

LE RECOURS EN EXAMEN DES TRANSACTIONS RÉVISABLES EN MATIÈRE DE FAILLITE

Marc Mayrand

Volume 11, numéro 2, 1980

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059452ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059452ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mayrand, M. (1980). LE RECOURS EN EXAMEN DES TRANSACTIONS RÉVISABLES EN MATIÈRE DE FAILLITE. *Revue générale de droit*, 11(2), 603–620. <https://doi.org/10.7202/1059452ar>

LE RECOURS EN EXAMEN DES TRANSACTIONS RÉVISABLES EN MATIÈRE DE FAILLITE*

par MARC MAYRAND**

Introduction

1. Conditions de fond du recours
 - 1.1. Le concept de transaction révisable
 - 1.1.1. Notion de transaction conclue autrement qu'à distance
 - 1.1.2. La présomption à l'égard des personnes liées
 - 1.1.2.1. Notion de personne liée
 - 1.1.2.2. Nature de la présomption
 - 1.1.3. Les actes juridiques pouvant constituer une transaction révisable
 - 1.2. Une transaction préjudiciable à la masse
 - 1.3. Autres conditions de fonds
 - 1.3.1. Quant à l'époque de la transaction
 - 1.3.2. Quant à la condition financière du débiteur
2. Conditions d'exercice du recours en revision
 - 2.1. Modalités d'exercice du recours
 - 2.2. Jurisdiction du tribunal

Conclusion

* Certaines idées exprimées dans ce texte ont été publiées dans une version simplifiée; MAYRAND Marc, «L'examen des transactions révisables en matière de faillite», *Bulletin sur l'insolvabilité*, décembre 1980, Bureau du Surintendant des faillites, Ottawa.

** Professeur de droit, Section de droit civil à l'Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

C'est en 1966, à l'aube de la mise en marche de la réforme générale du droit de la faillite, que le Parlement fédéral adoptait des amendements à la *Loi sur la faillite de 1949*¹. Ces nouvelles dispositions avaient pour but de corriger les abus les plus flagrants. Elles accordaient des pouvoirs d'enquête étendus au surintendant des faillites et adoptaient le principe de la faillite automatique du débiteur en cas d'échec de sa proposition concordataire. De plus, elles mettaient à la disposition du syndic un nouveau recours permettant d'obtenir le relèvement de la contrepartie donnée ou reçue par un débiteur dans une transaction conclue dans les douze mois précédant sa faillite avec une personne dont il n'était pas complètement indépendant. C'est ce recours en examen de *transaction révisable* que nous voulons étudier ici.

Le recours en examen de transaction révisable vise essentiellement à assurer un traitement équitable des créanciers tout en sanctionnant le principe de l'égalité des créanciers. Le recours permet au syndic de faire examiner par le tribunal certaines transactions conclues par un débiteur, au préjudice de ses créanciers, avec des personnes qui lui sont proches et d'obtenir de l'autre partie à la transaction ou de toute autre personne intéressée la différence entre la contrepartie effectivement donnée et celle qui aurait dû l'être.

Il s'avère utile à la suite d'une jurisprudence récente et à la veille d'une réforme substantielle² du droit de la faillite de dresser un bilan des règles relatives aux *transactions révisables*. Ce bilan pourra servir à ceux qui, de près ou de loin, ont à constater ce type de transaction et en cas de changement législatif, permettra de mesurer l'étendue de la réforme.

À cette fin nous examinerons tour à tour ce qu'il faut entendre par l'expression *transaction révisable*, le genre d'actes juridiques couverts par l'expression, l'époque où la transaction révisable doit survenir de même que la condition financière du débiteur au moment de la transaction.

Dans un second temps nous verrons ce que l'on peut appeler les conditions d'exercice du recours en examen de transaction révisable. Il s'agira alors de voir qui peut exercer le recours; devant quel tribunal et suivant quelle procédure. Enfin, nous tâcherons d'étudier succinctement la juridiction du tribunal face à une demande d'examen et les effets d'un jugement révisant une transaction. En guise de conclusion nous nous emploierons à dégager les principaux aspects de la réforme proposée par le Bill C-12 en ce domaine.

¹ *Lois amendant la Loi sur la faillite*, 14-15 Éliz. II s.c. 1966-67 c. 25 et c. 39.

² *Loi concernant la faillite et l'insolvabilité*, Bill C-12, déposé en première lecture le 16 avril 1980.

1. CONDITIONS DE FOND DU RECOURS.

1.1 LE CONCEPT DE TRANSACTION RÉVISABLE.

1.1.1. *Notion de transaction conclue autrement qu'à distance.*

L'article 78 *L.F.*³ ne permet l'examen judiciaire que des *transactions révisables*. Il faut s'en remettre à l'article 3 *L.F.*⁴ pour trouver une définition (pour le moins) laconique de cette expression:

Art. 3(1) Aux fins de la présente loi, une personne qui a conclu avec une autre une *transaction autrement qu'à distance* est réputée avoir conclu une transaction révisable⁵.

L'article 3(1) définit donc la *transaction révisable* en fonction de la relation entre les parties: il faut que celles-ci aient traité autrement qu'à distance. Que signifie cette dernière expression? La *Loi sur la faillite* ne nous le dit pas. Elle indique simplement que la question de savoir si des personnes traitent l'une avec l'autre à distance à un moment donné est une question de fait⁶.

Le concept de *personnes ne traitant pas à distance* n'est pas propre au droit de la faillite. Il a été emprunté au droit fiscal qui le connaît depuis la fin des années quarante. Assez curieusement les lois fiscales ne définissent pas davantage le concept de transaction conclue à distance. Il est intéressant à ce stade-ci, de comparer les versions anglaises et françaises des articles pertinents de la *Loi sur la faillite* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi les versions anglaises des deux lois utilisent l'expression *arm's length*⁷ que la version française de la *Loi de l'impôt sur le revenu* traduit par l'expression *lieu de dépendance* alors que la version française de la *Loi sur la faillite* utilise l'expression *à distance*. La distorsion entre les textes français traduisant une même expression anglaise est purement accidentelle et résulte à notre avis du fait que le concept d'*arm's length* a été emprunté au droit anglais⁸ et qu'il n'a pas de véritable équivalent en français. En somme il ne s'agit selon nous que d'un *lapsus calami*. En l'absence d'une définition statutaire quelconque il faut s'en remettre au sens ordinaire des mots tel que compris et interprétés par les tribunaux⁹. La consultation de quelques dictionnaires juridiques de droit anglais nous révèle entre autres les acceptions suivantes pour l'expression *at arm's length*:

³ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, les italiques sont de l'auteur.

⁶ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3 article 3(2).

⁷ *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 S.C. c. 63 article 251(1) et *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3 article 3(1).

⁸ En Common Law le concept d'*arm's length* est utilisé pour décrire la relation qui existe en matière de *trust* entre le *trustee* et le *cestui que trustee*. Voir notamment *Francis v. M.N.R.*, (1951) 5 D.T. C. 329 aux pages 329 et 330; *M.N.R. v. Sheldon's Engineering Ltd*, (1955) 55 D.T. C. 1110 p. 1113 (Cour suprême du Canada).

⁹ *Robson Leather Co. Ltd v. M.N.R.*, (1974) C.T. C. 872 p. 881; 60 *v. M.N.R.*, (1952) 6 D.T.C. 268 p. 271; *Blank Estate v. M.N.R.*, (1969) 23 D.T.C.

Parties are said to deal *at arm's length* when each stands upon the strict letter of his rights and conducts the business in a formal manner without trusting to the other's fairness or integrity, and *without being subject to the other's control or overmastering influence*¹⁰.

