte atteinte aux créanciers dépend de la générosité des lois provinciales sur les biens insaisissables. Le groupe de travail était particulièrement conscient des incidences qu'une telle approche pouvait avoir dans le cas d'un transfert de fonds saisissables dans un REÉR qui bénéficie d'une exonération complète ou très libérale. Si, par exemple, un débiteur de la Saskatchewan investit une somme d'argent substantielle dans un REÉR dans le but de dissimuler des biens à ses créanciers, l'opération ne donnera pas lieu à un recours en vertu de la loi proposée puisque cette opération conclue entre le débiteur et l'institution financière qui a émis le

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

placement est par définition pour une pleine contrepartie (ni l'une ni l'autre des causes d'action n° 1 et n° 2 ne s'appliquent), et l'institution n'aura pas sciemment pris part au plan de l'investisseur de frustrer ses créanciers (la cause d'action n° 3 ne peut être invoquée).

[44] Le principe général qui plaide en faveur d'une dissimulation des REÉR des créanciers revient constamment et de façon explicite dans la LFI, à l'exception des cotisations au régime ou au fonds effectuées au cours des douze mois précédant la date de la faillite, lesquelles peuvent être récupérées par le syndic.⁵ Un résultat sensiblement semblable pourrait être atteint en vertu des lois provinciales sur les biens insaisissables par l'inclusion d'une disposition qui prévoit qu'un débiteur ne peut pas demander une exonération pour les fonds investis dans un REÉR s'il est insolvable au moment de l'investissement, qu'il est devenu insolvable par suite de cet investissement, ou qu'il est devenu insolvable dans un certain nombre de jours ou de mois suivant l'investissement, l'insolvabilité étant déterminée en fonction de la valeur des actifs saisissables du débiteur. La même approche pourrait être appliquée à toute catégorie de biens insaisissables quelle qu'elle soit, y compris les biens généralement insaisissables. Cependant, la plupart des membres du groupe de travail étaient d'avis qu'une telle disposition devrait être considérée comme une question de réforme des lois sur les biens insaisissables plutôt que comme un aspect de la réforme du droit général sur les transferts frauduleux.⁶

[45] Une dernière remarque s'impose quant aux répercussions de la recommandation n° 2 sur une opération en vertu de laquelle un débiteur désigne un bénéficiaire admissible en vertu d'une police d'assurance, de telle sorte que cette désignation peut donner lieu à un recours si elle relève de l'une ou l'autre cause d'action.⁷ La définition d'opération entérine la jurisprudence actuelle voulant que la désignation soit reconnue comme étant un transfert de droits de propriété au bénéficiaire, si bien qu'une telle désignation peut donner lieu à un recours si elle relève de l'une des causes d'action. Cela signifie de manière plus importante encore que si le bénéficiaire n'a pas donné de contrepartie, comme c'est le cas habituellement, un recours sera disponible si le débiteur était

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

insolvable au moment de la désignation ou qu'il a procédé à cette désignation avec l'intention de frustrer ses créanciers. Le recours accordé aurait, dans la plupart des cas, pour effet d'annuler la désignation, ce qui éviterait l'exonération découlant de celle-ci et mettrait la police d'assurance à la disposition des créanciers. Si une telle approche est jugée contestable en vertu des principes d'insaisissabilité prévus dans les lois sur l'assurance, les législateurs voudront peut-être modifier ces lois pour empêcher ce résultat. Le groupe de travail a estimé qu'il s'agissait d'une question qui allait au-delà de la portée de son mandat de déterminer les principes d'insaisissabilité en tentant de définir une exception particulière pour ce type d'opération.

Garanties et autres obligations conditionnelles

[46] Une cause d'action qui exige que l'un de ses éléments soit l'évaluation de la contrepartie reçue soulève des questions épineuses quant aux opérations qui mettent en cause une garantie ou une promesse similaire d'indemnité conditionnelle à une inexécution de la part d'un tiers. Prenons, par exemple, le cas courant d'une garantie intersociétés souscrite pour fournir un financement au bénéfice d'une société liée à la société garante. Il est difficile voire impossible de déterminer si la valeur reçue par le garant est manifestement inférieure à la valeur octroyée à l'emprunteur ou au créancier qui a pris la garantie, étant donné qu'elle ne peut pas être alignée sur le montant du prêt ou du crédit accordé au tiers au bénéfice duquel la garantie a été consentie. Étant donné qu'une évaluation de la contrepartie est requise en vertu des causes d'action n° 1 et n° 2, nous recommandons par conséquent qu'un recours puisse être invoqué relativement aux opérations de cette nature seulement en vertu de la cause d'action n° 3. La même approche devrait s'appliquer à toutes les formes d'opérations qui portent sur la prise en charge d'une obligation conditionnelle, de la façon suivante :

Une opération selon laquelle un débiteur assume une obligation conditionnelle en vue de transférer des biens, de verser une somme d'argent ou de satisfaire une obligation, y compris une garantie ou une entente d'indemnisation contre la perte causée par le défaut d'exécution ou l'inexécution d'un tiers, est une opération seulement aux fins des dispositions de la loi qui prévoient un recours au motif que le cédant avait l'intention, au

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

moyen de cette opération, d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits des créanciers et que le cessionnaire connaissait l'intention du débiteur et qu'il avait lui-même l'intention de l'aider à conclure l'opération (soit la cause d'action n° 3).

