

Clause 68 (3): "opérations secrètes censées illégales"

Il conviendrait de préciser les mots "autre personne", à la ligne 2, en ajoutant l'expression "sachant qu'il est en faillite" afin de protéger les opérations légitimes, ainsi que l'expression "après la faillite d'une personne", à la ligne 1, paragraphe 3, vu qu'elle figure à la clause 68 (4). Autrement, l'omission de l'expression dans un paragraphe et son insertion dans l'autre pourrait laisser entendre que le paragraphe 3 s'applique à toute opération secrète antérieure à la faillite. On pourrait même prétendre qu'il s'applique aux opérations bancaires ordinaires entre une banque et son client, vu que ces opérations sont nécessairement secrètes en vertu des dispositions implicites de la loi.

Clause 68 (5): "admissibilité de la preuve de l'intention dans le cas d'opérations douteuses"

Ce paragraphe établit clairement que le critère réside dans l'effet de l'opération, sans égard à l'intention. En vertu du droit criminel la preuve de l'intention est encore un facteur essentiel. Une personne doit-elle être soupçonnée de fraude si son intention est honnête? Cette disposition est tout le contraire de la loi actuelle et va beaucoup plus loin qu'il ne semble nécessaire pour dissiper la confusion dans les décisions existantes, solution qu'il vaudrait mieux laisser à l'examen réfléchi de la Cour Suprême du Canada.

Clause 69 (1): "opérations protégées"

Nous prétendons que cette disposition constitue beaucoup plus qu'une rédaction simplifiée du présent article 65. La réserve du présent article 65 protège certaines opérations contre l'annulation, si elles sont faites (a) de bonne foi, (b) avant la date de l'ordonnance de séquestre ou de la cession autorisée, et (c) sans avis d'un acte déterminatif de faillite. La nouvelle disposition ajoute les conditions suivantes:

- d) que l'opération soit à titre adéquatement onéreux;
- e) qu'il n'y ait pas connaissance d'insolvabilité ou d'un acte de faillite;
- f) qu'il n'y ait pas de motif de soupçonner l'insolvabilité ou un acte de faillite.

De plus, la nouvelle disposition laisse peut-être un vide entre le dépôt d'une pétition en faillite et la date de l'ordonnance de séquestre ou de la cession autorisée. La clause 27 (4) du Bill décrète que la faillite remonte à la date du dépôt de la pétition. La nouvelle disposition s'applique aux opérations antérieures à la faillite et ne peut en conséquence sauvegarder la validité des opérations conclues entre le dépôt de la pétition et la date de l'ordonnance.

Clause 69 (2): "charge de la preuve"

Le déplacement de la charge de la façon proposée est si sérieux qu'il serait presque impossible de mettre une opération sous la protection de cette clause. Il faudrait examiner chaque opération avec soin au point de vue de l'avis réel, de la connaissance ou des motifs de soupçon, et, à moins que la banque ne soit certaine de pouvoir établir l'absence de ces conditions et, en conséquence l'existence de la bonne foi, elle ne peut se permettre de conclure l'opération.

En outre, il y a la question d'opération à titre adéquatement onéreux, particulièrement quant à la garantie donnée par nantissement de marchandises ou sous forme de garantie supplémentaire ou subsidiaire de quelque nature que ce soit. Par exemple, il serait difficile d'établir que l'opération est à titre adéquatement onéreux au sens de la clause 2 (b) en ce qui concerne la garantie supplémentaire donnée pour une dette déjà contractée. En conséquence, une banque pourrait s'abstenir d'exiger une garantie supplémentaire dans des circonstances où l'expérience démontre l'à-propos d'une pareille mesure. Il s'ensuivrait que