Parties are said to negotiate *at arm's length* when the one is not under the control or influence of the other¹¹.

ou encore,

The relationship which exists between parties who are *strangers* to each other, and who bear no special duty, obligation, or relation to each other; e.g. vendor or purchaser¹².

Ce qui caractérise une transaction conclue à distance selon ces définitions c'est l'absence d'influence ou de contrôle exercé par une partie à l'égard de l'autre. La jurisprudence en matière fiscale n'a manifesté aucune hésitation à s'inspirer de ces définitions pour dessiner les contours du concept¹³. C'est ainsi qu'on a jugé que l'absence d'*influence indue* par un groupe d'actionnaires à l'égard de la compagnie dont ils détenaient des actions permettait de qualifier de transaction conclue à distance le transfert des actifs de la compagnie à une nouvelle compagnie formée par le même groupe d'actionnaires¹⁴. Les tribunaux ont jugé que les parties à une transaction conclue à distance devaient agir indépendamment l'une de l'autre et qu'aucune d'entre elles ne devait être en mesure de dicter sa conduite à l'autre, en somme qu'une partie ne devait pas être la simple exécutante des volontés de l'autre¹⁵. La Commission d'appel de l'impôt a très bien résumé la situation en s'exprimant de la façon suivante:

Que veut dire *traiter à distance*? C'est stipuler dans des conditions telles que les intérêts de chacune des parties dans une transaction sont complètement indépendantes. En d'autres termes l'acte de l'un est indépendant de l'acte de l'autre de manière à isoler l'intérêt de chacun dans la transaction intervenue entre les parties¹⁶.

La jurisprudence en matière fiscale a précisé que des parties agissant indépendamment l'une de l'autre doivent transiger au meilleur de leurs intérêts économiques respectifs¹⁷. Pour déterminer si les parties à une transaction traitent à

¹⁰ BLACK'S *Law Dictionary* (soulignés de l'auteur), 4^b Éd., St-Paul, West Publishing, 1961.

¹¹ JOWITT, *The Dictionary of English Law* (soulignés de l'auteur), London, Sweet & Maxwell, 1959.

¹² OSBORN, *A concise Law Dictionary* (soulignés de l'auteur), 5^b Éd. London, Sweet & Maxwell, 1964.

¹³ *Francis v. M.N.R.*, (1951) D.T.C. 329; *No. 60 v. M.N.R.*, (1952) D.T.C. 268; *Sheldon's Engineering Ltd v. M.N.R.*, (1953) D.T.C. 11. Confirmé par 1955 D.T.C. 1110 (Cour suprême du Canada); *Estate of T.R. Merritt v. M.N.R.*, (1967) 21 D.T.C. 681; *Swiss Bank Corporation et al. v. M.N.R.*, (1971) C.T.C. 427.

¹⁴ *Sheldon's Engineering Ltd v. M.N.R.*, (1953) D.T.C. 11 p. 22. Confirmé par 1955 D.T.C. 111 (Cour suprême du Canada). Il est à remarquer que le groupe d'actionnaires impliqués dans cette cause n'a jamais eu le contrôle simultané des deux compagnies impliquées.

¹⁵ *M.N.R. v. Kirby Maurice Co. Ltd.*, (1958) C.T.C. 41; *Pender Enterprises Ltd v. M.N.R.*, (1965) 19 D.T.C. 5203 (Cour fédérale).

¹⁶ *Gatineau Westgate Inc. v. M.N.R.*, (1966) 41 Tax A.B.C. 440 p. 445, voir également p. 446.

¹⁷ *Swiss Bank Corporation et al. v. M.N.R.*, (1971) C.T.C. 427 confirmé par 1972 C.T.C. 614 pp. 618-619.

distance les tribunaux ne se limiteront pas à examiner les seules circonstances entourant immédiatement la conclusion de la transaction, ils examineront toutes les circonstances pertinentes¹⁸.

Voilà donc pour l'interprétation judiciaire du concept de *transaction conclue à distance* en matière d'impôt sur le revenu. Qu'en est-il maintenant en matière de faillite? À notre connaissance il n'existe en ce domaine qu'une seule décision rapportée où la cour se soit attardée à préciser le concept. Il s'agit de l'affaire de faillite de Richard Tremblay où le juge Moisan, après avoir examiné les textes des articles 3 et 4 de la *Loi sur la faillite*, formula la définition suivante:

Il s'agit de transaction entre personnes qui n'ont entre elles aucun lien de dépendance, de contrôle ou d'influence, en ce sens qu'aucun des deux contractants ne dispose d'un levier moral ou psychologique suffisant pour diminuer ou influencer sensiblement la liberté de décision de l'autre¹⁹.

En l'espèce il s'agissait de savoir si la vente par le débiteur failli à son voisin, quelques mois avant sa faillite, d'un immeuble ayant une valeur marchande de \$142 000 selon le syndic, pour \$85 000 soit le prix des hypothèques grevant le bien, constituait une vente conclue autrement qu'à distance. Le juge a répondu par la négative puisque le syndic n'a pu prouver que le consentement de Tremblay avait été déterminé par *l'exercice d'une influence ou d'un certain degré de contrôle sur sa libre volonté*. Et le juge Moisan d'ajouter:

Il importe de savoir si Tremblay a vendu pour un prix manifestement inférieur à la juste valeur marchande *parce qu'il* existait entre lui et l'acheteur un lien de dépendance susceptible d'influer manifestement sur l'établissement de la transaction²⁰.

Cette décision du juge Moisan semble tout à fait conforme à la jurisprudence en matière d'impôt qui devrait s'appliquer en matière de faillite vu l'identité des termes utilisés dans les deux textes législatifs concernés.

En somme il faudra, pour qu'une transaction soit conclue autrement qu'à distance, qu'il y ait une certaine dépendance du débiteur face à l'autre partie et que ce soit cette dépendance qui incite le débiteur à conclure la transaction. Ainsi on a jugé que la transaction par laquelle un débiteur vendait un immeuble à son frère à la suite de pressions d'un créancier hypothécaire ayant émis un avis de 60 jours pour un prix inférieur à la juste valeur marchande mais supérieur au montant de l'hypothèque, ne constituait pas une *transaction révisable*²¹.

On peut aussi cerner le concept en disant que la transaction n'est pas à distance si l'un des contractants peut, par sa position d'influence et de supériorité, déjouer ou infléchir en sa faveur la loi de l'offre et de la demande et induire l'autre à transiger pour une contrepartie qui s'éloigne sensiblement de la valeur marchande normale et adéquate.

¹⁸ *Ancaster Development Company Ltd v. M.N.R.*, (1961) C.T.C. 91 p. 101.

¹⁹ *In Re Richard Tremblay; Gingras, Robitaille, Marcoux Ltée v. A. Beaudry et A. Paradis*, C.S.F. Québec no. 200-11 et 200-476-792, 1^{er} mai 1980, p. 7. Rapporté depuis dans 1980 C.S. 468.

²⁰ *Idem*, p. 10 (souligné de l'auteur).

²¹ *In re Lavigne, F. Delorme v. Lavigne*, e.s. Hull, no. 550-11-000603-73, 6 mars 1979.

1.1.2. La présomption à l'égard des personnes liées.

1.1.2.1. NOTION DE PERSONNE LIÉE.

Afin de faciliter la tâche du syndic dans la preuve qu'une transaction n'a pas été conclue à distance, la *Loi sur la faillite* établit une présomption à l'égard des *personnes liées*:

Des personnes liées entre elles au sens où l'entend l'article 4 sont réputées ne pas traiter l'une avec l'autre à distance, tant qu'elles sont ainsi liées²².