Opérations résultant d'ordonnances judiciaires ou qui s'opèrent de plein droit

[47] En règle générale, il est inopportun d'assujettir les transferts et les paiements faits en vertu d'ordonnances judiciaires à une contestation incidente en vertu de règles législatives distinctes. Dans de nombreux cas, le débiteur cédant ou payant n'aura reçu aucune valeur, ou du moins, une valeur qui peut être rapidement quantifiable, en échange d'un bien ou d'un bénéfice transféré en vertu d'une ordonnance judiciaire. Si ce transfert relève du champ d'application de la loi, une ordonnance pourrait potentiellement être annulée tout simplement parce que le débiteur était insolvable au moment où l'ordonnance a été émise, minant ainsi le fondement même de l'ordonnance (soit en vertu de la cause d'action n° 1). Cependant, dans certains cas, une ordonnance judiciaire peut être demandée afin de se soustraire aux créanciers plutôt que pour des motifs juridiques légitimes. Un débiteur ne devrait pas être autorisé à se soustraire aux lois sur les transferts frauduleux au moyen du mécanisme de substitution d'un transfert par voie d'ordonnance judiciaire par un transfert volontaire. Cela est particulièrement susceptible de se produire au moyen d'une ordonnance de consentement, bien que cela soit également possible lorsque les faits pertinents ne sont pas divulgués lors de l'audition d'une cause. Nous recommandons par conséquent qu'un transfert résultant d'une ordonnance judiciaire soit contesté en vertu des causes d'action fondées sur l'intention, de la manière suivante :

Une ordonnance judiciaire visant l'un des événements constituant autrement une opération ou la survenue de l'un de ces événements par application de la loi est une « opération » seulement aux fins des dispositions de la loi qui prévoient un recours au motif que le cédant avait l'intention, au moyen de cette opération, d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits des créanciers (soit les causes d'action n° 2 et n° 3).

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[48] Parmi les quelques exemples où un transfert qui s'opère automatiquement de plein droit peut être contesté, mentionnons les transferts à un locataire conjoint dans le cadre d'un droit de survie. En vertu de notre recommandation, les transferts qui s'opèrent de plein droit seraient assujettis aux règles qui s'appliquent aux transferts résultant d'une ordonnance judiciaire.

Déclaration de renonciation et refus du pouvoir de nomination

[49] Après avoir examiné les opinions divergentes sur le traitement des déclarations de renonciation et du refus du pouvoir de nomination, nous recommandons ce qui suit :

La loi ne prévoit pas de disposition expresse sur la déclaration de renonciation ou le refus du pouvoir de nomination.

Le résultat implicite de cette recommandation est que de telles circonstances ne peuvent en règle générale être qualifiées d'opérations et ne relèveront pas du champ d'application de la loi.⁸

[50] Si l'intérêt du débiteur a été dévolu, le refus constituerait un transfert de biens qui relèverait de la définition générale d'« opération » et pourrait être contesté pour cette raison. Cependant, lorsque l'intérêt n'est valable uniquement que pour l'avenir, le refus du débiteur de l'accepter constitue un défaut de faire progresser les droits des créanciers mais il ne s'agit pas d'une ingérence au sens usuel. Cela soulèverait des problèmes supplémentaires de politique et de structure législative par l'inclusion de circonstances de cette nature dans le champ d'application de la loi, plus particulièrement à l'égard des conséquences réparatrices qui découleraient d'une contestation favorable. Nous ne connaissons aucun mécanisme législatif qui prévoit explicitement un recours dans de telles circonstances.

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

Opérations entre les membres d'une famille

[51] Les opérations entre conjoints et autres membres de la famille immédiate soulèvent des problèmes complexes de rédaction législative et d'élaboration de politiques. Le groupe de travail a exploré différentes approches mais n'a pas été en mesure d'arriver à présenter des recommandations avant que le rapport ne soit rédigé. Le groupe se penchera de nouveau sur cet aspect du projet lorsqu'il reprendra ses travaux en septembre. Entre-temps, les membres de la Conférence sont invités à formuler tout commentaire.

[52] Les questions essentielles faisant l'objet de notre étude sont les suivantes :

1. Les accords de séparation entre conjoints devraient-ils être traités a) en vertu des trois causes d'action ordinaires, b) en vertu de la cause d'action n° 3 (les parties ont été complices en vue de frustrer les créanciers) ou c) en vertu d'une règle autonome particulière? Le terme « conjoint » serait défini pour intégrer la loi provinciale pertinente qui reconnaît le statut légal des partenaires non mariés.
2. De ce fait, les ordonnances alimentaires et relatives au partage du patrimoine familial devraient-elles être traitées a) en vertu des règles applicables aux ordonnances judiciaires (les causes d'action n° 2 et n° 3 s'appliquent; l'intention principale du débiteur est de frustrer les créanciers et le cessionnaire donne une contrepartie manifestement inadéquate, ou les parties ont été complices pour frustrer les créanciers, b) en vertu de la cause d'action n° 3 seule ou c) en vertu d'une règle autonome particulière?

