

La gestion des risques des créanciers et la réhabilitation des débiteurs surendettés : objectifs contradictoires ou complémentaires?

Micheline Gleixner et Michael J. Bray, c.r.*

Rapport final au Bureau du surintendant des faillites Canada, mars 2013

Table des matières

Introduction	3
1) L'histoire de l'endettement et ses conséquences	5
a) L'Antiquité	6
b) Le Moyen Âge et la Renaissance	11
c) La Révolution industrielle	21
d) Le XX^e siècle et la percée du crédit à la consommation	35
2) La crise récente du surendettement	43
a) Une utopie pour le fournisseur de crédit à la consommation	45
b) Une impasse pour le consommateur	47
c) L'augmentation de l'endettement	50
d) Le nombre grandissant d'insolvabilités	54
3) Le droit actuel du surendettement des particuliers	57
4) L'accès et la réglementation du crédit à la consommation au Canada	71
a) Les lignes de crédit domiciliaire	71
b) Les cartes de crédit	74

* Micheline Gleixner est professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Moncton et Michael Bray est registraire à la Cour d'appel et à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Tous deux tiennent à reconnaître l'excellence de la contribution des assistants de recherche Ian Girard et Julie Villeneuve de l'Université de Moncton, candidats au JD de 2012, et à leur exprimer leur gratitude. Les auteurs remercient le Bureau du surintendant des faillites (BSF) pour l'accès à sa banque de données ainsi que l'aide financière accordée à la recherche sur laquelle s'appuie le présent rapport. Les opinions exprimées dans le rapport ne sont pas nécessairement celles du Bureau du surintendant des faillites, d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada. Certaines parties du rapport ou des résumés de celles-ci ont été publiés en 2012 et en 2013. Voir Michael J Bray et Micheline Gleixner, « Les climats contrastés de la faillite : serait-ce une question de latitude? » dans Janis Sarra, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2011*, Toronto, Carswell, 2012, aux pp 313-49 ; Micheline Gleixner et Michael J Bray, « Canadian Consumer Insolvency: The Implementation of Emerging International Best Practices » dans Janis Sarra, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2012*, Toronto, Carswell, 2013, aux pp 397-437. Nous remercions également les arbitres anonymes et les membres du comité d'examen du BSF pour leurs remarques constructives.

c) Le marché parallèle du crédit	77
(i) L'encaissement de chèques	79
(ii) Le prêt sur salaire.....	82
(iii) Le prêt sur gage.....	86
d) Le dossier de crédit, le pointage et la cote de crédit	88
5) Les conséquences de la faillite de consommateur	89
a) Conséquences pour le particulier débiteur	90
b) Conséquences pour les créanciers.....	91
c) Conséquences pour la collectivité	92
6) Les recommandations	93
a) La protection des consommateurs et la réglementation de l'industrie du crédit.....	95
b) La prévention du surendettement et les programmes de littératie financière ...	97
c) La responsabilisation de l'industrie du crédit à la consommation.....	101
Conclusion.....	105

Introduction

Le crédit à la consommation est une appellation nouvelle servant à désigner un phénomène mondial riche d'une longue histoire. Depuis des siècles, les particuliers contractent des emprunts pour subvenir à leurs besoins fondamentaux ou réaliser des objectifs personnels avant de se trouver incapables, parfois, de rembourser les avances qui leur ont été consenties.

Mécanisme de survie, le crédit s'instaure déjà dans les premières civilisations humaines et le surendettement des particuliers devient le symbole des problèmes financiers durant les nombreuses crises économiques cycliques. Afin de soulager la souffrance des particuliers, les autorités de l'époque sont souvent contraintes de reconnaître momentanément les droits des débiteurs en allégeant leur endettement, ce qui permet inmanquablement de susciter une reprise économique. Toutefois, bien que l'utilisation du crédit et l'endettement corrélatif représentent souvent pour une société des signes de croissance économique, l'omission de résoudre les problèmes qui provoquent les crises de surendettement s'avère bien souvent la voie menant à la chute de ces civilisations.

Dans notre tradition récente de common law¹, nous avons vécu un changement radical incessant du climat d'opinion passant de la faillite constituant un délit civil assimilable à la fraude punissable d'une peine d'emprisonnement à une mesure de redressement, soit administrative ou judiciaire, attribuant aux créanciers un certain recouvrement limité tout en offrant au débiteur la libération de sa faillite et la possibilité d'assainir sa situation financière. Bien que cette évolution ait vu surgir une préoccupation grandissante à l'égard de la protection des droits du consommateur dans la pratique en matière d'insolvabilité, un repli manifeste a fait place à un modèle de remboursement de dette grâce aux modifications législatives récentes apportées à la législation sur la faillite et l'insolvabilité dans plusieurs pays de common law.

Accompagnant cette tendance prévalente à la tolérance et, peut-être même, la reconnaissance par les pays de common law de la faillite personnelle, un virage culturel favorisant la consommation accrue grâce au crédit à la consommation et conduisant au surendettement des consommateurs a été constaté partout dans le monde au cours des trois dernières décennies. Deux facteurs ont provoqué ce changement : d'abord, la culture de consommation qui alimente la demande d'obtention d'un crédit facile, accessible et souple, puis, la hausse exponentielle consécutive, au sein des institutions financières, du prêt à la consommation. L'intensification de l'étendue du crédit à la consommation et la facilité

¹ Bien que le Canada soit un pays bijuridique puisque le Québec conserve une tradition de droit civil dans sa législation provinciale, le droit de la faillite relève de la compétence fédérale et s'inspire des principes de common law.

déconcertante à l'obtenir ont mené tout droit à une augmentation correspondante du taux d'insolvabilité des consommateurs, plus particulièrement depuis la fin des années 1980. Les conséquences du défaut d'honorer des obligations financières contractuelles, surtout pour le particulier, mais aussi pour les autres intervenants de la communauté économique, sont devenues des questions urgentes auxquelles se sont greffées des incidences considérables sur le droit de la faillite et de l'insolvabilité.

Tout en cherchant à mettre en évidence les raisons pour lesquelles l'insolvabilité des consommateurs demeure élevée au Canada comme dans la plupart des pays de common law et à formuler des pistes de solution, il est instructif d'observer comment d'autres pays règlent ce problème, en particulier les autorités législatives européennes de droit civil. La faillite de consommateur et les droits des débiteurs surendettés constituent de nouveaux développements dans la tradition civiliste; ils traduisent essentiellement une réaction aux taux croissants d'endettement et d'insolvabilité, manifestations de la culture actuelle du crédit et de la consommation. La réponse du droit civil à ce phénomène mondial s'avère particulièrement intéressante dans une perspective comparatiste puisque ces régimes d'insolvabilité priorisent les intérêts des créanciers et le respect des obligations contractuelles. La réhabilitation du consommateur failli n'est donc pas déclenchée par la libération du failli, mais plutôt par le remboursement aux créanciers de la dette à la consommation.

Même s'il s'accroît, le degré d'insolvabilité des consommateurs européens ne représente qu'une fraction des taux d'insolvabilité dans les pays de common law. Par conséquent, les écarts en matière d'endettement des consommateurs et de taux d'insolvabilité doivent être engendrés par les climats d'opinion sociale et politique divergents concernant le crédit à la consommation et l'insolvabilité des consommateurs, lesquels, à leur tour, façonnent tout autant le cadre législatif et l'administration des insolvabilités personnelles que les pratiques de crédit au sein des établissements de prêt.

Notre objectif étant l'étude de ces écarts et leur explication, nous avons procédé à une analyse comparée des perspectives historiques, juridiques, sociales, culturelles et économiques du crédit à la consommation et de l'insolvabilité dans les deux traditions juridiques. Nous mettrons un accent en particulier sur les pays qui ont exercé une influence prépondérante à l'égard de l'évolution du crédit à la consommation et du traitement de l'insolvabilité, soit la France, l'Angleterre et les États-Unis, en comparaison avec le Canada. Source d'influence et d'inspiration, l'analyse de l'histoire du surendettement des particuliers nous permettra de formuler des recommandations que sauront apprécier les personnes chargées tant de la modification des textes législatifs que des décisions judiciaires, de l'éducation financière et du prêt à la consommation. À

cette fin, notre réflexion se doit de s'arrêter en premier lieu à l'évolution des concepts du crédit et de la faillite personnelle.

1) L'histoire de l'endettement et ses conséquences

Résultant de la sédentarisation agricole qui remonte au Néolithique, « [l]e prêt à intérêt, appelé tout simplement usure jusqu'à la fin du XVI^e siècle, a constitué l'une des premières manifestations économiques de la vie en société et un moteur essentiel de son évolution »². Antérieur à l'industrie, à la banque et à la frappe des monnaies, le crédit à la consommation, selon certains auteurs, se révèle l'un des meilleurs indices de l'état d'avancement d'une société³.

Son omniprésence au fil des âges s'explique par sa raison d'être tant louangée que critiquée. La nécessité du prêt découle du désir d'améliorer son bien-être ou d'un besoin de survivre aux innombrables péripéties de l'époque, qu'elles dérivent des guerres, des mauvaises récoltes ou des pestes. Bien que ses avantages soient convoités, le corollaire inévitable du prêt à intérêt, c'est-à-dire l'obligation de rembourser et de rémunérer le service rendu, assujettit cependant l'emprunteur à son prêteur. Par conséquent, le débiteur ne sera relevé de ses obligations financières qu'après paiement intégral de sa dette, sauf si le créancier consent à sa libération anticipée⁴. Ainsi, l'endettement, outil souvent essentiel dans un contexte économique en mutation, peut toutefois devenir pathologique « lorsque le poids des engagements excède les capacités de remboursement du débiteur »⁵.

De surcroît, l'histoire regorge d'exemples de nombreux abus qui découlent de cette dépendance. Notre premier chapitre tracera un tableau historique des vicissitudes des débiteurs et des abus des créanciers ainsi que le retour périodique de grandes crises économiques et les réactions des législateurs.

Pour certains juristes, « [l]es lois de la faillite subissent plus que d'autres l'influence des transformations économiques, sociales, politiques ou religieuses des nations et constituent en quelque sorte la cristallisation de ces phénomènes »⁶. Issu et réglementé dans le cadre de réformes législatives souvent incontournables, le traitement d'une insolvabilité cancéreuse s'amorce par une ingérence dans les relations contractuelles entre débiteur et créancier.

² Rosa-Maria Gelpi et François Julien-Labruyère, *Histoire du crédit à la consommation*, Paris, La Découverte, 1994 aux pp 20, 23.

³ *Ibid.*

⁴ Charley Del Marmol, *La faillite en droit anglo-saxon*, Paris, LGDJ, 1936 à la p 7.

⁵ Caroline Gau-Cabée, « *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant* Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique » (2012) Janvier/Mars RTDciv 33 à la p 34.

⁶ Marmol, *supra* note 4 à la p 5.

Conséquence de la crise, le problème *généralisé* des dettes est économique par ses origines; il devient politique dans ses solutions, lorsque la multiplication des situations critiques présente un danger pour l'ordre social. Or, l'histoire montre que le traitement de l'endettement privé par le droit est une réponse récurrente à la situation de crise. L'État s'immisce dans la relation contractuelle qui devient une relation triangulaire⁷.

Ainsi, la reconnaissance momentanée par l'État des droits des débiteurs et un allègement de leur endettement permettent inmanquablement une reprise économique tout en omettant de résoudre les problèmes à la source des crises de surendettement.

a) L'Antiquité

L'accès au crédit et le traitement de la personne insolvable ont beaucoup changé depuis le Néolithique et l'Antiquité. Bénéficiant d'une riche agriculture d'irrigation et d'un commerce florissant, la vie économique en Mésopotamie favorise l'accès et l'utilisation du crédit. En fait, dans la plus ancienne civilisation urbaine qui soit connue, on trouve des déclarations régulières d'annulation générale des dettes pendant les ères sumérienne, babylonienne et assyrienne de 2400 à 1600 avant notre ère⁸. Visant le rétablissement de la justice et de l'équité afin d'éviter l'oppression des faibles par les riches, tant l'annulation des dettes qui garantit la délivrance de leur servitude que la redistribution des droits fonciers et agricoles constituent les mécanismes privilégiés par lesquels les dirigeants évitent la solution de rechange que présente la possibilité de la révolte :

le monde s'est trouvé plongé dans le chaos, les fermiers faisant défection pour venir grossir les rangs des pasteurs nomades, puis, éventuellement, si la dégradation de la situation devait se poursuivre, revenant pour se rendre maîtres des villes et détruire jusqu'à ses assises l'ordre économique existant [notre traduction]⁹.