L'article 4 nous indique ce qu'il faut entendre par *personnes liées*. On y retrouve principalement trois catégories de personnes liées: les personnes physiques liées entre elles, les corporations liées entre elles et les personnes physiques liées aux corporations et vice versa²³. Les personnes physiques peuvent être liées soit par le sang, soit par le mariage, soit par l'adoption²⁴, ainsi les parents et enfants sont liés par le sang de même que les frères et sœurs²⁵, ainsi le beau-père sera lié à son gendre et la sœur ou le frère du mari à sa femme²⁶ par les liens du mariage. Par ailleurs la loi n'inclut pas parmi les personnes liées certaines personnes telles les oncles, les tantes, les neveux, les cousins, etc.²⁷ Dans le cas d'une transaction conclue entre un débiteur et une telle personne, le syndic devra prouver que cette partie n'a pas traité à distance avec le débiteur c'est-à-dire qu'elle a effectivement exercé un contrôle ou une influence qui a empêché le débiteur d'agir au meilleur de ses intérêts.

Quant aux corporations la règle essentielle à retenir est qu'une corporation est liée aux personnes qui la contrôlent²⁸ ou aux personnes qui détiennent des droits permettant de la contrôler *soit immédiatement, soit à l'avenir, et de façon absolue ou conditionnelle...*²⁹ Seules les personnes en mesure de contrôler la corporation sont définies par la loi comme lui étant liées. Il faut remarquer que le simple actionnaire ou l'administrateur ne sont pas définis comme des *personnes liées* à la corporation; il faut qu'ils aient le contrôle de la corporation. L'actionnaire ou l'administrateur qui ne détiennent pas le contrôle de la corporation ne seront pas légalement présumés traiter autrement qu'à distance avec celle-ci mais le syndic pourra toujours tenter de prouver que dans les faits, l'actionnaire ou l'administrateur de la corporation ne traitaient pas à distance³⁰.

²² *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3 art. 3(3).

²³ Pour une étude plus approfondie de la notion de *personne liée* et de la nature de la présomption à laquelle elle donne lieu voir: Frank M. SCHLESINGER, *Some Aspects of Arm's length Incorporated Relationship and Corporate Control in Canadian Taxation and Bankruptcy Law*, (1972) 15 C.B.R. n.s. 105-135.

²⁴ Art. 4(2)a.

²⁵ Art. 4(3)e.

²⁶ Art. 4(3)f.

²⁷ L. HOULDEN, C.H. MORAWETZ, *Bankruptcy Law in Canada*, current service, Carswell, 1979, p. 0-9. Seules les personnes apparentées en ligne directe par opposition à celles apparentées en ligne collatérales sont définies comme étant des personnes liées par la *Loi sur la faillite*. Art. 4(3)3.

²⁸ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, art. 4(2)b.

²⁹ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, art. 4(3)c.

³⁰ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, art. 3(2).

Quelle est donc l'étendue du contrôle exigé par la loi? S'agit-il d'un contrôle de facto ou d'un contrôle de jure? La jurisprudence et la doctrine ont penché, sans grande hésitation semble-t-il, du côté du contrôle de jure³¹. On a jugé encore récemment que pour contrôler une corporation au sens de l'article 4 *L.F.* il faut détenir des actions attribuant cinquante pour cent (50%) plus un des droits de vote; il faut être en mesure de contrôler la composition du conseil d'administration de la corporation:

There is no doubt that when the *Bankruptcy Act* was amended in 1966 ss. 2A et 2B were adapted from s. 139(5) re enacted 1953-54 c. 59 s. 31(1) and (6)). (am. 1953-54 c. 57 s. 31(2)) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952 c. 148. At the time the section was included in the *Bankruptcy Act*, it was established that «control» in the *Income Tax Act* mean de jure control and not de facto control: *Sheldons Engineering Ltd v. Minister of National Revenue*, 7 Tax A.B.C. 353, 53 D.T.C. 11, affirmed 195 ex C.R. 507, 1954 C.T.C. 241, 54 D.T.C. 1106 which was affirmed 1955 S.C.R. 637, 1955 C.T.C. 174, 55 D.T.C. 1110 (1955) 3 D.L.R. 801: *Buckerfield's Ltd. et al v. M.N.R.*, (1965) 1 Ex. C.R. 299, 1964 C.T.C. 504, 64 D.T.C. 5301. Control rests in the ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors. This proposition was affirmed by the Supreme Court of Canada in *M.N.R. v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al*, (1967) S.C.R. 223, 1967 C.T.C. 50, 67 D.T.C. 5035, 60 D.L.R. (2d) 448³².

À l'égard de l'actionnaire minoritaire ou du simple administrateur, le syndic ne bénéficiera pas de la présomption de l'article 3(3) *L.F.* Pour faire réviser une transaction conclue entre ces parties et leur compagnie, le syndic devra supporter le fardeau de la preuve et établir que dans les faits la transaction n'a pas été conclue à distance. Il lui sera généralement facile de faire naître une présomption de fait en établissant que la transaction a eu lieu en faveur d'un actionnaire ou d'un administrateur et pour un prix inférieur à la valeur marchande du bien transigé. Dès lors il reviendra à l'actionnaire ou à l'administrateur d'établir des circonstances justifiant la transaction³³.

1.1.2.2. NATURE DE LA PRÉSUMPTION.

Par ailleurs on peut sérieusement se demander si la présomption établie par l'article 3(3) *L.F.* à l'égard des *personnes liées* est une présomption juris tantum (réfutable) ou s'il s'agit plutôt d'une présomption juris et de jure (irréfragable). Dans le premier cas le co-contractant pourrait établir que même s'il est lié au débiteur il a conclu la transaction avec le plus grand détachement et qu'en conséquence il a traité à distance alors que dans le second cas une telle preuve demeurerait inutile. Le plus souvent, la discussion sur la nature de la présomption

³¹ HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, note 14, p. 0-9; SCHLESINGER, *loc. cit.*, note 11 p. 125-135.

³² *Re Panfab Corporation Co. Ltd.; Dura Lom Ltd v. Last*, 15 C.B.R. n.s. 20 p. 22.

³³ En ce qui concerne l'administrateur, soulignons que la Cour d'appel de l'Ontario décidait récemment que ses devoirs de fiduciaire faisaient qu'il devait rendre compte au syndic de tout profit résultant d'une transaction conclue avec la compagnie à la veille de la faillite de cette dernière même si la transaction a été faite de bonne foi et même si la compagnie n'aurait pu réaliser le gain obtenu par l'administrateur. Voir *Weber Feeds Ltd v. Weber*, (1979) 8 B.L.R. 71. La responsabilité imposée aux administrateurs par leurs devoirs de fiduciaires semble donc plus étendue que celle qui pourrait résulter de l'article 78 de la *Loi sur la faillite*.

sera plutôt académique en ce qui concerne le recours de l'article 78 *L.F.* puisque généralement le moyen de prouver que les parties traitaient à distance sera d'établir que la transaction a eu lieu moyennant des contreparties conformes aux lois du marché. Dès lors, la transaction ne sera plus révisable même si les parties étaient liées puisque pour qu'une transaction soit révisée, il faut non seulement qu'elle ait lieu entre des personnes ne traitant pas à distance mais également que le failli ait donné ou reçu une contrepartie manifestement inférieure ou supérieure à la juste valeur du marché.