[53] Une tentative de formulation d'une règle autonome applicable à un accord de séparation irait comme suit :

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Lorsqu'une opération résulte d'un accord de séparation, il pourra y avoir un recours lorsque les biens transférés en vertu de l'accord sont détenus par le cessionnaire aux fins d'être utilisés au bénéfice du cédant ou que l'accord ne constitue pas autrement un règlement de bonne foi des droits des conjoints ou des membres de la famille relativement au patrimoine familial ou à la pension alimentaire.

[54] Il est plus difficile de formuler une règle correspondante qui déterminerait la possibilité d'intenter un recours lorsque la pension alimentaire ou le partage du patrimoine fait l'objet d'une ordonnance. Le libellé plus ou moins parallèle va comme suit :

Lorsqu'une opération résulte d'une ordonnance alimentaire ou relative au partage du patrimoine familial, les parties pourront se prévaloir d'un recours si elles demandent ou obtiennent une ordonnance aux fins d'un règlement de bonne foi des droits des conjoints relativement au patrimoine ou à la pension alimentaire.

[55] Peu importe le critère adopté, la loi devrait préciser qu'un créancier qui demande un redressement à l'encontre d'une ordonnance judiciaire obtenue de manière irrégulière n'est pas tenu de le faire devant le tribunal qui a émis l'ordonnance mais peut intenter la poursuite devant tout tribunal compétent quel qu'il soit.

[56] Bien que des limites d'espace nous empêchent de traiter en détails des arguments pour ou contre chacune de ces approches, ou de leurs variantes, les points essentiels du débat sont les suivants : les défenseurs de l'approche prévue au point a) dans les deux exemples sont d'avis qu'il n'est pas souhaitable de légiférer des types particuliers d'opérations et que les accords de séparation et les ordonnances judiciaires peuvent être convenablement abordés en vertu des règles ordinaires. Ceux qui plaident en faveur de l'approche b) et qui par conséquent restreignent l'application des règles ordinaires à la cause d'action n° 3 sont préoccupés quant au fait que la nécessité d'évaluer la valeur de la contrepartie échangée aux fins des causes d'action n° 1 et n° 2 rendent leur application dans un tel contexte problématique. Ceux qui sont favorables à la thèse soulevée en c) estiment qu'elle tient compte de manière appropriée de l'approche actuelle des tribunaux

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

de la famille et que les critères fondés sur l'évaluation de la contrepartie ou de l'intention « primaire » des parties sont irréalisables dans ce contexte. D'autres enfin sont préoccupés de ce que le critère de la « bonne foi » soit insuffisamment clair.

E. Qualité pour agir en vertu de la loi

[57] La loi prévoirait un recours à quiconque répond à la définition de « créancier ». Les dispositions recommandées ont pour but d'offrir un recours à une personne qui détient une réclamation fondée en droit susceptible de devenir un droit à un paiement ou à un transfert de biens exécutoire par des mesures légales contre les actifs d'un débiteur. Comme nous l'avons indiqué d'entrée de jeu, ces moyens légaux constituent essentiellement les mesures d'exécution forcée des jugements prévues dans les lois provinciales ou territoriales. Les principes décrits brièvement ci-dessous déterminent la catégorie de personnes qui détiennent le statut de « créancier ».

Date à laquelle prend naissance la demande

[58] Les recommandations suivantes établissent la catégorie de personnes qui ont droit de se prévaloir d'un recours en vertu de la loi :

Un « créancier » est une personne qui détient une créance à la date de l'opération à l'égard de laquelle un recours est intenté et, aux fins des causes d'action n° 2 et n° 3 seulement, une personne dont la créance a pris naissance après la date de l'opération.

[59] Le droit actuel est ambigu quant aux circonstances selon lesquelles une personne dont la créance a pris naissance après la date de l'opération en question a droit de faire valoir un recours. Nous recommandons que seuls les créanciers qui détiennent une créance à la date de l'opération contestée aient droit à un recours lorsque l'action se fonde sur la cause d'action n° 1, soit que le débiteur était insolvable à la date de l'opération ou l'est devenu peu de temps après et que le cessionnaire n'a donné aucune

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

contrepartie ou a donné une contrepartie manifestement inférieure au bénéfice reçu. Les créanciers dont les créances existent à cette date sont nécessairement concernés par la perte de valeur des éléments d'actifs inhérente à l'opération. Notons que la définition de « créance », formulée ci-dessous, fait en sorte qu'une personne n'est pas tenue de détenir une créance qui est devenue une somme déterminée à la date de l'opération pour se qualifier. Ce qui importe est l'existence actuelle d'une réclamation fondée en droit contre le débiteur. Bien que les personnes ayant traité avec le débiteur après qu'une opération de ce genre a eu lieu peuvent ne pas recouvrer le plein montant de leurs créances, le résultat qui en découle est un produit de la situation financière du débiteur au moment de l'opération subséquente et indirectement seulement un produit de l'opération antérieure, si tel est le cas. Les créanciers subséquents n'auraient par conséquent pas droit de se prévaloir d'un recours en vertu de cette cause d'action.