Par le *Code d'Hammurabi*, édicté par Hammurabi, le roi régnant à Babylone au 18^e siècle avant notre ère, les activités commerciales sont circonscrites par des taux d'intérêt maximaux, des modes de remboursement, des formes de

⁷ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 34.

⁸ David Graeber, *Debt: The First 5,000 Years*, New York, Melville House Publishing, 2011 aux pp 216-17 citant Michael Hudson, *The Lost Tradition of Biblical Debt Cancellations*, New York, Henry George School of Social Science, 1993 à la p 20, en ligne : <<http://michael-hudson.com/wp-content/uploads/2010/03/HudsonLostTradition.pdf>>.

⁹ *Ibid* à la p 217.

garanties, des méthodes de recouvrement et des soulagements temporaires de l'endettement des débiteurs¹⁰.

À titre d'exemples, les paysans endettés peuvent rembourser leurs dettes par de l'argent, du blé ou d'autres produits de l'agriculture, mais, s'ils sont accablés par des inondations ou des sécheresses, leurs obligations financières sont suspendues. Les biens réels et les biens personnels peuvent être donnés en garantie au même titre que sa propre personne, sa femme, ses enfants ou ses esclaves. Bien que certains paysans incapables de payer leurs dettes soient réduits à l'esclavage, tandis que d'autres se voient prendre leurs enfants et leur femme, l'esclavage personnel pour dettes quant à lui est limité à trois ans et sont interdits les mauvais traitements provoquant la mort.

L'utilisation du crédit est donc encouragée et facilitée par le *Code d'Hammurabi* et aucun interdit moral ne s'y trouve. « Ainsi placé au cœur de la vie en société, le crédit en constitue un des ressorts essentiels. C'est le premier exemple historique d'une conjonction [...] entre un crédit largement pratiqué et un état de civilisation avancé »¹¹. Malgré les retombées économiques du crédit, des crises de surendettement deviennent, au cours des millénaires suivants, des dilemmes politiques récurrents pour les anciens dirigeants égyptiens, grecs et romains.

Au début du 1^{er} millénaire avant notre ère, la société agricole qu'établissent les premières tribus helléniques se diversifie par une nouvelle composante marchande alimentée par son sens du commerce. La richesse individuelle ne dérive plus uniquement de la terre, mais aussi de la prospérité commerciale. Le prêt s'y trouve non seulement à titre d'agent de stimulation économique, mais comme source de revenus subsidiaires à la suite d'une maladie ou d'une mauvaise récolte.

Bien que l'endettement d'une personne puisse encore entraîner sa servitude ou la contraindre à l'exil afin de la soustraire à l'esclavage, les réformes juridiques de Solon interdisent cette pratique au début du VI^e siècle avant notre ère, lorsqu'une crise agraire oblige les petits propriétaires et les agriculteurs à s'endetter auprès de l'aristocratie plus puissante et, finalement, à assujettir leur personne et leurs terres à leurs créanciers par leur incapacité à rembourser leurs dettes. Afin d'apaiser un malaise alimentant un esprit de révolte, les réformes de Solon dans la Grèce antique, « libère[nt] à la fois la terre et le citoyen » et visent l'effacement de toutes dettes, sans aucune indemnité pour les créanciers, et l'affranchissement des personnes insolvables réduites à l'esclavage¹². Cette

¹⁰ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 26.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid* à la p 29. Voir aussi Karima Belkacem, *De l'emprunt au surendettement : la situation des ménages en France*, Paris, L'Harmattan, 2009 à la p 1; Louis Edward Levinthal, « Early History

amnistie financière permet ainsi « la relance d'un nouvel essor économique dans une région où la terre et le travail ne nourrissaient plus que l'avidité de quelques puissants propriétaires ou marchands d'esclaves »¹³.

Dans la Grèce antique, bien que le crédit fût généralement bien vu par la population de l'époque, il reste fortement critiqué par les philosophes¹⁴. Puisque le citoyen se doit pleinement aux affaires de la cité et que la richesse ne peut qu'entraver la vertu, Platon s'oppose aux échanges commerciaux et aux prêts à intérêt¹⁵. De son côté, Aristote ne voit pas l'argent, corps inerte, comme une source productrice d'argent¹⁶ et le prêt à intérêt n'est qu'une manière de détourner l'argent de son principal objectif qui est de faciliter les échanges¹⁷. Suivant l'exemple de Platon, il condamne ainsi le goût du profit et l'accumulation de richesses tout en préconisant le mépris du prêteur. L'importance de ces nouvelles philosophies est attestée par leur influence sur les civilisations européennes pendant près d'un millénaire.

À cette même époque, la civilisation romaine se développe et, exception faite des esclaves, se divise en deux grandes catégories, celles des patriciens et des plébéiens.

Les patriciens forment une aristocratie dont les membres sont censés descendre directement d'individus ayant fondé la ville de Rome [... et] possèdent pour la plupart de vastes domaines agricoles et monopolisent les plus hautes fonctions dans la société romaine, qu'elles soient militaires ou religieuses. Pour leur part, les plébéiens sont de simples citoyens de Rome du fait de leur naissance sur ce territoire. Ils peuvent être agriculteurs ou commerçants [...]¹⁸.

L'armée romaine composée de citoyens, majoritairement plébéiens, qui défendent la liberté de la République romaine, mais qui, pour diverses raisons, sont contraints d'emprunter pour subsister ou pour régler un problème de

of Bankruptcy Law » (1917-1918) 66 U Pa L Rev 223 à la p 231 ; Graeber, *supra* note 11 à la p 228 ; Gau-Cabée, *supra* note 5 aux pp 35-36.

¹³ Daniel Desurvire, *Histoire de la Banqueroute et faillite contemporaine*, Paris, L'Harmattan, 1992 à la p 13.

¹⁴ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 30.

¹⁵ *Ibid* à la p 31.

¹⁶ Jacob Ziegel, « Insolvabilité personnelle, crédit à la consommation et prêt responsable » (2009) à la p 17 en ligne : CAIRP <http://www.cairp.ca/_files/file.php?fileid=fileVjVcnkCYci&filename=file_CIF_Houlden_Paper__JSZ_Final_F.pdf>, (également publié en anglais dans Janis P Sarra, dir, *Annual review of Insolvency Law 2009*, Toronto, Carswell, 2010 à la p 343) [Ziegel, « Insolvabilité personnelle »].

¹⁷ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 31.

¹⁸ Michel Morin, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004 à la p 9.

liquidités, entrent ainsi dans « l'engrenage inéluctable de l'endettement »¹⁹. Tout comme leur voisin hellénique, une grande partie des plébéiens est donc endettée auprès des patriciens, et les lois romaines sont particulièrement féroces à l'égard des débiteurs. En cas de défaillance, le créancier est en mesure de réduire à l'esclavage un débiteur endetté, de le vendre ou de le mettre à mort, sans qu'intervienne une procédure judiciaire, privant ainsi le débiteur de toute forme de garantie juridique : défense, vérification de la dette ou mesure judiciaire d'atermoiement²⁰.

Le droit romain connaît également une procédure de mainmise sur tous les biens du débiteur et le patrimoine est vendu en bloc, éléments précurseurs du droit contemporain de la faillite²¹. Ces aménagements juridiques limités permettent au débiteur d'abandonner son patrimoine afin d'éviter le traitement souvent brutal des créanciers, mais exigent la cession complète de tous ses biens, même si une fraction s'avère nécessaire pour satisfaire la dette²².

Édictée en 450 avant notre ère, la *Loi des Douze Tables* forme le premier corpus de lois romaines écrites. « Un peu comme pour les lois de Solon, elles sont une tentative pour résoudre la crise sociale qui, au V^e siècle, oppose l'aristocratie, maîtresse de la cité, et la plèbe »²³. Selon la Table III, une fois la dette reconnue ou l'affaire jugée dans un procès légitime, le débiteur disposait d'un délai de trente jours pour payer son créancier. À défaut d'une exécution volontaire ou de l'intervention d'un garant, le créancier pouvait alors détenir le débiteur pendant soixante jours, période durant laquelle il devait le conduire au moins trois fois au marché, puis annoncer à haute voix le montant qui lui était dû, sans doute afin d'avertir parents et amis. Passé ce délai, si la dette n'avait pas été payée, le créancier pouvait le tenir en captivité et l'astreindre au travail, le vendre à l'extérieur de Rome ou le mettre à mort, cette dernière pratique n'étant abolie qu'en 326 avant notre ère par la loi *Poetelia Papiria*²⁴.

Au II^e siècle avant notre ère, la prise de l'Orient méditerranéen augmente l'afflux de richesses et l'esclavage devient le moteur économique de la société romaine. Après les nombreuses guerres extérieures et la conquête de territoires voisins, les citoyens romains s'enrichissent fortement, soit en étant dans l'armée et en ayant profité des pillages et des butins importants amassés, soit en ayant

¹⁹ Gau-Cabée, *supra* note 2 à la p 37 citant Tite-Live, *Histoire de Rome depuis sa fondation*, Livre II, XXII (« qu'après avoir combattu au dehors pour la liberté, ils ne trouvaient au dedans qu'oppression et que servitude : leur liberté courait moins de risque à la guerre, au milieu des ennemis, que pendant la paix, parmi leurs concitoyens »). Voir aussi David Johnston, *Roman law in context*, Cambridge, R-U, Cambridge University Press, 1999 à la p 84.

²⁰ Desurvire, *supra* note 13 à la p 16 ; Gau-Cabée, *supra* note 2 à la p 37.

²¹ René Ithurbide, *Histoire critique de la faillite*, Paris, LGDJ, 1973 à la p 3.

²² Desurvire, *supra* note 13 aux pp 15-17 ; Johnston, *supra* note 19 à la p 109.

²³ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 32.

²⁴ Morin, *supra* note 18 à la p 22. Voir aussi Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 33.

recupéré d'immenses parcelles prises à l'ennemi où s'étaient installés des paysans non propriétaires, des colons et de nombreux esclaves dont les biens sont saisis par Rome.

Durant cette même période toutefois, les guerres en Orient, la chute du commerce maritime, la hausse des prix des denrées alimentaires, le ravage des terres et leur faible rentabilité ainsi que la corruption électorale provoquent une nouvelle crise du surendettement touchant toutes les classes sociales. « L'endettement, par son extension sociale, est devenu un problème politique, qui menace sérieusement l'équilibre précaire de la société »²⁵.

Afin de maintenir la cohésion politique et sociale et, donc, d'éviter la guerre civile, le Sénat romain accorde aux débiteurs des concessions régulières menant à l'allègement limité de leur endettement ou leur assujettissement à leurs créanciers²⁶. L'objectif principal et l'effet corollaire de la réforme du droit de l'insolvabilité visent à empêcher les paysans d'être expropriés par les créanciers. Compte tenu de leur faim insatiable de conquêtes et d'une menace permanente des conquérants voisins, le Sénat et, plus tard, les empereurs romains ont un besoin urgent d'hommes libres, disponibles et motivés à entreprendre leurs campagnes militaires²⁷. En fait, à plusieurs reprises, les dirigeants romains acquiescent aux revendications des Romains endettés puisque ces derniers refusent de servir dans l'armée romaine sans la promesse de leur émancipation, de l'allègement de leur endettement et de l'application de mesures d'atténuation des inégalités sociales, économiques et politiques²⁸.