La discussion devient cependant beaucoup plus à propos lorsque la transaction a lieu entre des personnes liées et que le syndic allègue qu'il y a un écart manifeste entre la valeur des contreparties échangées. Si l'écart manifeste est réel le co-contractant peut-il être admis à prouver que même s'il est présumé avoir traité autrement qu'à distance il a en réalité traité à distance avec le débiteur. Le co-contractant pourrait-il établir qu'il a voulu empêcher une diminution autrement inéluctable du patrimoine du failli ou qu'il a reçu un avantage que de toute façon l'actif n'aurait pu réaliser³⁴? Nous n'avons relevé qu'un seul arrêt où le tribunal a accepté cette défense du co-contractant et a considéré la présomption comme écartée³⁵. Dans cette affaire un créancier autorisé en vertu de l'article 20 de la *Loi sur la faillite* attaquait la vente d'un immeuble par le débiteur failli à son frère moins de trois mois avant la faillite. Dans sa requête le créancier avait évalué l'immeuble à \$64 000. La preuve a démontré que l'immeuble avait pu atteindre une valeur marchande variant entre \$38 000 et \$60 000 selon l'expert consulté. La preuve démontrait également que le débiteur avait mis l'immeuble en vente dès la fin de l'année 1976 et ce n'est qu'après de multiples tentatives de vente infructueuses et seulement après avoir reçu un avis de soixante jours du créancier hypothécaire que le débiteur a vendu l'immeuble à son frère pour le prix de l'hypothèque soit \$30 500 plus \$5 000. Dans les circonstances le juge Frenette devait conclure que la présomption à l'égard des personnes liées avait été écartée vu l'absence de mauvaise foi et d'intention frauduleuse. Le fondement juridique de ce motif est certes attaquant puisque ni dans l'article 78 ni dans les articles 3 et 4 de la *Loi sur la faillite* le législateur fait-il allusion à la bonne foi ou à l'intention des parties. Mais à notre avis l'arrêt fait clairement ressortir des circonstances où la présomption devait être considérée comme réfutable.

Le caractère réfutable ou irréfutable de la présomption de l'article 3(3) est également déterminant pour l'application de l'article 86(7)a qui enlève le droit de vote aux personnes qui n'ont pas traité à distance avec le débiteur dans l'année précédant sa faillite. Ainsi, le frère du débiteur qui a vendu son automobile au failli même à un prix inférieur à la valeur marchande dans le but de renforcer le lien fraternel n'aurait pas le droit de voter lors d'une assemblée de créanciers pour

³⁴ Par exemple si le co-contractant a acheté du débiteur un immeuble ayant une valeur marchande de \$60 000 pour le prix de l'hypothèque grevant l'immeuble soit \$30 000 plus \$5 000 alors que le créancier hypothécaire avait déjà émis un avis de soixante jours et que le débiteur n'a pu trouver une meilleure offre.

³⁵ *In re Lavigne; Delorme v. Lavigne*, Cour supérieure Hull, le 6 mars 1979 #550-11-000603-77.

le solde du prix de vente resté dû. Il nous semble que tel n'est pas le résultat recherché par l'article 86(7)a). En effet, lorsque la loi veut enlever le droit de vote en raison de la qualité de la personne et de la relation qu'elle entretient avec le débiteur, elle le dit clairement comme à l'article 36 où les personnes liées sont privées du droit de voter en faveur de la proposition concordataire et à l'article 91(3) où les personnes mentionnées ne peuvent voter sur le choix du syndic ou des inspecteurs en raison de leurs liens familiaux avec le failli³⁶.

L'article 87(6)a), à notre avis, enlève le droit de vote à certains créanciers non en raison de leurs liens familiaux avec le failli, mais bien en raison des circonstances entourant l'établissement de la transaction. Souvent ces circonstances de dépendance et de contrôle pourront être déduites d'une relation d'amitié (dans les faits) ou de famille (présomption légale — art. 3(3)) mais le créancier ne devrait pas être empêché de présenter une preuve que la transaction a été faite au mieux des intérêts du débiteur, ce qui lui permettrait d'exercer plein droit de vote lors des assemblées sauf dans les cas mentionnés aux articles 36(3) et 91(1).

Il faut bien admettre cependant que la très grande majorité des auteurs³⁷ et des arrêts³⁸ concluent au caractère irréfragable de la présomption créée à l'égard des personnes liées par l'article 3(3) *L.F.* À moins d'une intervention législative il est peu probable que cette tendance se modifie³⁹.

1.1.3. *Les actes juridiques pouvant constituer une transaction révisable.*

Nous avons jusqu'ici discuté des *transactions révisables* en fonction de la qualité de la relation entre les parties. Nous avons vu qu'une transaction ne pouvait être qualifiée de révisable que si elle intervenait entre personnes traitant autrement qu'à distance et que le législateur présumait que les *personnes liées* ne

³⁶ Voir cependant la décision récente du juge Houlden où ce dernier a refusé le droit de vote à une personne liée même si cette dernière avait consenti un prêt en toute bonne foi au débiteur. *Re Monogram Financial Corporation Limited; Re Rigmores Investments Ltd.*, (1980) 34 C.B.R. n.s. 5.

³⁷ HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, note p. 0-9; CARIGNAN P., *loc. cit.* p. 165; F. SCHLESINGER, *loc. cit.*, p. 118 contra; Y. BERNIER et P. LACQUERRE, *Faillite*, notes de cours Université Laval, 1973, p. 5-37.

³⁸ La jurisprudence sur ce point est formée de décisions interprétant des dispositions législatives identiques en matière d'impôt; voir *Francis v. M.N.R.*, (1951) D.T.C. 329; *Sibbit v. M.N.A.*, (1954) D.T.C. 65; *Benedet v. M.N.R.*, (1954) D.T.C. 51. À notre connaissance aucun arrêt en matière de faillite n'a analysé cette question. Voir cependant: *In re M. Lavigne; F. Delorme v. Lavigne*, C.S. Hull #550-11-000-77, le 6 mars 1979 où le juge a semblé considérer la présomption comme réfutable mais sans motiver. Il est à noter que pour ce qui est du recours paulien du droit civil (art. 1032 et ss.) la Cour d'appel du Québec a jugé récemment à l'unanimité que les présomptions créées par les articles 1034, 1035 et 1036 du Code civil étaient de simples présomptions juris tantum. V. *In re Gérard Nolin Lié; B.C. IV et Trust Général du Canada v. Bellavance et al.*, (1979) C.A. 168 pp. 176-177. Le juge Bernier qui a rendu le jugement au nom de la Cour a principalement invoqué les arguments fondés sur les articles 1238 et suivant du Code civil. Il est donc peu probable que la décision puisse être utile à l'interprétation de l'article 3(3) *L.F.*

³⁹ La jurisprudence du Common Law en matière fiscale invoque le sens du mot «deemed» qui signifie «conclusively». On peut malgré tout relever des arrêts en d'autres domaines, notamment en matière pénale, où on a jugé que le mot «deemed» pouvait avoir le sens de «rebuttable presumption».

trahissaient pas à distance entre elles. On peut s'interroger sur le genre d'actes juridiques qui peuvent constituer une transaction révisable. Le libellé de l'article 78(1) *L.F.* semble suffisamment large pour englober toutes sortes de transactions. Ainsi sont certainement inclus les contrats de vente, d'achat, de louage de biens, de louage de services de même que tout autre contrat commutatif. En 1967 le Surintendant des faillites identifiait ainsi le genre de transactions visées par l'article 78(1) *L.F.*:

In recent years, numerous representations have been received about apparent or suspected inequities towards creditors resulting from transactions which had taken place prior to the bankruptcy and which involved related persons or a closely controlled corporation and its officers or shareholders. While these transactions might be technically legal, on many occasions they do not come within what may be called moral business practice. Some of the more common unethical practices would include for example:

- 1- an artificially priced sale between the debtor and persons or corporations which in some way control the debtor;
- 2- payment by debtor of exorbitant sums for premises or equipment rentals or inter-company management charges;
- 3- payment of exorbitant salaries or expenses allowances to officers of the company⁴⁰.