[60] Cependant, une personne qui obtient une créance contre le débiteur après que celui-ci a conclu une opération qui diminue la valeur de son patrimoine ou porte gravement atteinte à la capacité des créanciers de recouvrer leurs créances aurait droit d'intenter un recours s'il peut être établi que le débiteur a conclu l'opération avec l'intention de frustrer un créancier ou d'y faire obstacle et que les éléments secondaires de l'une ou l'autre cause d'action n° 2 ou n° 3 sont établis. Cette approche vise à assurer qu'il pourra y avoir un recours si un débiteur conclut cette opération dans le but de frustrer des créances futures anticipées. Notons que les causes d'action fondées sur l'intention ont été conçues de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le débiteur avait l'intention de frustrer le créancier particulier qui demande un redressement, car une telle exigence soulèverait dans bien des cas des problèmes insurmontables de preuve. Il suffit de prouver que le débiteur avait l'intention de se dérober d'une façon générale à un seul ou à plusieurs créanciers quels qu'ils soient. Cet objectif est atteint en partie par la recommandation qui figure au paragraphe 29, qui fait clairement ressortir que l'intention requise est une intention de frustrer les créanciers existants ou futurs dont les créances sont raisonnablement prévisibles à la date de l'opération.

[61] Une approche qui permet aux créanciers futurs de faire valoir un recours soulève la possibilité qu'une opération puisse être contestée par une catégorie indéterminée de plaignants. Cependant, cette préoccupation serait considérablement atténuée par

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

l'imposition d'un délai de prescription de courte durée, dont nous discutons plus loin dans le présent rapport.

Définition d'«insolvabilité»

[62] La définition recommandée de créance qui permet de qualifier un créancier à des fins de recours se compare à la définition utilisée dans la loi actuelle et proposée sur les transferts frauduleux et intègre une signification qui s'apparente sensiblement à celle qui est associée au concept de « réclamation prouvable » sous le régime de la LFI :

Par « créance », on entend le droit de faire exécuter une obligation, que cette obligation soit

- (i) déterminée ou indéterminée;**
- (ii) absolue ou conditionnelle;**
- (iii) certaine ou contestée; ou**
- (iv) payable immédiatement ou à terme;**

Le mot « obligation » renvoie implicitement à une obligation qui tombe sous le coup de la loi par un jugement ou une ordonnance condamnant au paiement d'une somme d'argent ou au transfert de biens.

Une « créance » ne comprend pas une « obligation garantie »

[63] Les lois sur les transferts frauduleux fonctionnent comme un outil utile aux lois régissant l'exécution de jugements et en matière de faillite, deux moyens qui permettent le recouvrement de dettes non garanties. Les créanciers garantis sont en mesure de suivre le bien affecté en garantie qui est entre les mains du cessionnaire à qui le débiteur l'a remis, à moins qu'une règle de priorité s'appliquant en faveur du cessionnaire ne le dicte autrement. Par conséquent, ils n'ont pas à invoquer les lois sur les transferts frauduleux pour protéger leur capacité de recouvrer leur obligation garantie en ayant recours à leur

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

sûreté. En outre, lorsqu'une règle de priorité permet de subordonner ou de limiter une sûreté, une opération ne devrait pas pouvoir être contestée en vertu des lois sur les transferts frauduleux, puisque la règle en soi représente le choix de la politique de protéger le cessionnaire contre le créancier garanti. Nous recommandons par conséquent ce qui suit :

Un créancier a droit d'invoquer un recours dans la seule mesure où sa créance est non garantie. Cela peut être indiqué par le libellé selon lequel une créance ne comprend pas une obligation dont l'exécution est garantie par une sûreté qui grève les biens du débiteur, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté.

[64] Alors qu'un créancier n'aurait pas droit de demander un recours relativement à une opération concernant des biens à l'égard desquels il détient une sûreté, les créanciers garantis aurait qualité pour exercer un recours dans la mesure où l'obligation est non garantie (c.-à-d., la sûreté a une valeur inférieure au montant de la dette). Une créance est garantie aux fins de la disposition recommandée si le créancier détient une sûreté, peu importe si la garantie est opposable. Le concept d'opposabilité détermine la priorité d'une sûreté mais non son existence.

La créance n'a pas à être établie par jugement comme condition pour établir la qualité pour agir

[65] Il est important de reconnaître la distinction entre le droit d'exercer un recours et le droit d'introduire une instance. Une personne qui n'a pas obtenu de jugement ou d'ordonnance reconnaissant sa créance a droit d'instituer une action pour contester une opération malgré qu'un recours final puisse ne pas être accordé tant et aussi longtemps que la créance n'aura pas été officiellement établie. Ce droit serait reconnu dans une disposition statuant ce qui suit :

Un créancier peut instituer une action peu importe si la créance du créancier a été fixée par jugement.

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

[66] Cependant, alors qu'un créancier devrait avoir droit d'instituer une instance sans être tenu d'obtenir en premier lieu un jugement concernant sa créance, un défendeur ne devrait pas être contraint de contester une action lorsque le fondement même de la créance du demandeur est douteux. Nos recommandations prévoient des dispositions qui portent sur la nécessité éventuelle de déterminer la validité d'une créance et d'offrir des mesures injonctives ou toute autre mesure de redressement accessoire qui peut se révéler nécessaire tant et aussi longtemps que le bien-fondé de la créance n'a pas été établi. Des dispositions du type recommandé ci-dessous peuvent ne pas être obligatoires lorsque la compétence d'un tribunal à rendre des ordonnances et à émettre des directives du genre prévu est établie par les règles de procédure ou autre loi du territoire intéressé.