Afin de désamorcer la révolution montante qui résulte des maintes promesses reniées ou différées à jamais des dirigeants romains antérieurs, Jules César propose en 49 avant notre ère plusieurs réformes législatives, dont l'abolition de la contrainte par corps pour dettes civiles, et établit les fondements de la cession volontaire des biens du débiteur afin d'éviter que les créanciers procèdent à l'exécution sur sa personne. La *Lex iulia de pecuniis mutuis* prévoit une nouvelle forme d'exécution sur les biens, une procédure d'apurement du passif et une estimation des biens des prix d'avant-guerre qui sont alors cédés aux créanciers, réduisant ainsi l'endettement du débiteur²⁹.

La chute de l'Empire romain d'Occident en 476, déclenchée par les ravages de la guerre, la corruption endémique et la crise du surendettement au sein de toutes

²⁵ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 39.

²⁶ Par exemple, au début du 4^e siècle avant notre ère après l'invasion de Rome par les Gaulois, les Romains ont instauré une procédure de rajustement de la dette grâce à laquelle les intérêts que devait payer le débiteur étaient déduits de l'intégralité de l'endettement. Voir Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 38.

²⁷ Graeber, *supra* note 8 à la p 230.

²⁸ Hudson, *supra* note 8 à la p 50.

²⁹ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la 40. Voir aussi Desurvire, *supra* note 13 à la p 17.

les catégories sociales, est décrite comme suit par Rosa-Maria Gelpi et François Julien-Labruyère :

Les fruits de la conquête se sont dissipés. La petite paysannerie se voit lourdement frappée par le fardeau de l'impôt et par l'augmentation des droits sur la terre. À terme, les paysans sont contraints de rejoindre les rangs des gens exploitables à merci. Le véritable paysan libre perd toute protection contre une série de mauvaises récoltes, contre le service militaire obligatoire ou contre les déprédations sans fin des guerres qui redeviennent endémiques. Le chaos et la misère se mettent à régner dans tout l'Empire. Au IV^e siècle, Rome ne peut plus ni nourrir ses citoyens, ni entretenir son administration, ni payer ses troupes³⁰.

À la tête de l'Empire d'Orient, Justinien conçoit des réformes législatives visant à contrecarrer le bouleversement économique, social et politique de l'Occident. Bien que le crédit ne soit que révélateur des problèmes endémiques, le *Code Justinien*, édicté en 529, prévoit la réduction du taux d'intérêts et du montant maximal des intérêts fixé au montant du capital ainsi que l'exécution judiciaire des jugements soit en saisie de biens, soit en nature, ou soit, exceptionnellement, en contrainte par corps. « Il s'agit là historiquement du premier grand corpus juridique moderne consacré au crédit, au sens où il définit l'ensemble d'une activité, du taux maximal autorisé aux modes de recouvrement, en différenciant types de prêts et types de prêteurs »³¹.

b) Le Moyen Âge et la Renaissance

Deux des héritages les plus remarquables de l'Empire romain est l'établissement du christianisme sous Constantin comme religion de l'État et la place prépondérante que l'Église acquiert dans tous les territoires romains³². Inspirés

³⁰ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 36. Voir aussi Gau-Cabée, *supra* note 5 aux pp 38-39 ; Graeber, *supra* note 8 à la p 232.

³¹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 37.

³² Voir Société biblique canadienne, *Traduction oecuménique de la Bible : comprenant l'Ancien et le Nouveau Testament*, Toronto, Société biblique canadienne, 1988 aux pp 1420-21, Matthieu 18 : 23-34 (il est intéressant de noter dans la parabole de Matthieu le traitement éprouvant d'un roi qui voulait régler ses créances avec ses serviteurs et du débiteur pitoyable subit par un débiteur romain).

Comme il n'avait pas de quoi rembourser, le maître donna l'ordre de le vendre ainsi que sa femme, ses enfants et tout ce qu'il avait, en remboursement de sa dette. Se jetant alors à ses pieds, le serviteur, prosterné, lui disait : « Prends patience envers moi, et je te rembourserai tout ». Pris de pitié, le maître de ce serviteur le laissa aller et lui remit sa dette. En sortant, ce serviteur rencontra un de ses compagnons, qui lui devait cent pièces d'argent; il le prit à la gorge et le serrait à l'étrangler, en lui disant : « Rembourse ce que tu dois ». Son compagnon se jeta donc à ses pieds et il le suppliait en disant : « Prends

tant par la misère sociale et économique causée par l'endettement que par les philosophies d'Aristote et de Platon, les théologiens du Moyen Âge condamnent l'usure, qui désigne à l'époque tout intérêt, indépendamment de son taux³³. « Dès le III^e siècle, au nom de la charité et de l'amour du prochain, les Pères de l'Église adoptent les règles de l'Ancien Testament interdisant le prêt à intérêt. La pratique de l'usure, simplement réglementée par les lois civiles d'alors, se voit sanctionnée par la damnation éternelle »³⁴.

Tout comme les Chrétiens, les Hébreux avaient déjà interdit l'usure entre Israélites dans l'Ancien Testament³⁵ à la suite des crises économiques liées au surendettement des Israélites. Bien que l'interdiction de prêter à intérêt fût limitée entre frères juifs, l'usure est permise avec des étrangers. Par conséquent, sa condamnation se généralise dans le Nouveau Testament puisqu'elle ne se limite pas aux prêts consentis entre coreligionnaires³⁶. L'interdiction de l'usure prescrite par la religion chrétienne s'étend donc aux préceptes moraux et juridiques dans toute l'Europe par l'entremise de l'Église catholique et des monarques qui se conforment aux préceptes religieux³⁷.

Après la chute de l'Empire romain, une première unification de l'Europe occidentale se réalise en 800 sous Charlemagne, le roi des Francs. Sa politique d'expansion rejoint le désir de la papauté romaine d'asseoir la christianisation de l'Europe et il se fait couronner empereur par le pape Léon III, à Rome³⁸. Dans son

patience envers moi, et je te rembourserai ». Mais l'autre refusa; bien plus, il s'en alla le faire jeter en prison, en attendant qu'il eût remboursé ce qu'il devait. Voyant ce qui venait de se passer, ses compagnons furent profondément attristés et ils allèrent informer leur maître de tout ce qui était arrivé. Alors, le faisant venir, son maître lui dit : « Mauvais serviteur, je t'avais remis toute cette dette, parce que tu m'en avais supplié. Ne devais-tu pas, toi aussi, avoir pitié de ton compagnon, comme moi-même j'avais eu pitié de toi? » Et, dans sa colère, son maître le livra aux tortionnaires, en attendant qu'il eût remboursé tout ce qu'il lui devait.

³³ Hubert Balaguy, *Le crédit à la consommation en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p 71.

³⁴ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 45.

³⁵ Société biblique canadienne, *supra* note 32 à la p 235, Deutéronome, 23 : 20-21.

20 Tu ne feras de ton frère aucun prêt à intérêt : ni pour argent, ni prêt de nourriture, ni prêt de quoi que ce soit qui puisse rapporter des intérêts.

21 À un étranger, tu feras des prêts à intérêt, mais à ton frère tu n'en feras pas, pour que le Seigneur ton Dieu te bénisse dans toutes tes entreprises au pays où tu vas entrer pour en prendre possession.

Voir aussi L'Exode, 22 : 25 et Le Lévitique, 25 : 35-37.

³⁶ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 16. Voir par ex Société biblique canadienne, *supra* note 32 à la p 1477, Luc 6 : 35 (« Mais aimez vos ennemis, faites du bien et prêtez sans rien espérer en retour »).

³⁷ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 17.

³⁸ Axel Poniatowski, *Les frontières de l'Union européenne ou les États-Unis d'Europe*, Paris, IRSEM, 2011 à la 4.

désir de conduire le peuple de Dieu au salut, il porte son attention aux échanges commerciaux et à l'accumulation de richesse qui risquent de pervertir l'esprit de charité. D'ailleurs, la première interdiction civile de l'usure se trouve dans l'acte qu'il promulgue en 798 sous le titre *Admonitio generalis*³⁹.

À l'exception de quelques comptoirs commerciaux italiens comme Gênes, Milan, Florence ou Venise qui manifestaient au Moyen Âge un haut degré de technicité commerciale et juridique, l'Occident du Moyen Âge entre dans une phase de déclin de la science juridique.

Du raffinement des sciences juridiques des civilisations helléniques à la richesse du droit romain, le moyen-âge bascula au fil des siècles dans le déclin des connaissances universelles. Cette lente asphyxie intellectuelle – la torpeur de l'ignorance et la paupérisation aidant – s'opéra au profit des puissantes seigneuries féodales et la catéchèse apostolique qui occultait le savoir dans un prosélytisme exaltant⁴⁰.

Tel que le fait observer Caroline Gau-Cabée, les signes de ce déclin sont « la résurgence de l'exécution sur la personne sous ses formes les plus archaïques » telles que la servitude personnelle, la mise à mort et le rachat par le travail du débiteur défaillant⁴¹. À titre d'exemple, la *Charte* de Louis VII de 1168 autorisait la coutume locale, répandue en Europe, de « la pratique du combat judiciaire pour toute demande de dettes qui excédait cinq sols »⁴².

Après avoir expulsé les Juifs de la France, Philippe Auguste les réintègre en 1198 et autorise le prêt à intérêt. L'interdiction est cependant rétablie sous Louis VIII en 1223. Si l'Église catholique continue de faire valoir cet interdit auprès de ses fidèles, force est de constater qu'il est contourné avec innovation par les commerçants et les banquiers afin de répondre au besoin apparent du crédit.

Tout homme, à quelque niveau qu'il se situe dans la hiérarchie sociale, se trouve de temps à autre contraint d'emprunter pour s'acquitter de ses obligations. Au niveau du paysan, c'est la soudure qu'il faut assurer, le plus souvent sous forme de prêt de

³⁹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 50-51.

⁴⁰ Desurvire, *supra* note 13 à la p 20.

⁴¹ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 40 ; Desurvire, *supra* note 13 à la p 20 note 28.

⁴² *Ibid* à la p 21. Voir, de façon générale, « Ordalie » dans Wikipédia, L'encyclopédie libre (le combat judiciaire est une forme d'ordalie bilatérale, se généralisant au XI^e siècle, qui oppose les personnes aux prétentions contradictoires dans un duel à mort. Selon la croyance de l'époque, le vainqueur de l'épreuve prouve par ce jugement divin le bien-fondé de sa prétention. Or, seuls les nobles peuvent se battre à l'épée ou à la lance puisque le choix des armes se fait selon la classe sociale).

semence pour la sole des céréales de printemps ; pour le noble, c'est son rôle dans la société qu'il faut tenir, équipement de chevalier ou dépenses de symboles⁴³.

Consciente de la nature indispensable du prêt à intérêt pour faire face à l'imprévu, à la maladie, au chômage ou à une mauvaise récolte, « l'Église élabore progressivement une doctrine complète et systématique comportant définitions précises, exemptions et punitions », y compris le purgatoire, la confession privée et la pénitence afin de sauver de l'enfer les marchands, les usuriers, les débiteurs et les tenants du capitalisme tout en condamnant les débiteurs frauduleux à la peine de mort et à l'excommunication⁴⁴.

Ainsi, l'émergence des villes de la féodalité et l'exploitation seigneuriale assurée par la productivité de la paysannerie deviennent les sources du développement économique et du progrès de l'économie monétaire pendant la période médiévale. « À partir du XII^e siècle, en effet, le monde change. Le prêt à intérêt, sous ses diverses formes, devient un élément important de la vie économique et un facteur essentiel de croissance et de changement, notamment en Italie »⁴⁵. Bien que la pratique de l'usure fût vivement contestée par l'Église autant à Vienne qu'à Lyon au XIII^e siècle, elle est néanmoins disponible, dissimulée sous diverses formes, tels la vente d'une rente perpétuelle ou viagère, le contrat de change ou le contrat d'achat-vente, grâce à l'ingéniosité juridique⁴⁶. En effet, son omniprésence est constatée par la saisie féodale, laquelle permet au créancier de recouvrer le paiement de sa créance par l'appropriation du revenu de la terre du débiteur, autre forme d'emprisonnement par laquelle il exige le travail forcé jusqu'au paiement intégral du capital du prêt, des intérêts et des amendes⁴⁷.

Même si l'esclavage est interdit, l'endettement et l'insolvabilité pandémique causés par les famines, les épidémies récurrentes et les guerres contraignent les monarques régnants à promulguer une législation royale pour l'emprisonnement des débiteurs afin de protéger les marchands et de promouvoir le progrès.