La plupart des auteurs estiment que les libéralités déguisées, seraient comprises parmi les *transactions révisables*⁴¹. La jurisprudence a d'autre part établi que la remise d'une dette par le débiteur dans les douze mois qui précèdent sa faillite constitue une *transaction révisable*⁴². Par ailleurs on a jugé que le fait d'accorder un contrat au soumissionnaire qui présentait l'offre la plus basse aurait pu constituer une transaction visée par l'article 78(1) *L.F.*⁴³ On a enfin refusé de considérer comme une *transaction révisable* la réclamation faite par la caution après avoir payé le créancier garanti⁴⁴. Soulignons enfin que dans le cas de vente, d'achat ou de louage il importe peu que le débiteur ait été le vendeur, l'acheteur ou le locateur dès que la transaction a été conclue au préjudice du patrimoine du débiteur⁴⁵.

1.2. UNE TRANSACTION PRÉJUDICIALE À LA MASSE.

Pour être révisée il n'est pas suffisant qu'une transaction soit révisable (sic!) encore faut-il qu'elle ait eu lieu au préjudice de la masse des créanciers

⁴⁰ Roger TASSÉ, *Recent Developments in Bankruptcy Law*, (1967) 10 *C.B.R.* n.s. 97-107 p. 105.

⁴¹ Voir notamment, J. BERNIER et P. LACQUERRE, *op. cit.*, p. 5-37; HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, p. 4-99; P. CARRIGNAN, *Loc. cit.*, p. 167; *In re M. Genest et P. Yates*; *Buzzetti v. Genest*, C. sup. Québec; 18 août 1980 #200-11-358-799.

⁴² *Clarkson Co. Ltd. v. White, Bower and Bower Hessian Associates Co. Ltd.*, (1980) 32 *C.B.R.* n.s. 25.

⁴³ *In re Pacific Mobile Corp.*; *G. Robitaille v. Les industries L'Islet Inc. et B.C.V.*, (1980) 32 *C.B.R.* n.s. 209. On a jugé la transaction non révisable vu l'absence d'écart manifeste avec la juste valeur marchande.

⁴⁴ *Re T.B.A. Stores Co. Ltd.*; *Canada Trust Co. v. Guaranty Trust Co. of Canada*, (1969) 12 *C.B.R.* n.s. 246.

⁴⁵ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3 art. 78(1) & (2).

c'est-à-dire selon les termes même de la *Loi moyennant une contrepartie manifestement supérieure à la juste valeur du marché (conspicuously greater or less...)*⁴⁶ Il faudra donc un écart sérieux entre les contreparties échangées: un écart de quatre mille dollars (\$4 000) sur la vente d'un immeuble ayant une valeur marchande de \$38 000 ne constitue pas un écart manifeste⁴⁷. Pour que l'écart soit manifeste, il faudra que le déséquilibre des prestations soit patent, qu'il saute aux yeux. Si la différence entre les contreparties n'existe pas «de façon criante ou flagrante» le tribunal refusera de réviser la transaction⁴⁸.

L'écart manifeste se mesure par rapport à la *juste valeur du marché*. La première remarque qui s'impose à l'égard de cette notion est qu'elle doit s'apprécier à la date de la transaction attaquée et non à la date de la faillite ou à la date de la requête en révision ou toute autre date. La jurisprudence est unanime sur ce point: il doit s'agir de la *juste valeur du marché* au moment où la transaction a été conclue⁴⁹. Les tribunaux siégeant en matière de faillite ont semblé reprendre la définition traditionnelle de valeur marchande établie par le Conseil Privé dans l'affaire *Sun Life Assurance Co. of Canada v. La Ville de Montréal*, (1952) 2 D.L.R. 81:

Le prix qu'un acheteur qui n'est pas obligé d'acheter paierait pour l'entreprise ou l'immeuble et qu'un vendeur qui n'est pas obligé de vendre, accepterait comme prix de vente dudit immeuble⁵⁰.

Par ailleurs une autre définition a été fournie par le juge Jacques dans l'arrêt *In re Pacific Mobile Corporation* lorsqu'il dit à la page 38 du jugement:

Le critère de la *juste valeur du marché* est objectif et non subjectif.

Le critère est celui du meilleur prix auquel se négocient des biens de la même catégorie dans la région où fait affaire la débitrice. Par exemple, si c'est la débitrice qui vend, on prend le plus haut prix; c'est là ce que j'entends par meilleur prix. Dans le cas de vente, la fraude viendrait d'une vente à un prix plus élevé que le plus bas du marché, favorisant ainsi la débitrice. Dans le cas d'achat, ce serait un prix moindre qui la favoriserait⁵¹.

La juste valeur marchande s'appréciera donc en fonction d'un marché libre tel qu'il peut exister dans la région où le débiteur exerçait ses activités et de la nature de celles-ci. S'il s'agit d'un immeuble, le tribunal examinera les ventes semblables conclues à la même époque dans la même région. On évitera d'utiliser

⁴⁶ *Weber Feeds Ltd. v. Weber*, (1978) 26 C.B.R. n.s. 181. Infirmé pour d'autres motifs par (1977) 8 B.L.R. 71 (C.A. de l'Ontario).

⁴⁷ *In re Lavigne; Delorme v. Lavigne*, Cour. sup. Hull, le 6 mars 1979 #550-11-000603-77. Il faut souligner que dans l'espèce le débiteur n'avait reçu aucune offre supérieure.

⁴⁸ *In re Pacific Mobile Corporation; Robitaille v. Industries L'Islet Inc. et la B.C.N.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 209 p. 235.

⁴⁹ *In Re Genest & Yates; Buzzetti v. Genest*, C.S., Québec #200-11-358-799, 18 avril 1980. *In re Lavigne; Delorme v. Lavigne*, C.S. Hull #550-11-603-77, 6 mars 1979; *Weber Feeds Ltd. v. Weber*, (1978) 26 C.B.R. n.s. 181.

⁵⁰ *In re Lavigne; Delorme v. Lavigne*, C.S. Hull #550-11-603-77, 6 mars 1979 p. 8.

⁵¹ *In re Pacific Mobile Corp.; Robitaille v. Les Industries de l'Islet Inc.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 209 p. 234.

la notion de *coût de remplacement* qui ne tient pas compte de l'état du marché⁵². S'il s'agit d'un contrat de louage de services, la *juste valeur du marché* s'établira à partir des salaires et bonis payés par des entreprises semblables dans la même région à des employés ayant les mêmes qualifications et responsabilités.