Lorsqu'une créance n'a pas été fixée par un jugement ou une ordonnance du tribunal, celui-ci peut accorder une suspension d'instance ou suspendre l'application de la mesure jusqu'à ce que le bien-fondé de la créance soit officiellement établi.

Lorsqu'une telle ordonnance est rendue, le tribunal peut émettre toute autre ordonnance supplémentaire qu'il juge appropriée, y compris notamment une ordonnance :

- a) prescrivant qu'une question soit tranchée dans le cadre d'une instance ou autrement,**
- b) empêchant le défendeur ou toute autre personne de conclure une opération concernant les biens,**
- c) donnant des directives quant à la manière de traiter les biens,**
- d) nommant un séquestre des biens.**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

F. Recours

Introduction

[67] Le groupe de travail n'a pas été en mesure de terminer ses travaux sur cette partie du projet avant la rédaction du présent rapport, et finalisera ses recommandations à l'automne. Certaines des recommandations qui suivent peuvent, par conséquent, faire l'objet d'une éventuelle révision. Cependant, étant donné qu'une compréhension générale de l'approche proposée en matière de redressement est nécessaire pour dresser un tableau complet du régime législatif prévu, les recommandations qui ont été formulées jusqu'à maintenant sont décrites ci-dessous de façon provisoire.

Recoupement des recours et des lois sur le désintéressement des créanciers

[68] La qualité pour agir sera déterminée en vertu des principes décrits ci-dessus et les parties au litige ne seront pas tenues d'intenter un recours au nom des créanciers de façon générale. Cependant, selon la forme qu'elle prendra, une ordonnance corrective accordée par un tribunal peut avoir l'effet inhérent de restituer les biens ou leur valeur au débiteur, les mettant ainsi à la disposition de tous leurs créanciers qui se qualifient pour partager le produit accordé dans le cadre de mesures d'exécution forcée d'un jugement en vertu des lois provinciales. Dans un tel cas, le résultat peut être que le bénéfice de l'ordonnance soit accordé indirectement aux créanciers qui n'ont pas qualité pour exercer un recours.

[69] Posons l'hypothèse par exemple qu'un recours soit accordé en vertu de la cause d'action n° 1 (insolvabilité du débiteur et absence de contrepartie) à un créancier A dont la créance existait à la date de l'opération. Après la date de l'opération mais avant que le recours ne soit accordé, le créancier B acquiert une créance et obtient un jugement contre le débiteur. Le système de redressement prévu dans la loi proposée donne au tribunal une grande latitude pour modeler un recours qui restitue de manière appropriée la valeur perdue aux créanciers qui se qualifient en vertu de l'opération. Si, dans ce scénario, la forme de l'ordonnance choisie a comme effet d'annuler l'opération contestée et de restituer les biens au débiteur, ceux-ci feront l'objet de mesures d'exécution forcée sur l'initiative du créancier A et du créancier B. Peu importe lequel des créanciers institue

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

les mesures d'exécution, tous deux auront droit d'en partager le produit même si le créancier B n'avait pas qualité pour faire une demande de redressement en vertu des lois sur les transferts frauduleux.

[70] Lorsque le tribunal décide que le recours approprié constitue une ordonnance condamnant au paiement d'une somme d'argent plutôt qu'à la restitution des biens au débiteur, la forme d'ordonnance ne devrait pas écarter l'application du régime de désintéressement des créanciers. Il est par conséquent recommandé que les dispositions délimitant les formes d'ordonnance que peuvent accorder le tribunal devraient être complétées par une déclaration de la cour qui ordonne que les sommes d'argent payables en vertu d'une ordonnance de redressement soient versées au greffier de la cour ou à tout autre agent de l'exécution de la loi à des fins de distribution conformément aux lois sur le désintéressement des créanciers applicables (voir le paragraphe 74 ci-dessous).

[71] Le groupe de travail s'est penché sur les répercussions de l'application parallèle de la nouvelle loi et des lois sur le désintéressement des créanciers et offre l'analyse qui suit aux fins de s'assurer que le fonctionnement du régime de redressement proposé est pleinement compris. Aucune recommandation n'est formulée quant à savoir si le bénéfice d'une ordonnance de redressement devrait ou ne devrait pas être accordé à d'autres créanciers dans le cadre du système de désintéressement des créanciers, au motif que l'application des lois sur le désintéressement des créanciers dépasse la portée de notre mandat.