En France, bien que Louis IX eût déjà interdit en 1234 l'emprisonnement pour exécution forcée d'une créance, exception faite des créances royales, Philippe IV restaure en 1302 l'emprisonnement dans les geôles royales pour non-paiement des dettes contractées sous le sceau royal afin de préserver son monopole sur le traitement juridique des débiteurs précédemment exercé par les juridictions ecclésiastiques, municipales ou locales. L'emprisonnement des débiteurs devient

⁴³ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 50, citant Georges Duby. *Guerriers et paysans, VIIIe-XIIe siècles. Premier essor de l'économie européenne*, Paris, Gallimard, 1973.

⁴⁴ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 64-65 ; Desurvire, *supra* note 13 à la p 26.

⁴⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 58.

⁴⁶ *Ibid* aux pp 58-68.

⁴⁷ Desurvire, *supra* note 13 à la p 22.

une mesure comminatoire toujours temporaire qui vise à faire pression sur le débiteur ; c'est, autrement dit, une épreuve de solvabilité⁴⁸. Bien que la prise de corps soit automatique, il existe trois voies pour échapper à la prison, l'arrangement conclu avec le créancier étant la plus commune. Si la négociation entre créancier et débiteur échoue en raison de l'insolvabilité du débiteur ou de l'inflexibilité du créancier, le débiteur peut encore éviter la prison par la sollicitation de lettres royales de répit qui suspendent l'exécution forcée pendant une période allant d'un à cinq ans selon le nombre de créanciers ou, inspirée du droit romain, par la cession de l'ensemble des biens personnels et réels sans toutefois libérer le débiteur du reliquat⁴⁹.

Comme en France, le droit anglais au XII^e siècle n'accorde aucun répit au débiteur insolvable et, à moins d'une libération consentie par le créancier, le débiteur n'est relevé de ses obligations qu'en payant intégralement sa dette. Selon Charley Del Marmol, le créancier dispose de deux moyens pour faire valoir ses droits : « le *writ of fieri facias*, ordonnance enjoignant au *sheriff* de réaliser la somme, ou dette reconnue, au moyen des biens immobiliers du débiteur; et le *writ of levari facias*, autre mode d'exécution sur les biens mobiliers »⁵⁰.

Toutefois, le caractère insulaire de l'Angleterre et sa dépendance à l'égard du commerce extérieur forcent la monarchie anglaise à répondre aux appels des marchands qui refusent d'entreprendre des échanges commerciaux. Afin de protéger les intérêts des marchands, Édouard I^{er} promulgue le *Statute of Acton Brunell*⁵¹ en 1283, puis le *Statute of Merchants*⁵² en 1285. Bien qu'il soit permis de supposer que l'emprisonnement constitue une peine infligée au débiteur défaillant, ces recours sont conçus pour promouvoir l'intérêt du commerce anglais en empêchant la fuite des débiteurs et en fournissant le moyen par lequel les créanciers sont autorisés à extorquer un paiement au débiteur⁵³.

Sous Édouard 1^{er}, en 1285, un débiteur peut être arrêté et emprisonné grâce à la procédure du *writ of capias ad respondendum* ou du *writ of capias ad satisfaciendum*⁴. Mais une fois ce moyen employé, le créancier perdait le bénéfice des autres

⁴⁸ Gau-Cabée, *supra* note 5 aux pp 40-42 ; *Ordonnance de 1234, Letres touchant les Juifs (pour les créances juives)* dans *Ordonnances des roys de France de la troisième race*, t I, Paris, L'Imprimerie royale, 1723 aux pp 54-55 («Les Baillis ne pourront faire emprisonner aucun débiteur pour les dettes des Juifs, ni forcer aucun chrétien à vendre ses immeubles pour les payer») tel que cité dans Gau-Cabée, *supra* note 5 à la note 34.

⁴⁹ *Ibid* aux pp 42-43. Voir aussi Desurvire, *supra* note 13 à la p 33 ; Ithurbidie, *supra* note 21 à la p 4.

⁵⁰ Marmol, *supra* note 4 à la p 7.

⁵¹ *Statute of Acton Brunell*, 1283 (R-U), 11 Edw I.

⁵² *Statute of Merchants*, 1285 (R-U), 13 Edw I, St 3.

⁵³ Louis Edward Levinthal, « The Early History of English Bankruptcy » (1919) 67 U Pa L Rev 1 à la p 8 [Levinthal, « History of English Bankruptcy Law »].

modes d'exécution. En réalité depuis la fin du XIII^e siècle jusqu'au milieu du XVI^e siècle, la méthode de l'emprisonnement pour dettes était devenue, en Angleterre, plus en faveur que dans les autres pays⁵⁴.

Comme le confirme également sir William Holdsworth, l'emprisonnement est devenu pour les créanciers une méthode d'exécution privilégiée qui a été progressivement et indirectement introduite par les changements et les évolutions de la common law du XIII^e au XVI^e siècle⁵⁵. L'aversion pour l'usure que professe l'Église catholique est tempérée en Angleterre par la Réforme protestante, par la voix de Jean Calvin en particulier, qui contribue à la levée progressive de l'interdit du prêt à intérêt dans les pays européens. L'interdiction de la pratique de l'usure dans les pays catholiques en Europe dure ainsi plus longtemps qu'en Angleterre, en partie à cause de la grande influence de la Réforme protestante sur ce dernier pays.

Aux XIV^e et XV^e siècles, avec les crises frumentaires, surtout celle de 1315, la guerre de Cent Ans et la Grande Peste qui réduit la population européenne de 30 à 50 % en cinq ans, une grande dépression économique traverse l'Europe, la France en particulier. « Le crédit, contemporain de la monétarisation et de la commercialisation de l'économie au XIII^e siècle, connaît alors une expansion sans précédent [... liée] à la pénurie de numéraires et à la paupérisation »⁵⁶.

De surcroît, pour faire exception à l'interdiction de l'usure, on voit surgir en Italie les premiers Monts-de-piété au XV^e siècle, qui sont essentiellement des bureaux publics de prêts sur gage à taux bas dont l'objet vise à venir en aide aux pauvres. Grâce à l'évolution des réflexions théologiques, ces Monts-de-piété, appuyés et protégés par l'Église catholique, s'étendent à l'Europe catholique, notamment en France, en Espagne et en Autriche, et deviennent un moyen de contrer la réforme protestante, dont l'objectif consiste à élargir la liberté en matière de prêt⁵⁷.

En ce qui a trait au traitement de la personne insolvable, très tôt dans l'histoire de la France, on note une différence de traitement entre commerçant et non-commerçant et la possibilité qu'elle soit exclue de la vie sociale et économique⁵⁸. Ainsi, l'emprisonnement du débiteur devient chose courante aux XIV^e et XV^e siècles, cette pratique étant vue comme une manière de faire le tri entre les

⁵⁴ Marmol, *supra* note 4 à la p 8.

⁵⁵ Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, vol VIII, Londres, Sweet and Maxwell, 1937 à la p 231 [Holdsworth, VIII].

⁵⁶ Gau-Cabée, *supra* note 5 aux pp 41-42, note 32; Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 78.

⁵⁷ *Ibid* aux pp 73-75.

⁵⁸ Pierre-Cyrille Hautcoeur et Nadine Levratto, « Faillite » dans Alessandro Stanziani, dir, *Dictionnaire historique de l'économie-droit : XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, LGDJ, 2007 à la p 159.

personnes qui méritent de faire partie de la société et celles qui doivent en être exclues⁵⁹. Pour le commerçant français, il existe cependant au XVI^e siècle une procédure qui permet au débiteur de céder ses biens pour éviter d'être emprisonné sur demande de ses créanciers⁶⁰.

Entre 1545 et 1890, le prêt à intérêt est accessible en Angleterre, exception faite de la période allant de 1552 et 1571 au cours de laquelle le crédit est formellement interdit⁶¹. Il faut noter que les nombreuses modifications législatives apportées au milieu du XVI^e siècle reflètent la présence de deux courants de pensée opposés, à savoir les traditionalistes partisans du catholicisme et les réformistes favorables au protestantisme. En 1545, Henri VIII permet l'intérêt à 10 %, toute violation étant sanctionnée par des amendes et l'emprisonnement⁶². Toutefois, en 1552, des pressions exercées par des traditionalistes amènent Édouard VI à abroger la loi de 1545 et à interdire les prêts à intérêt sous peine d'amende ou d'emprisonnement⁶³. En 1571, Élisabeth 1^{re} légalise de nouveau le prêt à intérêt en rétablissant le taux d'intérêt maximum de 10 % prescrit par Henri VIII⁶⁴. Ce taux est ensuite réduit progressivement jusqu'à 5 % par la loi de 1713⁶⁵, et les lois anglaises conservent ces dispositions jusqu'en 1854⁶⁶. « En un siècle, sous l'impulsion des réformateurs, le sens du mot usure évolue. Phénomène majeur, concernant l'image du crédit. Il devient intérêt excessif ou perçu abusivement »⁶⁷.

L'accès au crédit et son effet corollaire, l'insolvabilité, entraînent du coup des réformes législatives touchant l'insolvabilité et la faillite.

Le Droit coutumier anglais ne consacrait aucune règle spéciale relativement aux débiteurs insolubles, qu'ils fussent commerçants ou non-commerçants. Il laissait à chaque créancier le droit individuel de poursuivre le débiteur et d'exercer sur sa

⁵⁹ Julie Claustre, *Dans les geôles du roi : l'emprisonnement pour dette à Paris à la fin du Moyen Âge*, Paris, Sorbonne, 2007 à la p 418.

⁶⁰ Ithurbide, *supra* note 21 à la p 4.

⁶¹ Sir Robert Buckley Comyn, *A treatise on the law of usury*, Londres, imprimé pour R Phenev, 1817 aux pp 3-8 ; Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 87-88.

⁶² *A Bill against Usurie*, 1545, (R-U), 37 Hen VIII, c 9.

⁶³ *A Byll against Usurie*, 1551-2, (R-U), 5 & 6 Edw VI, c 20.

⁶⁴ *An Acte against Usurye*, 1571, (R-U), 13 Eliz I, c 8.

⁶⁵ Voir *An Act against Usury*, 1623-24, (R-U), 21 Jac I, c 17 ; *An Act for restraining the taeking of Excessive Usury*, 1660, (R-U), 12 Car II, c 13 ; *An Act to reduce the Rate of Interest without any Prejudice to Parliamentary Securities*, 1713, (R-U), 12 Ann, stat 2, c 16.

⁶⁶ *An Act to repeal the Laws relating to Usury and to Enrolment of Annuities*, 1854 (R-U), 17 & 18 Vict, c 90 [*Usury Laws Repeal Act, 1854*] ; Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 18.

⁶⁷ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 89. Pour un compte rendu détaillé, voir Norman Jones, *God And The Money Lenders: Usury And Law In Early Modern England*, Oxford, Basil Blackwell (1989), plus particulièrement les chapitres 2 et 3.

personne ou sur ses biens les voies d'exécution admises par les lois. Le droit coutumier ne prenait aucune mesure pour assurer l'égalité entre les créanciers et garantir la répartition proportionnelle entre eux du prix des biens du débiteur insolvable. Il ne fournissait non plus à celui-ci aucun moyen d'échapper aux poursuites de ses créanciers, tant qu'il n'avait pas intégralement acquitté ses dettes⁶⁸.

Ainsi, la loi de 1542 intitulée *An Act against such persons as do make Bankrupt*⁶⁹ est souvent considérée comme la première loi anglaise sur la faillite. Elle sanctionne par l'emprisonnement immédiat tout débiteur insolvable, tant honnête que malhonnête, tant réfractaire que malheureux, et par la confiscation de tous ses biens⁷⁰. Même si le crédit est généralement accessible en Angleterre, les débiteurs insolubles, commerçants ou non, sont traités comme des délinquants. En effet, cette loi considère le failli comme une personne qui vit dans la plénitude en empruntant l'argent d'autrui et qui tente délibérément de se cacher, de s'enfuir ou de ne pas payer ses dettes au préjudice de ses créanciers⁷¹. Outre la coercition exercée sur le débiteur afin de déterminer sa solvabilité, l'incarcération des débiteurs constitue une procédure visant à forcer le débiteur à se présenter « volontairement » devant la cour puisqu'elle était incompétente pour instruire les réclamations personnelles des créanciers, sauf si le défendeur comparait devant le juge⁷².