Le concept de juste valeur marchande tel que retenu par les tribunaux de faillite est un concept objectif qui peut poser certaines difficultés d'application. En effet il arrive souvent que dans les mois précédant la faillite, les actifs d'une entreprise subissent une perte radicale de valeur. Parfois même, le débiteur se voit menacé par un créancier garanti d'exercer ses droits et le débiteur vend alors rapidement en acceptant la meilleure offre bien que largement inférieure à la valeur marchande. Ainsi dans l'affaire *Tremblay*, on a jugé non révisable la vente d'un immeuble de \$142 000 pour le prix des hypothèques le grevant, soit \$85 000⁵³. On y a jugé que bien qu'il y ait eu un écart manifeste entre la contrepartie reçue et la juste valeur du marché de l'immeuble, la transaction ne pouvait être révisée vu l'indépendance du débiteur à l'égard de l'acheteur et vu l'absence de contrôle ou d'influence de la part de l'acquéreur sur le débiteur vendeur. Le juge a donc pu établir que la transaction avait été conclue à distance et donc qu'il ne s'agissait pas d'une *transaction révisable*. Mais que serait-il arrivé si Tremblay avait vendu dans les mêmes conditions et pour le même prix, mais à son frère? La transaction aurait alors eu lieu entre *personnes liées* et nous avons vu que selon la jurisprudence, l'article 3(3) *L.F.* établit alors une présomption irréfragable à l'effet que la transaction n'est pas conclue à distance. Le frère ne pourrait invoquer qu'il a voulu aider le débiteur et empêcher que le créancier hypothécaire reprenne l'immeuble. Voilà à notre avis une situation qui milite en faveur de l'opinion selon laquelle l'article 3(3) *L.F.* n'établit qu'une présomption juris tantum. En effet on se retrouve ici avec une situation où une transaction faite exactement dans les mêmes circonstances serait valide ou révisable selon qu'elle est conclue avec un tiers étranger ou une *personne liée*. C'est une situation semblable qui a amené le juge Orville Frenette à décider que la présomption de l'article 3(3) était simplement juris tantum⁵⁴. À notre avis le débiteur qui a reçu un avis d'intention de prise de possession hypothécaire devrait pouvoir vendre l'immeuble à une personne qui lui est liée sans être inquiété, pourvu que le prix de vente soit supérieur à l'hypothèque et que ce soit le meilleur prix qu'il ait pu obtenir dans le délai imparti et ce, même si le prix est largement inférieur à la juste valeur du marché. Les moyens juridiques d'atteindre un tel résultat sont d'accepter, comme certains⁵⁵ sont prêts à le faire, que la présomption de l'article

⁵² *In re Lavigne; Delorme v. Lavigne*, C.S.F., Hull #550-11-00603-77, le 6 mars 1979.

⁵³ *In re Tremblay; Gingras, Robitaille, Marcoux Ltée v. Beaudry et Paradis*, C.S.F., Québec #200-11-000446-7927, 1^{er} mai 1980.

⁵⁴ *In re M. Lavigne; Delorme v. Lavigne*, C.S.F., Hull #550-11-000603-77, 6 mars 1979. Dans cette affaire le débiteur a vendu à son frère un immeuble d'une valeur marchande de \$38 000 à \$55 000 pour le montant des hypothèques plus \$2 000. Le débiteur avait reçu un avis de 60 jours et aucune offre meilleure ne lui avait été présentée.

⁵⁵ *Idem*, BERNIER et LACQUERRE, *op. cit.* note 23.

3(3) *L.F.* est une présomption juris tantum ou de demander au tribunal d'exercer sa discrétion en vertu de l'article 78(2) *L.F.*⁵⁶

1.3. AUTRES CONDITIONS DE FONDS.

1.3.1 *Quant à l'époque de la transaction.*

Pour qu'une *transaction révisable* donne lieu à une révision il faut, comme nous l'avons vu, que soit conclue autrement qu'à distance et que la contrepartie reçue ou donnée par le débiteur, soit manifestement inférieure ou supérieure à la juste valeur du marché. La loi ajoute une autre condition à la révision d'une *transaction révisable*. Cette condition concerne l'époque où la transaction doit avoir lieu. En effet pour qu'une transaction soit révisable au sens de l'article 78, il faut qu'elle ait été conclue dans les douze mois qui précèdent la faillite du débiteur. La formulation employée par l'article 78 est semblable à celle utilisée aux articles 69, 72 et 74 *L.F.* de sorte qu'on peut conclure sans hésitation que le délai de douze mois se calcule à compter de la date de la faillite et non de la mise en faillite. Quant aux transactions qui répondraient à toutes les autres exigences de l'article 78 mais qui surviendraient après le dépôt d'une pétition de faillite mais avant l'émission d'une ordonnance de séquestre elles pourraient être attaquées sur la base de l'article 50(4) et (5) et non sur celle de l'article 78. Dans cette hypothèse le co-contractant n'aura que les moyens de l'article 75 pour se défendre et il ne s'agira plus pour le tribunal de réviser une transaction mais bien de l'annuler. C'est donc dire que les parties devront être replacées dans l'état où elles se trouvaient avant la transaction. Si par ailleurs la transaction est survenue plus de douze mois avant la faillite elle pourra, si elle constitue une libéralité de la nature d'un settlement, être attaquée sur la base de l'article 69 *L.F.* À défaut de quoi le syndic pourra tenter d'invoquer les dispositions du Code civil concernant le recours paulien⁵⁷.

1.3.2 *Quant à la condition financière du débiteur.*

Par ailleurs il faut souligner que la loi n'exige pas que le débiteur ait été insolvable au moment même de la transaction ou qu'il se soit rendu insolvable par le fait de la transaction. Pourvu que le débiteur soit en faillite, le syndic n'aura qu'à prouver que le débiteur a conclu une *transaction révisable* dans les douze

⁵⁶ Voir *infra*, p. 22. Une autre solution serait d'adopter une définition plus subjective de *juste valeur du marché* qui tiendrait de la situation financière du débiteur. On pourrait ainsi prétendre qu'une transaction relative à un bien faisant l'objet d'une garantie ne peut préjudicier à la masse si elle est conclue pour le montant de la dette envers le créancier garanti. Cette solution aurait selon nous un effet négatif puisque le débiteur ne serait pas porté à rechercher le meilleur prix pour l'objet de la garantie. Une autre solution, plus délicate toutefois, serait d'exiger que le débiteur insolvable placé dans une telle situation, fasse une cession de biens sans attendre, de façon à permettre au syndic de présenter une requête en vertu de l'article 49 *L.F.* en vue d'obtenir la suspension de la réalisation de la garantie pendant un certain temps. Cette solution est loin d'être éprouvée puisqu'il n'est pas absolument certain que l'article 49 *L.F.* puisse être exercé contre un créancier ayant émis un avis de 60 jours et que de toute façon il n'y a rien qui oblige le failli à faire cession le plus tôt possible.

⁵⁷ Notamment les articles 1032 et suivants du Code civil.

mois précédents et le tribunal pourra réviser la transaction même si le débiteur était tout à fait solvable au moment de sa conclusion. Cette opinion a été retenue par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Clarkson Co. Ltd. v. White Bower and Bower Hessian Associates Ltd.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25 où on a jugé que la remise d'une dette due à la compagnie débitrice par une compagnie contrôlée par les mêmes actionnaires qui contrôlait la débitrice constituait une *transaction révisable* même si au moment de l'effacement de la dette la compagnie débitrice était tout à fait solvable⁵⁸.