Principe général régissant l'attribution d'un redressement

[72] L'approche traditionnelle à l'égard du redressement disponible pour la violation des lois sur les transferts frauduleux se fonde sur la notion selon laquelle le transfert irrégulier est nul, soit de façon générale ou à l'encontre des créanciers lésés. Les lois plus modernes et les recommandations en vue d'une réforme adoptent en règle générale une approche plus nuancée conçue pour permettre au tribunal de modeler un redressement qui a pour but de restituer les biens ou la valeur transférée aux créanciers qui se qualifient, en

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

tenant compte de la contrepartie donnée et des autres investissements faits par le cessionnaire sur la foi de l'opération. L'opération n'a pas à être littéralement annulée. Le principe général proposé provisoirement pour guider la cour dans la formulation d'un recours approprié est le suivant :

Lorsque les motifs de recours sont établis, le tribunal doit rendre l'ordonnance jugée nécessaire pour faire droit à la réclamation du créancier dans la mesure

- a) où la créance aurait pu être satisfaite dans le cadre d'une instance contre le débiteur si l'opération n'avait pas eu lieu, ou**
- b) jusqu'à concurrence de la valeur marchande des bénéfices transférés ou conférés en vertu de l'opération.⁹**

Formes d'ordonnances

[73] Les formes éventuelles d'ordonnance qui peuvent être accordées pour donner effet au principe général devraient être énumérées. La liste proposée est la suivante :

Lorsqu'il accorde un redressement en vertu [du principe général susmentionné], le tribunal peut rendre l'une des ordonnances suivantes, seule ou en combinaison avec d'autres :

- a) Une ordonnance qui confère au débiteur, ou à toute autre personne, les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération, ou le produit* des biens ainsi transférés.**
- b) Une ordonnance déclarant que les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération ou leur produit* sont assujettis aux mesures d'exécution forcée entre les mains du cessionnaire.**

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

- c) Une ordonnance déclarant que les biens transférés par le débiteur en vertu de l'opération ou leur produit* sont assujettis aux mesures d'exécution forcée entre les mains du cessionnaire.**
- d) Une ordonnance exigeant du cessionnaire qu'il verse une somme d'argent équivalant à la valeur des biens ou autres bénéfices reçus en vertu de l'opération.**
- e) Une ordonnance exigeant du cessionnaire qu'il verse une somme d'argent afin de tenir compte du revenu gagné dans le cadre de l'utilisation ou de l'exploitation de biens, d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit de paiement en vertu de l'opération.**
- f) Une ordonnance prescrivant la remise ou l'acquittement d'une dette contractée, ou d'une sûreté ou garantie consentie par le débiteur en vertu de l'opération.**
- g) Une ordonnance remettant en vigueur une obligation ou une sûreté à laquelle le débiteur a renoncé en vertu de l'opération.**
- h) Une ordonnance annulant une désignation en faveur d'un bénéficiaire.**
- i) Une ordonnance déclarant que les biens qui seraient insaisissables contre les créanciers peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée lorsque les biens ont été acquis dans le cadre de l'opération donnant lieu au droit à un redressement.**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- j) Une ordonnance annulant ou modifiant une ordonnance judiciaire lorsque l'ordonnance constitue une opération donnant lieu au droit à un redressement.
- k) Une ordonnance nommant un séquestre qui prendra possession des biens et qui les traitera de la manière prescrite.
- l) Une ordonnance accordant une injonction contre le débiteur ou toute autre personne.

* Par « produit » des biens, on entend les biens identifiables découlant directement ou indirectement de toute opération à l'égard des biens ou du produit des biens, et comprend le droit à un paiement d'assurance ou à tout autre paiement à titre d'indemnité ou de dédommagement pour la perte des biens ou du produit des biens ou les dommages causés à ceux-ci.

Ordonnance condamnant au paiement de sommes d'argent à l'agent de l'exécution de la loi à des fins de distribution

[74] La raison d'être derrière la disposition qui suit est formulée ci-dessus au paragraphe 70.

Lorsque le tribunal accorde une ordonnance condamnant au paiement de sommes d'argent, il peut ordonner que l'argent soit versé au greffier de la cour ou à tout autre agent de l'exécution de la loi à des fins de distribution conformément aux lois sur les mesures d'exécution ou les lois sur le désintéressement des créanciers du territoire.

Facteurs à considérer dans l'émission d'une ordonnance (les « facteurs d'admissibilité »)

[75] Il sera possible d'exercer un recours en vertu de la loi proposée lorsqu'une personne qui a traité avec un débiteur n'a donné aucune valeur ou une valeur

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

manifestement inférieure à la pleine valeur des bénéfices reçus, peu importe si la personne connaissait l'insolvabilité du débiteur (cause d'action n° 1) ou l'intention du débiteur de frustrer ses créanciers (cause d'action n° 2). Dans un tel cas, le cessionnaire peut être tenu de restituer les bénéfices mais devrait être autorisé à conserver ou recouvrer toute contrepartie payée et autres investissements faits sur la foi de la finalité de l'opération. Les dispositions suivantes indiquent aux tribunaux les facteurs dont ils doivent tenir compte pour formuler l'ordonnance de redressement. Notons que lorsqu'une ordonnance oblige le cessionnaire à tenir compte du revenu gagné par l'intermédiaire des biens reçus en vertu de l'opération (voir l'alinéa e) sous *Formes d'ordonnances*), le tribunal peut déduire les investissements faits dans le cadre des gains de revenus, ainsi que les investissements qui augmentent la valeur des biens en soi. Le paragraphe final a pour but de mettre un cessionnaire, qui est tenu de restituer les biens mais qui a un droit de recouvrement contre le débiteur pour une contrepartie payée, dans une position similaire à celle où se trouvent les plaignants concurrents à titre de cessionnaire qui est tenu de payer une somme d'argent dont le total est obtenu en déduisant la contrepartie payée de la valeur des biens reçus.