Ainsi, dès le XVI^e siècle, l'injustice et l'inefficacité de ces mesures sont évidentes pour toutes les parties concernées.

Les débiteurs pouvaient être ou bien honnêtes mais malchanceux, ou bien malhonnêtes, et, dans les deux cas, le droit s'avérait insuffisante. Le fait d'enfermer un débiteur honnête mais malchanceux dans une prison, où il allait devoir vivre d'aumônes ou à ses frais, ou mourir de faim, lui causait un grave préjudice sans apporter un quelconque avantage au créancier. Par ailleurs,

⁶⁸ Charles Lyon-Caen, *Loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883*, traduite et annotée, Paris, Imprimerie Nationale, 1888 à la p v.

⁶⁹ *The Bill agaynst Bankerupt, An Acte againste suche psones as doo make Bankerupt*, 1542 (R-U), 34 & 35 Hen VIII, c 4 [*An Act against such persons as do make Bankrupt*].

⁷⁰ Levinthal, « History of English Bankruptcy Law », *supra* note 53 ; Lyon-Caen, *supra* note 68.

⁷¹ *An Act against such persons as do make Bankrupt*, *supra* note 69, préambule (qui montre clairement qu'elle revêtait un caractère pénal incontestable) tel que cité et traduit dans Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p v (la loi qualifiait de *bankrupt* « celui qui, après avoir obtenu artificieusement du crédit, s'enfuyait subitement dans des lieux inconnus ou qui, restant chez lui, ne s'inquiétait pas de payer ses créanciers et consommait son actif en menant une vie de luxe et de plaisir, contre toute équité et conscience »).

⁷² Tamara Buckwold, *From Sherwood Forest to Saskatchewan: The Role of the Sheriff in a Redesigned Judgment Enforcement System* (2003) 66 Sask L Rev 219 aux para 24-25.

si le débiteur était une personne malhonnête, devenue insolvable par sa propre faute, il serait très vraisemblablement capable de cacher certains de ses revenus acquis malhonnêtement et de vivre en prison dans un confort relatif jusqu'à ce qu'il force ses créanciers à trouver un compromis [notre traduction]⁷³.

Malgré ces lacunes, la loi de 1542 renferme plusieurs éléments juridiques toujours présents dans la législation moderne en matière de faillite comme l'interrogatoire du débiteur, la nomination d'un syndic et les pénalités relatives à la fraude⁷⁴. En 1571, une nouvelle loi⁷⁵ limite d'abord l'application de la loi sur la banqueroute aux débiteurs commerçants frauduleux. Puis, elle dresse une liste d'actes (actes de faillite) qui entraînent la faillite du débiteur et, donc, son exposition éventuelle aux sanctions applicables. Enfin, elle permet au lord chancelier de nommer des commissaires chargés de saisir le patrimoine du débiteur et de distribuer proportionnellement entre les créanciers le produit de la vente de ses biens. Les débiteurs n'échappent toutefois pas aux poursuites des créanciers qui n'ont pas recouvré leur montant intégral⁷⁶.

Ainsi, pendant près de trois siècles, c'est-à-dire de 1571 à 1861, le droit anglais distingue entre les lois de banqueroute, appelées de nos jours lois sur la faillite, dirigées contre les débiteurs commerçants ayant commis des actes frauduleux (actes de faillite) et les lois sur l'insolvabilité concernant les débiteurs insolubles de bonne foi. Selon certains auteurs, « [l]e mot « faillite » vient du latin « fallere », c'est-à-dire tromper, et il désigne la situation du débiteur qui, trompant la confiance de ses créanciers, ne remplit pas ses engagements »⁷⁷. Contrairement aux lois sur la faillite, les lois sur l'insolvabilité d'abord adoptées en 1813 puis en 1838 visent plutôt à adoucir le traitement des personnes emprisonnées et à freiner les abus de la contrainte par corps⁷⁸.

En 1623, tout en priorisant les intérêts des créanciers, le principe de l'égalité des créanciers et de la distribution égalitaire du patrimoine du débiteur parmi tous les créanciers apparaît et s'installe en permanence dans le régime anglais de la faillite⁷⁹. Toutefois, tel que le mentionne Charley Del Marmol, « [l]es droits des

⁷³ Holdsworth, VIII, *supra* note 55 aux pp 232-33. Voir aussi Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 43, n 42.

⁷⁴ Marmol, *supra* note 4 à la p 13.

⁷⁵ *An Act touching Orders for Bankrupts*, 1571 (R-U), 13 Eliz, c 7.

⁷⁶ Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p vi.

⁷⁷ Ithurbide, *supra* note 21 à la p 3. Voir aussi Marmol, *supra* note 4 à la p 12 (l'étymologie de « bankrupt » et « banqueroute »).

⁷⁸ Albert Bohémier, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972 à la p 11. Voir aussi Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p vi (dans la doctrine française, le non-commerçant insolvable est dit en « déconfiture »).

⁷⁹ *An Act for the Description of a Bankrupt and Relief of Creditors*, 1623 (R-U), 21 Jac I, c 19, art 13 (il est intéressant de noter dans le préambule que l'objectif principal de la loi vise la

créanciers de profiter de la loi, en recevant une juste part, et des faillis d'être déchargés sont *coextensive and commensurate* »⁸⁰. Même si les véritables principes sous-jacents aux lois sur la faillite ne seront énoncés qu'un siècle plus tard par lord Hardwick, de nombreuses lois sont promulguées afin d'améliorer le sort du prisonnier détenu pour non-paiement de ses dettes, depuis l'adoption au XVI^e siècle des premières lois criminalisant la banqueroute. Par exemple, en 1670, la loi procède au classement des prisonniers et recommande que les prisonniers pour dettes ne soient pas emprisonnés dans la même cellule que les criminels⁸¹.

Tout en confirmant l'objectif visant à encourager la moralité commerciale et l'effet dissuasif des lois pour prévenir la fraude commerciale, la sévérité des dispositions existantes, qui ne distinguent aucunement entre le commerçant frauduleux et celui qui devient insolvable, résultat de diverses causes involontaires, suscite la controverse. De plus, l'intérêt des créanciers et la voie ouverte au progrès économique du pays commandent souvent que le droit favorise davantage l'allègement du sort de ces personnes insolubles et encourage l'initiative des commerçants⁸².

Ainsi, le premier reflet de cette nouvelle conception est la promulgation des lois de 1705⁸³ et 1706⁸⁴ qui instaurent provisoirement certaines dispositions limitées pour la libération des commerçants honnêtes. En cédant tous ses biens au profit des créanciers, le commerçant insolvable mais de bonne foi peut se soustraire aux poursuites des créanciers et se libérer de ses obligations contractées antérieurement pour autant qu'une majorité de ces derniers accepte la remise d'un certificat de conformité attestant sa bonne foi, son honnêteté et son observation des exigences de la loi⁸⁵. D'ailleurs, l'autorisation des créanciers concernant la remise du certificat de conformité est nécessaire jusqu'à l'édition

protection des intérêts des créanciers : « That all and singular the aforesaid Statutes and Laws heretofore made against Bankrupts for the Relief of Creditors, Shall be in all things largely and beneficially construed and expounded for the Aid Help and relief of the Creditors of such person or persons as already be or shall become a bankrupt »). Voir aussi Marmol, *supra* note 4 à la p 14.

⁸⁰ Marmol, *supra* note 4 à la p 23 (reprenant l'expression de lord Hardwick dans *Ex parte Gromme*, 1 Atk 115. Les Atkin's Reports date des années 1737 à 1754).

⁸¹ *An Act for the Relief and Release of poor distressed Prisoners for Debt*, 1670 (R-U), 22 & 23 Car II, c 20.

⁸² Marmol, *supra* note 4 à la 19 ; Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p vi.

⁸³ *An Act to prevent Frauds frequently committed by Bankrupts*, 1705 (R-U), 4 & 5 Ann, c 17. Voir généralement Ian F Fletcher, *The Law of Insolvency*, Londres, Sweet & Maxwell, 2009 aux pp 10-11.

⁸⁴ *An Act to explain and amend an Act of the last Session of Parliament for preventing Frauds frequently committed by Bankrupts*, 1706 (R-U), 6 Ann, c 22.

⁸⁵ Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp vi-vii.

de la loi de 1842, après quoi la libération du débiteur peut s'opérer sans le consentement des créanciers et malgré leur opposition⁸⁶.

Cette disposition était probablement la conséquence non seulement de la pitié, mais aussi du sentiment que le crédit commercial est consenti dans l'intérêt du créancier aussi bien que du débiteur, que l'octroi du crédit implique nécessairement un certain risque, qu'il doit appartenir au commerçant de se garantir contre cette perte en ajoutant un certain pourcentage au crédit qu'il accorde et que tout ce que le débiteur se doit de nantir est son domaine, non ses revenus futurs, et certainement pas sa liberté personnelle⁸⁷.

Jusqu'au XVIII^e siècle, les pays européens sont organisés dans une large mesure en fonction d'une société féodale et presque exclusivement agricole. Toutefois, les progrès scientifiques et médicaux, la révolution agricole ainsi qu'un accroissement de la population découlant des progrès humains caractérisés par la raréfaction des famines, le traitement amélioré des épidémies et les périodes temporaires de paix, contribuent à l'essor de la Révolution industrielle.

c) La Révolution industrielle

La réglementation médiévale de la production et la distribution de la richesse sont progressivement remplacées par la liberté du commerce et de l'industrie et, son corollaire, la libre concurrence ainsi que des formes embryonnaires d'entreprises et de sociétés commerciales. En outre, elles donnent naissance à la fois à une classe de grands capitalistes industriels et à une classe ouvrière d'industrie qui transforment la relation féodale de dépendance entre serfs et seigneurs en une relation soumise à la rémunération du travail⁸⁸.

L'ampleur des besoins financiers engendrés par la Révolution industrielle exige donc une accessibilité accrue au crédit. Parallèlement aux prêts des Monts-de-piété disponibles sur le continent, les prêteurs sur gages deviennent la banque des pauvres en Angleterre. Ces prêts sont réglementés par plusieurs lois, dont la loi anglaise de 1784⁸⁹, qui limite le taux d'intérêt à 20 % pour les petits prêts sur

⁸⁶ *An Act for the Relief of Insolvent Debtors Act, 1842 (R-U), 5 & 6 Vict, c 116 [Insolvent Debtors Act, 1842]* ; Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p vii.

⁸⁷ Levinthal, « History of English Bankruptcy Law », *supra* note 53 à la p 19.

⁸⁸ Voir généralement Arnold Toynbee, *Lectures on the Industrial Revolution in England, popular addresses, notes and other fragments*, Londres, Rivingtons, 1884.

⁸⁹ *An Act for the more effectual Punishment of Persons who shall attain, or attempt to attain Possession of Goods or Money, by false or untrue Pretences; for preventing the unlawful Pawning of Goods; for preventing the unlawful Pawning of Goods; for the early Redemption of Goods pawned; and for preventing Gaming in Public Houses, by Journey, Labourers, Servants and Apprentices, 1784 (R-U), 24 Geo III, c 42.*

gages et à 15 % pour les prêts moyens, tandis que les prêts plus importants peuvent se négocier librement⁹⁰. « Le pawnbroking, ou prêt sur gages, utilisé surtout par les femmes, est un phénomène essentiellement urbain qui connaît une forte expansion entre 1850 et la Première Guerre mondiale »⁹¹.

Influencées par la philosophie utilitariste de Jeremy Bentham qui préconise la liberté du marché dans les transactions financières, toutes les dispositions législatives réglementant l'usure sont abolies en 1854⁹², à l'exception des lois relatives aux prêteurs sur gages. « Il allait cependant devenir très rapidement clair que certains prêteurs abusaient de leur liberté nouvellement acquise lorsqu'ils faisaient affaire avec des emprunteurs dans le besoin, et le Parlement dût intervenir »⁹³. Ainsi, le *Moneylenders Act, 1900*⁹⁴ confère aux tribunaux le pouvoir d'accorder des mesures réparatrices lorsqu'ils considèrent que l'intérêt est excessif ou que la transaction est oppressive et exorbitante⁹⁵.