2. CONDITIONS D'EXERCICE DU RECOURS EN REVISION.

2.1. MODALITÉS D'EXERCICE DU RECOURS.

Généralement le recours en examen d'une *transaction révisable* se fera par requête du syndic adressée au tribunal de faillite⁵⁹. Un créancier n'a pas qualité pour agir à moins d'être autorisé en vertu de l'article 20 *L.F.* Dans sa requête le syndic devra alléguer des faits établissant l'existence d'une transaction et le fait que les parties ont traité autrement qu'à distance, soit parce qu'elles sont liées, soit parce que les circonstances le démontrent. Le syndic devra également alléguer qu'il y a eu écart manifeste entre la valeur des biens ou services reçus ou donnés. Le syndic devra déclarer dans sa requête *quelle était à son avis la juste valeur du marché des biens ou services en cause dans la transaction et quelle était à son avis la valeur de la contrepartie véritable donnée ou reçue par le failli dans la transaction*. Cette déclaration sera capitale puisqu'elle aura pour conséquence de renverser le fardeau de la preuve; en effet ce sera à la partie adverse de démontrer que la valeur des prestations était différente de celle établie par le syndic à défaut de quoi le tribunal devra s'en tenir aux valeurs établies par le syndic⁶⁰.

La procédure décrite ci-haut sera celle à suivre lorsque le syndic voudra établir une réclamation contre une personne qui a déjà bénéficié d'une transaction révisable exécutée. Il peut arriver cependant qu'une transaction ait été conclue mais n'ait pas été entièrement exécutée (exemple: salaires ou bonis dus aux administrateurs mais non payés). Dans cette hypothèse le co-contractant sera tenté de produire une preuve de réclamation pour le solde dû. Le syndic devra alors rejeter la réclamation comme prioritaire ou ordinaire (selon le cas) et l'accepter

⁵⁸ Cette situation pose un problème de droit constitutionnel. La juridiction du parlement fédéral est limitée au domaine de la faillite et de l'insolvabilité. On peut s'interroger sur la nature d'un recours, à l'égard de transactions conclues par une personne solvable, exercé après que le débiteur soit devenu insolvable. Voir Y. BERNIER, P. LACQUERRE, *loc. cit.*, p. 5-29 à propos de l'article 69 *L.F.*; P. CARRIGNAN, *loc. cit.*, p. 159. Pour une opinion favorable à la constitutionnalité de la disposition, voir A. BOHEMIER, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 1972, p. 241.

⁵⁹ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, article 78(1); Règles régissant la faillite C.R.C. c. 368 règle 12(1).

⁶⁰ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, article 78(3).

comme créance différée. Le créancier insatisfait pourra interjeter appel et faire décider du sort de sa réclamation par le tribunal⁶¹.

Lorsque le syndic procède par requête en examen de transaction révisable il peut, semble-t-il, cumuler plusieurs recours dans la même procédure⁶². Le syndic pourra dans la même requête, en plus du recours en révision d'une transaction, exercer un recours en annulation de *settlement*, de préférence frauduleuse ou même un recours en vertu des articles 1032 et ss. du Code civil. On a jugé récemment que:

Enfin, rien ne répugne à ce que l'on retrouve dans la Loi sur la faillite, un recours qui ressemble à l'action paulienne du Code civil. L'existence du recours paulien n'est pas un empêchement à ce qu'une législation presque semblable soit adoptée pour les fins de la *Loi sur la faillite*. On ne voit pas en vertu de quels principes d'interprétation l'on pourrait limiter la portée de l'article 78 aux cas qui ne sont pas couverts par l'action paulienne⁶³.

En l'espèce, le syndic attaquait une transaction simulée d'un montant de \$8 000. L'intimé prétendait que le syndic aurait dû exercer un recours paulien en vertu du Code civil et non un recours en vertu de l'article 78 *L.F.* L'Honorable juge Jacques a conclu que dans les circonstances il ne fallait pas interpréter la loi avec un formalisme dépassé et qu'on devait éviter la multiplicité des recours. Donc bien que le syndic ait pu demander l'annulation de la transaction simulée en vertu des dispositions du Code civil, il pouvait tout aussi bien en demander la révision en vertu de l'article 78 *L.F.*

2.2 JURIDICTION DU TRIBUNAL.

Même si le syndic choisi de cumuler les recours à l'égard d'une transaction il devra en tout état de cause adresser sa requête au tribunal de faillite.⁶⁴ Le juge saisi de la demande n'aura pas discrétion pour accorder le relèvement de la considération si les conditions de fonds ont été prouvées par le syndic. En effet, bien que la loi utilise la formulation «...*il peut accorder au syndic un jugement*» à l'article 78(2) *L.F.* la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé récemment que le mot *peut* signifie *doit* lorsque les conditions objectives qui donne ouverture au recours sont prouvées:

Once all of the conditions have been established as required by the legislation then, although the remedy is in the permissive form the Court has a *duty* to grant some judgment against any or all of the persons named in the section so that an asset improperly removed from the company may be restored for the benefit of its creditors. The section of the Act involved does not leave the judge with an unfettered discretion to grant or withhold the remedy on the ground of fairness to the people concerned but indicates that the trustee has a right to judgment upon satisfying the requirements established by the legislator⁶⁵.

⁶¹ *In re T.B.A. Stores Co. Ltd.; Canada Trust Co. v. Guaranty Trust Co. of Canada*, (1969) 12 C.B.R. n.s. 246.

⁶² *Règles régissant la faillite*, C.R.C. 368 Règle 4 et article 66 du Code de procédure civile du Québec.

⁶³ *In re Genest et Yates; Buzzetti v. Genest*, C.S.F., Québec #200-11-358-799, le 8 avril 1980, p. 8.

⁶⁴ *In re Ireland; Gingras v. Banque provinciale du Canada*, (1963-64) 5 C.B.R. n.s. 91.

⁶⁵ *Clarkson Co. Ltd. v. White, Bower and Bower Hessian & Associates Co. Ltd.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25 (N.S.S.C. — App. Div.).

Le jugement qui accueillera la requête aura pour objet non pas la nullité de la transaction mais bien sa révision. La transaction sera valide mais le jugement condamnera le co-contractant ou toute personne intéressée à verser la différence entre la contrepartie réellement reçue ou donnée par le débiteur et la juste valeur du marché. La loi ne précise pas quelles peuvent être les *personnes intéressées* qui pourraient être condamnées au remboursement. Il semble bien que les *personnes intéressées* soient des personnes qui n'ont pas été parties à la transaction mais qui ont pu bénéficier de sa conclusion⁶⁶. Ainsi les administrateurs d'une compagnie seront considérés intéressés à une transaction par laquelle la compagnie remet une dette due par une seconde corporation dont ils sont également les principaux actionnaires⁶⁷. On a même jugé que le jugement révisant une transaction pourrait tenir conjointement responsables du remboursement le co-contractant et la *personne intéressée*⁶⁸.

La personne qui se sera vu obligée de payer une certaine somme au syndic aura une réclamation différée dans la faillite pour le montant du paiement⁶⁹. De même celui qui aura une réclamation fondée sur une transaction révisable n'aura pas le droit de voter lors des assemblées de créanciers puisqu'il n'a pas traité à distance avec le débiteur en tout temps pendant l'année qui précède la faillite⁷⁰.

CONCLUSION

Il est difficile de mesurer l'efficacité de la réforme de 1966. Très peu de décisions ont été rendues sur le sujet des transactions révisables depuis quatorze ans. Cette situation peut être interprétée de plusieurs façons. Sans limiter les hypothèses on peut penser que les mesures adoptées furent très efficaces et ont eu pour effet de décourager la conclusion de transactions révisables; ou encore que les parties visées ont trouvé le moyen de contourner l'article 78 *L.F.* sans que les tribunaux n'y puissent rien (cette hypothèse est douteuse vu l'absence de décisions rapportées en ce sens) ou enfin que les amendements de 1966 soient mal connus des magistrats, des avocats et des syndics qui œuvrent dans le milieu des faillites.