Le tribunal peut rajuster les modalités d'une ordonnance ou rendre une ordonnance prescrivant le recouvrement d'une somme d'argent identifiée contre le débiteur en faveur du cessionnaire en reconnaissance de ce qui suit :

- a) la valeur donnée par le cessionnaire en vertu de l'opération;**
- b) les dépenses et les investissements non monétaires faits par le cessionnaire qui ont augmenté la valeur des biens reçus en vertu de l'opération ou qui ont généré des revenus dans le cadre de l'utilisation des biens ou d'une licence, d'un contingent, d'un droit d'utilisation ou d'un droit de paiement reçu en vertu de l'opération;**

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- c) **les obligations contractées par le cessionnaire sur la foi raisonnable de la finalité de l'opération;**

à la condition que ces facteurs ne s'appliquent pas en faveur d'un cessionnaire qui savait ou devait raisonnablement savoir que le débiteur a conclu l'opération en ayant comme objectif principal d'entraver ou de frustrer l'exécution des droits d'un ou de plusieurs créanciers.

Lorsqu'une ordonnance est rendue en faveur d'un cessionnaire, elle peut être affectée en garantie des biens du débiteur, y compris les biens dévolus au débiteur conformément à [l'alinéa a) des formes d'ordonnances].

Ordonnances avant jugement

[76] Des mesures injonctives devraient être prévues pour empêcher un débiteur ou toute personne ayant traité avec ce dernier de faire toute opération relativement aux biens qui auraient été autrement disponibles pour satisfaire les créances des créanciers. Une disposition qui exige d'établir la preuve qu'une opération a probablement eu lieu ou aura lieu suppose implicitement que le créancier demandeur est susceptible de subir un tort irréparable, puisque l'opération qui relève du champ d'application de la loi aurait par définition pour but de frustrer les droits de recouvrement des créanciers. Nous recommandons par conséquent la disposition qui suit :

À la suite de la requête par un créancier, que l'instance ait été ou non introduite en vertu de la présente loi, le tribunal peut :

- a) **lorsqu'il est probable qu'une opération donnant lieu à un droit à un redressement en vertu de la présente loi s'est produite, accorder une injonction contre le débiteur ou toute autre personne, s'il y a lieu, dans le but de préserver le bénéfice de toute ordonnance finale de redressement qui peut être accordée ou de permettre de rendre une ordonnance appropriée,**

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

- b) lorsqu'il est probable qu'une opération donnant lieu à un droit à un redressement en vertu de la présente loi est sur le point de se produire, accorder une injonction à l'encontre des actes qui constitueraient l'opération.**

Recours secondaire contre les administrateurs qui ont autorisé le rachat d'actions ou le paiement d'un dividende

[77] La reconnaissance d'un rachat d'actions ou du paiement d'un dividende par une société à titre d'opération qui peut être contestée en vertu de la nouvelle loi fait en sorte qu'un redressement puisse être adjugé contre les actionnaires qui en ont reçu le paiement. Cependant, dans de telles circonstances, un recours supplémentaire devrait pouvoir être exercé contre un directeur d'entreprise qui a pris part à l'autorisation du paiement, à moins qu'il ait donné cette approbation en étant raisonnablement d'avis que celle-ci ne serait pas contestée en vertu de la loi. L'approche recommandée s'apparente sensiblement au recours prévu par la LFI relativement aux paiements de ce type faits par des personnes morales insolubles, avec la différence notable que la LFI rend les administrateurs principalement responsables et offrent un recours secondaire seulement contre les actionnaires qui sont liés à un administrateur ou à la personne morale.

Lorsqu'une opération concernant l'achat ou le rachat d'actions par une société ou la déclaration de dividendes donne lieu à une ordonnance contre le ou les actionnaires qui sont parties à l'opération, le tribunal peut accorder un redressement contre l'administrateur ou les administrateurs de la société, conjointement et solidairement, qui prendra effet si et seulement dans la mesure où une ordonnance contre l'actionnaire n'est pas satisfaite dans les délais prescrits.

Une ordonnance ne peut être rendue contre un administrateur qui,

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

- a) conformément à une loi applicable régissant l'exploitation d'une société, s'est opposé au paiement d'un dividende ou à l'achat ou au rachat d'actions et s'était par conséquent exonéré en vertu de la loi de toute responsabilité, ou**
- b) avait des motifs raisonnables de croire que les circonstances de l'opération étaient telles que l'opération n'a pas donné lieu à un recours en vertu de la loi, soit en raison de l'état actuel ou éventuel de solvabilité de la société ou de l'intention de celle-ci de conclure une opération.**

Pour déterminer si un administrateur avait des motifs raisonnables au sens de l'alinéa b) ci-dessus, le tribunal doit considérer si l'administrateur s'était fondé de bonne foi, et une personne raisonnable dans la position de l'administrateur aurait été susceptible de se fonder, sur :

- a) des états financiers et autres déclarations de la société présentés par ses dirigeants ou par son vérificateur, ou**
- b) un rapport relatif aux affaires de la société préparé conformément à un contrat intervenu entre la société et une personne physique dont la profession accorde de la crédibilité aux déclarations faites dans le rapport.**

Le redressement accordé en vertu de cet article devrait prendre la forme d'une ordonnance condamnant au paiement d'une somme d'argent équivalant au montant payé par la société aux termes de l'opération, et le tribunal ne doit pas tenir compte des facteurs d'admissibilité [énoncés au paragraphe 75].