Au XVIII^e siècle, la contrainte par corps est encore considérée comme le mode ordinaire d'exécution forcée des créances et des jugements et le droit des créances et de l'insolvabilité se trouve dans un état lamentable⁹⁶.

Tout créancier ayant obtenu un jugement de condamnation pour une somme de 20 livres sterling au moins avait le droit de faire emprisonner son débiteur, et de le maintenir en prison jusqu'à ce que celui-ci eût payé sa dette. On voyait des débiteurs qui passaient trente et quarante ans en prison. Bien plus, même avant toute condamnation, un créancier pouvait faire emprisonner son débiteur, pour l'obliger à répondre à sa demande⁹⁷.

Pour corriger cette situation et redresser les abus liés à l'emprisonnement des débiteurs, lesquels privaient, d'ailleurs, les monarques d'hommes pour servir

⁹⁰ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 172.

⁹¹ *Ibid* à la p 172.

⁹² *Usury Laws Repeal Act, 1854*, *supra* note 66 ; Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 18.

⁹³ *Ibid*.

⁹⁴ *Money-lenders Act, 1900* (R-U), 63 & 64 Vict, c 51, art 1. La loi fut révisée en profondeur en 1927 par le *Moneylenders Act, 1927* (R-U), 17 & 18 Geo V, c 21 qui prévoit à l'article 10 qu'un taux d'intérêt de 48 % constitue une preuve par inférence que la transaction était exorbitante [*Moneylenders Acts, 1900 to 1927*].

⁹⁵ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 18.

⁹⁶ Fletcher, *supra* note 83 à la p 10.

⁹⁷ Lyon-Caen, *supra* note 68 à la p ix.

dans l'armée et la marine⁹⁸, une série de lois sur la faillite sont promulguées au XX^e siècle et fixent les balises du régime moderne de l'insolvabilité⁹⁹.

Une nouvelle procédure d'insolvabilité est instituée en 1813 afin d'alléger le traitement sévère des débiteurs honnêtes, commerçants ou non. Appelée *Lord Redesdale's Act*¹⁰⁰, la loi permet au débiteur emprisonné de présenter une demande de remise en liberté accompagnée d'une déclaration d'abandon de tous ses biens, sauf cas de fraude, de faute lourde ou de conduite répréhensible¹⁰¹. « Grâce à ce système, un créancier ne pouvait plus prolonger indéfiniment l'emprisonnement de son débiteur »¹⁰². Toutefois, contrairement à la procédure de la faillite applicable aux commerçants qui peut s'enclencher sans emprisonner le débiteur, la procédure applicable au non-commerçant nécessite encore l'emprisonnement¹⁰³. De surcroît, bien que la nouvelle procédure d'insolvabilité permette la libération du débiteur de la prison, celui-ci n'est pas pour autant libéré de la portion non acquittée de ses créances et ses biens peuvent être saisis de nouveau¹⁰⁴.

En 1825, le caractère pénal de la loi sur la banqueroute s'amenuise une fois de plus en permettant aux débiteurs d'avouer leur insolvabilité, de provoquer leur propre mise en faillite et d'obtenir la libération de leurs dettes. La seconde innovation de cette loi consiste en l'autorisation des arrangements privés entre le débiteur et ses créanciers, ce qui offre au débiteur le moyen légal d'éviter la faillite contre la cession de ses biens. Bien que cette loi introduise le principe de la réparation préventive dans la législation anglaise et permette au débiteur d'éviter l'emprisonnement, une telle solution de rechange nouvelle ne libère aucunement le débiteur de l'exécution forcée des créanciers subsistants¹⁰⁵.

Par la suite, la loi de 1842¹⁰⁶ crée un rapprochement entre les procédures de banqueroute et d'insolvabilité en prévoyant que toute personne insolvable, commerçante ou non, dont les dettes sont inférieures à 300 livres sterling, peut présenter une demande pour tirer immédiatement avantage de la procédure de l'insolvabilité sans être emprisonnée, comme le prévoyaient les lois précédentes sur l'insolvabilité¹⁰⁷.

⁹⁸ Bohémier, *supra* note 78 à la p 17 citant SW Holdsworth, *A History of English Law*, 3^e éd, Boston, Brown & Co, 1922, vol XI à la p 597.

⁹⁹ Fletcher, *supra* note 83 à la p 11.

¹⁰⁰ *An Act for the Relief of Insolvent Debtors in England, 1813* (R-U) 53 Geo III, c 102.

¹⁰¹ Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp ix-x.

¹⁰² *Ibid* à la p x.

¹⁰³ *Ibid* aux pp x-xi.

¹⁰⁴ *Ibid* aux pp xi-xii.

¹⁰⁵ Marmol, *supra* note 4 aux pp 24-25 ; Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp xiii-xiv.

¹⁰⁶ *Insolvent Debtors Act, 1842*, *supra* note 86.

¹⁰⁷ Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp xii-xiii.

Force est de constater que l'élan qu'a donné la Révolution industrielle à l'économie nationale a été la source de l'impulsion donnée à l'évolution juridique importante qu'a connu le droit de l'insolvabilité, tandis que les effets opposés des guerres napoléoniennes, de concert avec les aléas habituels qui affligent tous les secteurs de la société tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du domaine du commerce et des échanges, ont entraîné des périodes de graves difficultés économiques durant lesquelles plusieurs débiteurs, de même que ceux envers qui ils étaient endettés, ont éprouvé une très grande détresse que la loi était au départ incapable de traiter convenablement. Ainsi, pour le reste du 19^e siècle, le législateur est intervenu très souvent pour adapter et modifier la loi à la lumière de l'expérience, parfois en la modifiant de façon plutôt radicale, dans un effort pour trouver des solutions satisfaisantes à des problèmes graves et notoires [notre traduction]¹⁰⁸.

La convergence des deux procédures autorisées par le droit anglais s'est enfin opérée par la loi de 1861¹⁰⁹, en dépit du maintien de certaines règles régissant les débiteurs commerçants. Selon Charley Del Marmol, cette loi prévoit quatre modifications significatives : d'abord, l'extension de la loi sur la banqueroute aux non-commerçants et l'abrogation de la procédure de l'insolvabilité, ensuite, la substitution des certificats de conformité aux ordonnances de libération, puis, l'attribution au débiteur de plus grandes facilités pour obtenir une entente de paiement, appelée « concordat », ou un arrangement privé avec ses créanciers comprenant la cession de ses biens, enfin, le renforcement des droits des créanciers dans l'administration de la faillite¹¹⁰.

Bien que certaines restrictions fussent promulguées, telles celles prévues dans les lois de 1838¹¹¹ et de 1844¹¹², c'est la loi *The Debtors Act, 1869*¹¹³ qui abolit l'emprisonnement pour dettes civiles impayées. Toutefois, la loi sur les débiteurs de 1869 permet encore l'emprisonnement, pour une durée allant de un à deux ans, du débiteur frauduleux ou en fuite et du débiteur judiciaire d'une créance,

¹⁰⁸ Fletcher, *supra* note 83 à la p 11. Voir aussi Iain Ramsay, « Comparative consumer bankruptcy » (2007) 1 U Ill L Rev 241 à la p 272 [Ramsay, « Comparative consumer bankruptcy »].

¹⁰⁹ *An Act to amend the Law relating to Bankruptcy and Insolvency in England, 1861* (R-U), 24 & 25 Vict, c 134.

¹¹⁰ Marmol, *supra* note 4 à la p 28.

¹¹¹ *An Act for abolishing Arrest on Mesne Process in Civil Actions, except in certain Cases; for extending the Remedies of Creditors against the Property of Debtors; and for amending the Laws for the Relief of Insolvent Debtors in England, 1838* (R-U), 1 & 2 Vict, c 110.

¹¹² *An Act to amend the Law of Insolvency, Bankruptcy, and Execution, 1844* (R-U), 7 & 8 Vict, c 96.

¹¹³ *The Debtors Act, 1869* (R-U), 32 & 33 Vict, c 62, art 4-5.

lorsque la cour est convaincue qu'il possède la capacité de payer un jugement, mais qu'il refuse ou néglige de le satisfaire¹¹⁴.

L'entrée en vigueur de cette loi correspond également à l'entrée en vigueur de la loi consolidant le droit sur la faillite et intitulée *The Bankruptcy Act, 1869*¹¹⁵. Les lois précédentes de 1831 et 1861 étaient perçues comme étant très favorables aux débiteurs et avaient suscité de vives doléances de la part des créanciers. Ainsi, la loi de 1869 envisage une réforme importante qui place en grande partie l'administration des faillites dans les mains des créanciers et restreint la libération des débiteurs en l'assujettissant à un dividende représentant au moins 50 pour cent du passif total. De plus, elle abolit la faillite volontaire et enlève au débiteur le droit de solliciter lui-même sa mise en faillite.

Les résultats désastreux de ces réformes législatives et l'abus commis tant par les créanciers que par les débiteurs mènent à la conclusion inévitable que « le créancier n'était pas à même de s'occuper de la gestion de l'ensemble des biens du débiteur, ou même de nommer un mandataire sérieux pour ce faire [...] »¹¹⁶.

Afin de remédier aux lacunes et de moderniser le régime de la faillite au pays, la loi anglaise de 1883¹¹⁷ supprime finalement toutes les distinctions entre les non-commerçants et les commerçants et met en œuvre des réformes importantes. Charles Lyon-Caen résume les motivations sous-jacentes aux réformes de 1883 :

1. La faillite n'est pas une pure affaire d'intérêt privé. Il importe pour la moralité du commerce que l'autorité publique ait dans les faillites un pouvoir sérieux d'intervention. [...]
2. La surveillance à exercer sur l'administration des biens des débiteurs insolvable doit plutôt être confiée à une administration dont le chef est responsable devant le Parlement [...]
3. Il est juste et utile d'éviter le déshonneur de la faillite au débiteur malheureux et de bonne foi. Les créanciers eux-mêmes sont parfois intéressés à ce que la faillite ne soit pas déclarée; ils échappent ainsi aux frais et aux lenteurs qui y sont dans une certaine mesure inhérents. La loi elle-même doit s'occuper des liquidations ou arrangements amiables et des concordats préventifs de la faillite. Mais dans l'intérêt soit d'une légitime répression et de la moralité des affaires, soit de la minorité des créanciers, deux mesures essentielles doivent

¹¹⁴ *Ibid*, art 5, 11 – 15. Voir Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp xxii-xxiv ; Thomas Moffitt Stevens, *Éléments du droit commercial anglais*, Paris, V Giard & E Brière, 1909 aux pp 531-32.

¹¹⁵ *The Bankruptcy Act, 1869* (R-U), 32 & 33 Vict, c 71.

¹¹⁶ Marmol, *supra* note 4 aux pp 33, 30-34 ; Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp xx-xxvii.

¹¹⁷ *The Bankruptcy Act, 1883* (R-U), 46 & 47 Vict, c 52.

être prises [: l'interrogatoire du débiteur sur sa conduite, sa situation, les raisons de son insolvabilité et l'homologation judiciaire des mesures préventives qui lient tous les créanciers, mais interdits lors de fraude ou de fautes graves du débiteur.]

4. Il y a lieu d'admettre, conformément au principe introduit sous le règne de la reine Anne, que le débiteur peut être libéré de l'excédent de ses dettes sur son actif par une décision de l'autorité judiciaire. Cet ordre de décharge ne doit pas être subordonné à la distribution d'un dividende minimum fixé par la loi. [...] Mais il faut déterminer un assez grand nombre de cas dans lesquels le débiteur, à raison de ses fautes ou de ses fraudes, ou ne peut obtenir sa décharge, ou ne peut l'obtenir qu'avec certaines restrictions.¹¹⁸

Selon Ian Fletcher, le droit sur l'insolvabilité personnelle atteint avec la loi de 1883 un stade de développement que l'on reconnaît encore aujourd'hui¹¹⁹.