Si l'on en croit le projet de loi C-12 déposé à la Chambre des communes le 16 avril 1980 le recours en révision est assez efficace pour être retenu dans la réforme annoncée, avec quelques adaptations. Il convient de noter que le projet de loi n'utilise pas l'expression *transaction révisable* mais mentionne plutôt la possibilité pour le syndic de demander la révision d'un *transfert*. Le terme *transfert* est défini de façon non limitative à l'article 2 du projet de loi, il s'entend en outre:

- a) du paiement d'une obligation ou de l'extinction d'une obligation par voie de compensation;

⁶⁶ HOULDEN & MORAWETZ, *op. cit.*, n. 14, p. 4-100.

⁶⁷ *Clarkson Co. Ltd. v. White, Bower and Bower Hessian & Associates Co. Ltd.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁹ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, article 108c).

⁷⁰ *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C. c. B-3, article 87(6).

- b) du fait de contracter une obligation;
- c) de toute forme de services, directs ou indirects;
- d) de toute aliénation ou dessaisissement, direct ou indirect, absolu ou conditionnel, volontaire, judiciaire ou par suite de pression exercée. de biens actuels ou futurs, ou de droits s'y rattachant⁷¹.

Le projet de loi propose une distinction entre les transferts intervenus entre des personnes ayant un lien de dépendance et celles qui n'en ont pas. Les transferts intervenus entre personnes ayant un lien de dépendance pourront être révisés si intervenus dans une période s'étendant jusqu'à six (6) ans avant le dépôt de la requête en faillite⁷². Dans le cas de personnes n'ayant pas de lien de dépendance, la période suspecte variera de trois (3) mois à six (6) ans avant le dépôt de la requête selon que les parties auront eu ou non l'intention connue de part et d'autre de frauder un créancier⁷³. Le *transfert* intervenu entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance pourra être révisé à la demande du syndic s'il survient dans les trois (3) mois précédant le dépôt de la requête de faillite et s'il a lieu en dehors du cours normal des affaires. Ce même *transfert*, s'il intervient plus de trois (3) mois avant le dépôt de la requête mais moins de six (6) ans avant ledit dépôt, sera également révisable s'il est fait avec l'intention connue des parties de gêner, d'entraver, de retarder ou de frauder un créancier. Soulignons également qu'il s'agit là d'un changement d'importance puisque sous la loi actuelle les transactions conclues entre personnes traitant à distance ne sont jamais révisables alors que le projet de loi propose qu'elles le deviennent si elles interviennent dans les trois (3) mois de la faillite, peu importe l'intention des parties.

Dans le projet de loi les rédacteurs ont remplacé le concept de *personnes ne traitant pas à distance* par celui de *personnes traitant avec un lien de dépendance*⁷⁴. Il ne s'agit que d'un changement linguistique puisque la version anglaise continuera d'utiliser le terme *arm's length* comme dans la loi actuelle. Par ailleurs le projet de loi conserve toujours la notion de *personnes liées* tout en apportant certaines précisions à la définition⁷⁵. Celles-ci seront présumées avoir un lien de dépendance. Les rédacteurs n'ont pas cru bon semble-t-il d'indiquer la nature de la présomption du lien de dépendance à l'égard des personnes liées. Tout indique la jurisprudence majoritaire continuera de prévaloir et que la présomption sera considérée juris et de jure (irréfragable) par les tribunaux qui auront à interpréter l'article 7(1)b du projet de loi.

Quant au recours lui-même, le projet de loi précise qu'il ne pourra être exercé que si la transaction a été conclue alors que le débiteur était insolvable⁷⁶. Le tribunal saisi de la requête pourra soit déterminer la différence entre les justes

⁷¹ *Bill C-12*, article 169(2).

⁷² *Bill C-12*, article 169(2).

⁷³ *Bill C-12*, article 169(1).

⁷⁴ *Bill C-12*, article 7.

⁷⁵ *Bill C-12*, articles 7(2) et (3) et 8. Notamment le projet de loi retient le contrôle de jure pour déterminer si une personne contrôle une corporation. V. *supra* p. 7.

⁷⁶ *Bill C-12*, article 179.

valeurs des biens échangés et condamner l'autre partie à payer cette différence, soit déterminer la différence entre les justes valeurs et la déduire de la réclamation (s'il en existe une) de l'autre partie contre l'actif, soit annuler la transaction et replacer autant que possible chacune des parties dans la situation où elles se trouvaient immédiatement avant le *transfert*⁷⁷. À la différence de la loi actuelle, le jugement ordonnant la révision ne pourrait être rédigé que contre la partie cocontractante et non les tiers qui auraient pu tirer un avantage de la transaction révisée. Le projet de loi prévoit un délai de prescription de trois (3) ans à compter de la date de la faillite⁷⁸ alors que la loi actuelle n'en prévoit aucun⁷⁹.

Soulignons également que tout comme sous la loi actuelle⁸⁰ la partie qui aura payé la différence suite à la révision de la transaction aura une réclamation différée (ou hypochirographaire)⁸¹.

Il faut enfin remarquer deux précisions apportées par le projet de loi. Ces changements viennent éclairer deux points obscurs de la loi actuelle; soit le régime juridique applicable aux transactions conclues pendant la période intermédiaire et deuxièmement les pouvoirs du syndic nommé à un concordat d'attaquer les transactions conclues par un débiteur avant la conclusion du concordat⁸². Quant aux *transferts* intervenus dans la période s'écoulant entre la date du dépôt de la requête de faillite et celle de l'ordonnance de faillite le projet de loi propose qu'ils soient révisables aux mêmes conditions que ceux survenus avant le dépôt de la requête⁸³. Quant aux pouvoirs du syndic à un concordat, le projet de loi adopte la tendance jurisprudentielle la plus récente en permettant aux parties à un concordat de stipuler que le syndic pourra exercer le recours en annulation ou révision de transaction⁸⁴. À défaut d'une telle stipulation, le syndic ne pourra exercer de tels recours à moins que le proposant ne soit mis en faillite.

⁷⁷ *Bill C-12*, article 169(4) et (5). Il est intéressant de noter que la compensation si elle n'est pas autorisée par le tribunal sous l'article 169(4)b, ne pourra opérer de plein droit en raison de l'article 180(4).

⁷⁸ *Bill C-12*, article 184.

⁷⁹ La Cour suprême a cependant eu l'occasion de décider que le recours de l'article 73 de la loi actuelle se prescrivait par cinq (5) ans en matière commerciale et par trente (30) ans en matière civile. Voir *Gingras v. General Motors Products of Canada Ltd.*, (1976) R.C.S. 426.

⁸⁰ *Bill C-12*, article 107.

⁸¹ *Bill C-12*, articles 80(2) et 265(6)(c).

⁸² Il existe un débat jurisprudentiel sous la loi actuelle sur la question de savoir si un syndic peut, alors qu'un concordat est en cours, s'adresser au tribunal pour demander l'annulation ou la révision d'une transaction conclue par le débiteur avant le dépôt de la proposition concordataire et à quelles conditions.

⁸³ *Bill C-12*, article 181(1); voir notamment les arrêts *Bruce v. Silver*, (1978) N.S.R. 590; *Re Mercantile Steel Products Ltd.*, (1978) 202 R.C. 2d 237; in *Re Les Réserves du Nord (1973) Ltée; Hotel Pilma sur le Lac Inc. v. Bertrand*, (1979) 36 C.B.R. n.s. 386.

⁸⁴ Article 106(7) et (8), *Bill C-12* pour les concordats commerciaux. La règle n'a pas d'équivalent dans la partie relative aux concordats pour consommateurs débiteurs à moins d'invoquer l'article 70d du projet de loi.