DROIT DES TRANSFERTS FRAUDULEUX ET DES TRAITEMENTS

PRÉFÉRENTIELS

G. Délais de prescription

[78] Le délai de prescription applicable au droit d'exercer un recours est provisoirement établi à deux (2) ans suivant la date de l'opération à l'égard de laquelle un recours est exercé. La question de savoir si ce délai devrait être prolongé lorsque des faits pertinents ne sont pas connus ou ont été délibérément dissimulés du créancier qui conteste demeure indéterminée.

PROCHAINES ÉTAPES

[79] Les membres de la Conférence sont invités à faire part de leurs commentaires relativement aux recommandations formulées dans le présent rapport en communiquant avec la présidente. Le groupe de travail terminera ses travaux sur les recommandations relatives à la partie I du présent projet et amorcera ses travaux sur les recommandations portant sur la partie II : les traitements préférentiels. Comme nous l'avons décrit dans le rapport d'étape de 2008 et conformément à la directive émise par la Conférence, les recommandations complétées seront présentées à l'Institut d'insolvabilité du Canada et à l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (CAIRP) en vue d'une réponse de leur part.

[80] Le rapport final relatif aux recommandations sur la partie 1 sera sans aucun doute prêt à être présenté à la Conférence dans le cadre de sa réunion annuelle de 2010, et on prévoit que les recommandations sur la partie II seront également prêtes à cette date.

[81] Le groupe de travail demande à la Conférence par voie de motion qu'elle accepte le présent rapport et qu'elle ordonne que ses travaux se poursuivent de la manière indiquée ci-dessus.

¹ Les subtilités relativement mineures qui n'ont pas encore été traitées ne sont pas explicitement désignées.

² Nous tenons à remercier Tom Anderson pour son travail à titre de rédacteur du procès-verbal du groupe de travail.

³ En cas de faillite, le syndic peut exercer un recours tant en vertu de la LFI que sous le régime des lois provinciales. Voir *Robinson c. Countrywide Factors*, [1978] 1 R.C.S. 753.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

⁴ Il existe une jurisprudence appuyant l'opinion voulant qu'un créancier puisse conserver l'enregistrement d'un bref contre une propriété familiale entre les mains d'un cessionnaire tiers lorsque le transfert serait susceptible d'être annulé par les créanciers, en cas de saisissabilité de la propriété. Même si les créanciers peuvent ne pas exécuter le bref tant et aussi longtemps que le débiteur demeure dans la résidence, ils peuvent le faire une fois que la résidence cesse d'être la propriété du débiteur. Cependant, dans d'autres cas, les tribunaux ont simplement traité la propriété insaisissable, y compris la valeur insaisissable de celle-ci, comme ne relevant pas du champ d'application des lois sur les transferts frauduleux. Voir p. ex., *Hamm c. Metz* (2002), 209 D.L.R. (4^e) 385 (Sask. C.A.), où la cour a tiré son interprétation de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Can. Nat. c. Tencha*, [1928] R.C.S. 26.

⁵ Art. 67(1)(b.3).

⁶ La question de savoir si une opération dans le cadre de laquelle un débiteur utilise des biens saisissables constitue une aliénation susceptible d'être annulée en vertu du droit actuel est matière à débat. Pratiquement toutes les décisions rapportées dans lesquelles la question a été étudiée portent sur la création d'une dispense par la désignation d'un bénéficiaire en vertu d'une rente protégée par la Loi sur les assurances, dont nous discutons au paragraphe 45. Étant donné que ces décisions se fondent sur l'octroi d'un intérêt au bénéficiaire (constituant ainsi l'aliénation susceptible d'être annulée), elles ne consacrent pas la proposition plus étendue selon laquelle l'acquisition de biens saisissables lorsqu'aucun droit de tiers n'est visé peut être contestée. Cependant, certains souscriraient à l'opinion plus large. Une analyse complète de la jurisprudence va au-delà de la portée du présent rapport. L'auteur est d'avis que la jurisprudence ne corrobore pas la conclusion selon laquelle l'achat de biens insaisissables au moyen de biens saisissables peut être annulé au seul motif que le débiteur avait l'intention en agissant ainsi de dissimuler ses biens de ses créanciers. Cependant, au moins un autre membre du groupe de travail est d'avis contraire.

⁷ Par définition, une police d'assurance inclut un contrat de rente ou une police d'assurance échangeable contre une rente émise par une société d'assurance-vie visée par la Loi sur les assurances.

⁸ Pour une discussion soutenant la position contraire, voir plus particulièrement M.A. Springman, George R. Stewart et Michael J. MacNaughton, *Frauds on Creditors : Fraudulent Conveyances and Preferences* (Toronto, Carswell 1994), sur feuilles mobiles.

⁹ La nécessité du libellé contenu à l'alinéa b) fait l'objet de discussions.