Parallèlement à l'économie florissante de l'Angleterre, le développement économique en France progresse lentement. Malgré l'implantation à partir de 1577 des Monts-de-piété, établissements publics à but non lucratif de prêts sur gage à taux bas, les conditions d'admissibilité à un prêt demeurent très rigoureuses. Compte tenu de l'inaccessibilité du crédit à la consommation en France jusqu'au XIX^e siècle, l'épargne et l'héritage sont les moyens privilégiés auxquels on recourt pour les grandes dépenses des ménages¹²⁰.

Au XVII^e siècle, la population française, majoritairement catholique, se méfie grandement du crédit. L'interdiction du prêt à intérêt devient un obstacle au développement économique et à la modernisation¹²¹. Son pouvoir d'achat étant réduit, la population achète peu de produits industriels puisqu'ils ne sont pas indispensables à la vie et qu'ils peuvent être remplacés par des produits fabriqués de manière artisanale¹²².

Tout au long du XVII^e siècle, l'écart ne fait que se creuser. La médiocrité de l'horizon économique français se lie intimement à l'étroitesse de la formation des marchands et manufacturiers, à leur retard dans la science des affaires, à leur réticence dans l'usage des instruments de paiement et de crédit, depuis longtemps familier aux étrangers. [...] Au début du XVII^e siècle, les méthodes de l'agriculture demeurent traditionnelles et les

¹¹⁸ Lyon-Caen, *supra* note 68 aux pp xxviii-xxx.

¹¹⁹ Fletcher, *supra* note 83 à la p 11.

¹²⁰ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 164, 180-181.

¹²¹ *Ibid* à la p 96

¹²² Guy Lemarchand, *L'économie en France de 1770 à 1830*, Paris, A Colin, 2008 à la p 53.

rendements médiocres ; la métallurgie paraît archaïque par rapport aux innovations anglaises ; la marine compte trop peu de navires, l'organisation bancaire et boursière est inexistante, les compagnies de commerce, rares et éphémères, ne réunissent que des associés peu nombreux et des capitaux peu importants. [...] L'interdiction du prêt à intérêt [...] entrave le développement des compagnies, gêne la circulation des billets de commerce et des lettres de change d'une place à une autre du royaume¹²³.

Non seulement la France est-elle à cette époque une société principalement agricole, mais aussi ses récoltes sont surtout destinées à l'autoconsommation plutôt qu'à des fins commerciales¹²⁴. Aussi traverse-t-elle à la fin du XVI^e siècle et durant le XVII^e siècle une ère de dépression causée par les guerres, les révoltes, les mauvaises récoltes, les disettes, les épidémies et une série climatique défavorable qui force la paysannerie à s'endetter et entraîne la paupérisation des masses rurales¹²⁵.

De surcroît, sous l'influence de l'Église catholique qui conteste publiquement l'usure, c'est-à-dire tout prêt qui vise plus que le simple retour du capital¹²⁶, les rois français promulguent entre 1567 et 1673 différents textes législatifs et ordonnent que la faillite frauduleuse soit punie de manière exemplaire ou par la peine capitale¹²⁷. Toutefois, René Ithurbide explique qu'en fait

la peine de mort était rarement appliquée. On soumettait le condamné à la cérémonie du repentir. Par exemple, il était exposé au pied du grand escalier du Palais, en chemise, la corde au cou, tenant une assez lourde torche ardente à la main, ayant un

¹²³ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 96 ; Françoise Bayard et Philippe Guignet, *L'économie française aux XVI^e – XVII^e – XVIII^e siècles*, Gap (France), Ophrys, 1991 aux pp 15-17.

¹²⁴ *Ibid* aux pp 15-16.

¹²⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 98-100.

¹²⁶ *Ibid* à la p 106.

¹²⁷ Ithurbide, *supra* note 21 aux pp 5-6 :

Charles IX, en 1560, dans l'acte de constitution de la régence, avait ainsi rédigé l'article 143 : « *Tous banqueroutiers qui feront faillite en fraude seront punis extraordinairement et capitalement* » [...] Henri IV, dans son édit enregistré au Parlement, le 4 juin 1609, s'étendait un peu plus : [...] « *Conformément à l'ordonnance de notre dit sieur et frère sur les plaintes des États tenus à Orléans, il soit extraordinairement procédé contre les banqueroutiers et débiteurs faisant faillite et cession de biens en fraude de leurs créanciers, fraude étant prouvée, exemplairement punis de mort comme voleurs, affronteurs publics...* » L'article 153 de l'ordonnance de janvier 1629 de Louis XII exprimait : « Les banqueroutiers qui feront faillite en fraude seront punis extraordinairement. » Et Louis XIV, dans l'article 12 de l'ordonnance de 1673, punissait de la peine capitale les banqueroutiers frauduleux.

écriteau devant et un autre derrière rappelant sa faute et sa condamnation¹²⁸.

Ainsi, le prêt à intérêt reste officiellement proscrit jusqu'à la Révolution française de 1789 et le risque du créancier se multiplie : il est impossible de recouvrer les intérêts devant les tribunaux et le débiteur qui les a indûment payés peut même tenter une action contre lui¹²⁹. De plus, le droit civil français fondé jusqu'au XVII^e siècle sur les principes de la *Loi des Douze Tables* confond la dette au délit de larcin. Par conséquent, le droit ne reconnaissant pas leurs créances, les créanciers ont recours à d'autres instruments juridiques comme les gages et les sûretés avec ou sans dépossession avec leur droit de rétention¹³⁰.

Mais, « [l]e droit ignorait obstinément l'immense misère de la lie du peuple dont le salut dépendait souvent d'un emprunt chez l'usurier local »¹³¹. Bien que l'usure soit interdite, la défaillance des débiteurs est punie sévèrement et le débiteur peut être stigmatisé selon les coutumes locales existantes tels le fer rouge à l'épaule, le port du carcan sur la place publique, l'exposition au pilori et la lapidation par les créanciers.

Afin d'éviter l'emprisonnement, vestige de la contrainte par corps des Romains, le débiteur a encore recours à deux techniques remontant au Moyen Âge : les lettres de répit et la cession de biens¹³². À partir du XIV^e siècle, leur usage est répandu en France, mais connaît un déclin concomitant vers le XVIII^e siècle causé d'abord par l'indifférence à l'égard des débiteurs, puis par la raréfaction de l'emprisonnement des débiteurs insolvables¹³³.

Influencée par les philosophies et les réformes gouvernementales d'Anne-Robert-Jacques Turgot, homme politique et économiste français, l'Assemblée constituante de 1789 proclame, à la suite de la Révolution française, la liberté de la propriété, du travail, du commerce et du crédit. Le prêt à intérêt est donc

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 113.

¹³⁰ Desurvire, *supra* note 13 à la p 27.

¹³¹ *Ibid* à la p 28.

¹³² *Ibid* à la p 33 ; *Ordonnance du commerce de 1673* dans François-André Isambert, Decrusy et Alphonse-Honoré Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t 19, Paris, Belin-Leprieur, 1821-1833 à la p 92 (codifie les règles de la faillite y compris l'égalité des créanciers, le recours aux « lettres de répis » au titre VI, à la cession des biens et à l'accord concordataire avec la « masse » des créanciers au titre V). Toutefois, la faillite se distingue de la banqueroute, qui exige une faute volontairement provoquée par « des entreprises téméraires et des engagement indiscrets ». La banqueroute frauduleuse est encore punissable de mort ou de condamnation aux galères.

¹³³ Jean-Louis Thireau, « Techniques et procédures de désendettement dans l'ancien droit français » dans Michel Gardaz, dir, *Le surendettement des particuliers*, Paris, Anthropos, 1997 à la p 129. Voir généralement *ibid* aux pp 127-152.

légalisé en 1804¹³⁴. Le renversement majeur de moralité commerciale au sein de la législation napoléonienne se propage bientôt dans toute l'Europe méditerranéenne et « l'Église, sans se rétracter, se limite dorénavant à condamner les taux d'intérêt exagérés »¹³⁵.

Malgré la libéralisation du crédit, le *Code civil des Français* de 1804 s'intéresse peu à la situation des débiteurs et ne prévoit qu'un pouvoir limité au juge d'accorder des délais modérés de trois mois au plus « en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve »¹³⁶. Cette indifférence se justifie en raison de la stricte répartition des rôles sur le marché monétaire : l'endettement est réservé aux commerçants et aux industriels, tandis que le particulier doit recourir à l'épargne¹³⁷. Le nouveau *Code civil* prévoit aussi la cession du patrimoine du débiteur aux créanciers, ce qui permet d'éviter l'emprisonnement, mais ne libère le débiteur qu'à concurrence de la valeur des biens cédés¹³⁸.

En 1807, la procédure de la faillite prévue au *Code du commerce* est très stricte à l'égard du débiteur puisqu'elle vise à respecter les droits des créanciers. Elle prévoit l'emprisonnement préventif des débiteurs pour la préservation de l'actif et une généralisation des peines les plus lourdes qui réduit la liberté des juges d'apprécier le comportement du débiteur¹³⁹.

Réné Ithurbide explique les motivations qui ont suscité les réformes du XIX^e siècle :

Depuis les ordonnances de Louis XIV [...], le commerce s'amplifiait. Des réformes étaient devenues nécessaires. Cependant, le législateur agissait avec prudence pour éviter une sévérité excessive ou une indulgence dangereuse. Le principe était de protéger le commerçant malheureux et de bonne foi, mais de livrer à la justice criminelle le fraudeur ou le coupable d'inconduite¹⁴⁰.

Après la réforme de 1837, les créanciers et les tribunaux envisagent la possibilité de recevoir des dividendes futurs sous forme de concordats plutôt que de punir le failli par l'emprisonnement¹⁴¹. Enfin, cette méthode d'exécution forcée de

¹³⁴ *Code civil des Français (1804-1807)*, art 1905 (« Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières »).

¹³⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 120.

¹³⁶ *Code civil des Français (1804-1807)*, art 1244.

¹³⁷ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 45.

¹³⁸ *Code civil des Français (1804-1807)*, art 1265-1270.

¹³⁹ Hautcoeur et Levratto, *supra* note 58 à la p 160.

¹⁴⁰ Ithurbide, *supra* note 21 à la p 7.

¹⁴¹ Hautcoeur et Levratto, *supra* note 58 à la p 162.

créances couramment pratiquée sous l'ancien droit est abolie à deux brèves reprises, en 1793 et en 1848, puis supprimée définitivement en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867¹⁴².

Afin d'éviter au débiteur la procédure de la faillite et la honte de voir son jugement en faillite publié, la loi de 1889 prévoit, d'une part, la mise en place d'un concordat, qui, advenant son échec, conduit à la faillite. Par ailleurs, le débiteur peut solliciter la liquidation judiciaire, soit une faveur de la cour, sous réserve des requêtes des créanciers pour sa mise en faillite. « En cas de faillite, le débiteur était présumé en faute, même s'il n'avait commis aucune infraction pénale. Il était automatiquement frappé de déchéance et d'incapacité. Il était privé de tous les droits de citoyen français »¹⁴³. Toutes ces déchéances tant politiques, économiques que juridiques subsistaient tant que le failli n'avait pas obtenu sa réhabilitation par le paiement intégral des dettes ou la réhabilitation de droit accordée après dix ans pour le failli non banqueroutier et le liquidé judiciaire.

En Europe, malgré une idéologie peu favorable et une méfiance incontestable à l'égard du crédit, une nouvelle forme de crédit apparaît au milieu du XIX^e siècle¹⁴⁴. Type de crédit dans lequel le consommateur prend tout de suite possession du bien contre paiement d'un montant modéré et la promesse de rembourser le solde dans la période déterminée, la vente à tempérament devient un outil idéal pour rendre les biens plus accessibles à la population¹⁴⁵. Par conséquent, son arrivée a permis que le niveau de vie s'améliore et que le crédit ne soit plus utilisé uniquement pour subvenir à des besoins, mais également pour acheter des biens d'équipement et pour améliorer les conditions de vie¹⁴⁶. Selon Maria Gelpi et François Julien-Labruyère, le développement du crédit à la consommation dans le monde trouve son assise principale dans la vente à tempérament¹⁴⁷.

De l'autre côté de l'océan, l'emprisonnement des débiteurs est autorisé dans toutes les colonies anglaises et, par la suite, dans tous les États américains et le Dominion canadien¹⁴⁸. « Soumises à un régime plus sévère que le droit anglais de l'époque, les anciennes colonies britanniques de l'Amérique du Nord sont régies

¹⁴² *Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps* dans *Bulletin des lois de l'Empire français*, t 30, Paris, Imprimerie impériale, 1868, à la p 53. Voir aussi Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 44.

¹⁴³ Ithurbide, *supra* note 21 à la p 9.

¹⁴⁴ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 175, 183.

¹⁴⁵ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 23.

¹⁴⁶ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 177.

¹⁴⁷ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 137.

¹⁴⁸ Bruce H Mann, *Republic of Debtors, Bankruptcy in the Age of American Independence*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2002 à la p 79.

par des lois sur les dettes extrêmement dures et le défaut de paiement était généralement sanctionné par l'emprisonnement »¹⁴⁹.

Vers le milieu du XVIII^e siècle, les planteurs du Sud sont très endettés envers des maisons de commerce anglaises, mais réussissent à faire voter des lois favorables aux débiteurs du nouveau territoire par les législatures des États du Sud dont le contrôle leur appartient. Ainsi, les premières lois américaines sur la faillite visent à instaurer des moyens de réduire leur endettement en « facilitant le paiement des arriérés par l'émission surabondante de papier-monnaie, rendant la banqueroute aisée et multipliant les mesures défavorables aux créanciers non résidents, ou en [...] autorisant le paiement des dettes en une monnaie de valeur inférieure à celle qui était stipulée »¹⁵⁰. Cette clémence à l'égard des débiteurs entraîne des répercussions profondes sur toute la législation postérieure tant américaine que canadienne¹⁵¹.

Après la Déclaration d'indépendance en 1776, les créanciers anglais sont progressivement remplacés par des capitalistes américains. L'opposition de ces derniers aux lois protégeant les intérêts des débiteurs contribue à l'attribution de la compétence en matière de faillite au gouvernement fédéral dans la Constitution américaine de 1787. Il n'est donc guère surprenant que la loi fédérale de 1800¹⁵², applicable seulement aux commerçants, marchands et courtiers, soit favorable aux créanciers ; elle ne prévoit aucune disposition relative aux faillites volontaires des débiteurs et la libération n'est que rarement accordée¹⁵³. Elle est toutefois abrogée en 1803 et, jusqu'en 1841, aucune autre loi fédérale ne sera adoptée en matière de faillite, laissant ainsi la voie libre aux États, qui en profitent pour édicter des lois favorables à la libération des dettes du débiteur¹⁵⁴.

En réponse à la nouvelle crise économique et financière de 1837, un renversement complet dans le traitement du débiteur insolvable s'opère¹⁵⁵. La faillite volontaire aux États-Unis est autorisée par les lois fédérales de 1841¹⁵⁶ et de 1867¹⁵⁷. Ainsi, la libération du débiteur qui renonce à ses éléments d'actif et

¹⁴⁹ Marmol, *supra* note 4 à la p 47.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid* à la p 48.

¹⁵² *An Act to establish a uniform system of bankruptcy throughout the United States*, c 19, 2 Stat 19 (1800).

¹⁵³ Marmol, *supra* note 4 aux pp 65-66.

¹⁵⁴ *Ibid* à la p 66.

¹⁵⁵ *Ibid* à la p 67.

¹⁵⁶ *An Act to establish a uniform system of bankruptcy throughout the United States*, c 9, §1, 5 Stat 440 (1841), abrogée 1843.

¹⁵⁷ *An Act to establish a uniform system of bankruptcy throughout the United States*, c 176, §11, 14 Stat 517 à la p 521 (1867), abrogée 1878 [*Bankruptcy Act, 1867*].

se conforme aux directives du tribunal est autorisée sans le consentement des créanciers, infligeant ainsi des pertes importantes aux financiers.

En effet, la loi de 1841 n'exige plus le consentement des créanciers pour accorder la libération du débiteur et le jury peut l'accorder, s'il est convaincu que le débiteur a abandonné ses biens et a observé les lignes de conduite judiciaires¹⁵⁸. Par conséquent, en quelques années, la loi de 1841 permet à plus de 34 000 débiteurs d'obtenir une libération, tandis que les créanciers perdent plus de 400 millions de dollars¹⁵⁹. Or, une fois l'objectif atteint de venir en aide aux débiteurs, la loi fédérale est abrogée en 1843.

Malgré son départ précaire, la législation américaine en matière de faillite depuis 1841 a pratiquement toujours privilégié, de façon générale, la libération et la réhabilitation du débiteur et, ainsi, son retour sur le marché, à l'exception de la brève période entre 1867 et 1874 à la suite de la première crise mondiale financière et monétaire de 1857 provoquée par le déclin de l'économie internationale et de la surexpansion de l'économie domestique¹⁶⁰.

Quant à la loi de 1867, elle ne permet plus au débiteur insolvable de présenter une demande de libération, si sa dette ne dépasse pas plus de 300 \$ et à moins que la majorité des créanciers y consentent, la libération du débiteur n'est plus accordée, si le débiteur ne paie pas plus de 50 % du passif¹⁶¹. Considérée par plusieurs comme une loi trop sévère à l'égard du débiteur, la loi de 1867¹⁶² est modifiée en 1874 après la nouvelle panique économique de 1873 par une loi qui lui permet d'éviter la procédure de la faillite par une entente de paiement appelée « concordat », que le droit anglais connaissait depuis 1825¹⁶³. La loi fédérale de 1874¹⁶⁴ est toutefois abrogée le 7 juin 1878.

En ce qui concerne l'accès au crédit, les États-Unis semblent toujours avoir été très ouverts à cet égard. En effet, entre le début du XIX^e siècle et la guerre de Sécession (de 1861 à 1865), le crédit se développe et se diversifie en des formes nouvelles de crédit qui apparaissent dans le marché¹⁶⁵. La vente à tempérament, qui permet au créancier de rester propriétaire du bien jusqu'à ce que le débiteur le rembourse, prévoit un taux d'intérêt dans le prix du bien, ce qui permet

¹⁵⁸ Marmol, *supra* note 4 à la p 67.

¹⁵⁹ PJ Coleman, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy 1607–1900*, Madison, State Historical Society of Wisconsin, 1974 aux pp 287-88 tel que cité dans Jacob Ziegel, *Comparative Consumer Insolvency Regimes – A Canadian Perspective*, Oxford (R-U), Hart Publishing, 2003 à la p 55, n 11 [Ziegel, *Canadian Perspective*].

¹⁶⁰ Marmol, *supra* note 4 à la p 72.

¹⁶¹ *Ibid* aux pp 67- 68.

¹⁶² *Bankruptcy Act, 1867*, *supra* note 156.

¹⁶³ Marmol, *supra* note 4 à la p 68.

¹⁶⁴ *Act of June 22, 1874*, c 390, §17, 18 Stat 178.

¹⁶⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 137-38.

d'échapper aux lois qui réglementent l'usure. Après la guerre de Sécession, la vente à tempérament se développe très vite et s'étend aux fabricants de meubles. Avec l'augmentation rapide de l'industrialisation, l'utilisation de l'électricité et de la concentration urbaine, l'utilisation du crédit des commerçants pour l'achat d'articles ménagers se normalise.

Ainsi, à la fin du XIX^e siècle, l'économie américaine passe d'une économie principalement agraire à une économie fondée sur le commerce, et la pression s'accroît pour que soit instauré un régime de faillite qui favorise le crédit, le commerce et la croissance économique¹⁶⁶. La plus grande accessibilité au crédit harmonise la libération judiciaire des débiteurs insolubles avec l'environnement commercial contemporain. Il en résulte l'adoption du *Bankruptcy Act* de 1898¹⁶⁷, loi qui vise essentiellement à assurer le remboursement équitable des créanciers tout en libérant le débiteur des dettes qu'il lui est impossible de payer¹⁶⁸. Bien qu'elle suscite de nombreuses critiques,

les besoins de la vie économique moderne, le développement intensif de toutes les branches de l'activité industrielle, commerciale et professionnelle, firent ressortir davantage les inconvénients de l'absence de loi fédérale; par les amendements successifs en 1903, 1906, 1910, 1917, 1922, 1926, 1933 et 1945, le Congrès s'efforça d'améliorer son travail de 1898¹⁶⁹.

Les lois antérieures et le *Bankruptcy Act* de 1898, communément appelé le *Nelson Act*, établissent aux États-Unis le fondement conceptuel des relations modernes entre les débiteurs et les créanciers.

Les colonies de l'Amérique du Nord britannique, tant américaines que canadiennes, ont reçu de la Grande-Bretagne leur droit sur la faillite, lequel priorise les intérêts des créanciers et sanctionne l'insolvabilité des débiteurs. Par conséquent, le droit anglais s'applique dans le cas d'une lacune de législation provinciale. Les colonies canadiennes ont cependant adopté une variété de lois qui régissent la faillite, mais cette législation n'est pas uniforme et favorise le respect des droits des créanciers puisqu'elles ne prévoient pas de cession volontaire des biens menant à la libération du débiteur. Après la Confédération de 1867, le nouveau Dominion du Canada, dans le cadre de sa nouvelle compétence fédérale en matière de banqueroute et de faillite, adopte les lois intitulées *Insolvent Act* de 1869¹⁷⁰ et de 1875¹⁷¹, qui ne sont pas différentes des

¹⁶⁶ Janis Sarra, « Book Review of *Debt's Dominion, A History of Bankruptcy Law in America* by David A. Skeel » (2003), 41 Osgoode Hall LJ 734 au para 4 [Sarra, "Book Review of *Debt's Dominion*"].

¹⁶⁷ *Bankruptcy Act of 1898*, c 541, 30 Stat 544, abrogée 1978.

¹⁶⁸ Sarra, « Book Review of *Debt's Dominion* », *supra* note 166.

¹⁶⁹ Marmol, *supra* note 4 à la p 71.

¹⁷⁰ *Insolvent Act*, LC 1869, c 16.

lois antérieures, n'étant applicables qu'aux commerçants et ne prévoyant aucune disposition relative aux faillites volontaires¹⁷².

Selon Thomas Telfer, la législation canadienne du XIX^e siècle sur la faillite n'est jamais acceptée comme moyen pour distribuer les éléments d'actif aux créanciers ou de fournir au débiteur un nouveau départ puisque la libération de ce dernier déroge aux relations locales entre créanciers et débiteurs qui se fondent sur la confiance et l'obligation morale de payer ses dettes¹⁷³. En effet, le débat polarisé entre les partisans et les adversaires de la libération du débiteur oppose la libération que mérite un débiteur malchanceux à l'obligation morale du débiteur de repayer les dettes¹⁷⁴. L'absence d'un marché national, l'opposition des provinces de l'Ouest à toute législation fondée sur les intérêts commerciaux du Centre du Canada, l'opposition généralisée à la libération du débiteur sans le consentement des créanciers et l'existence de lois provinciales qui réglementent l'insolvabilité des débiteurs contribuent toutes à l'abrogation de la loi fédérale en 1880 et à l'abandon par le Parlement canadien de sa compétence constitutionnelle en matière de faillite et d'insolvabilité jusqu'en 1919, année marquant l'édiction d'une nouvelle loi fédérale¹⁷⁵.

Entre 1880 et 1919, plusieurs lois provinciales, encore en vigueur aujourd'hui sous la forme de lois sur le désintéressement des créanciers, sont donc édictées pour permettre au débiteur insolvable de subvenir à ses besoins en raison de la sévérité du droit anglais en matière d'insolvabilité. Par exemple, le législateur du Nouveau-Brunswick, en adoptant *An Act with respect to Insolvent Confined Debtors*¹⁷⁶, et celui de la Nouvelle-Écosse, en adoptant *An Act for the Relief of Insolvent Debtors*¹⁷⁷, ont entendu venir en aide au débiteur emprisonné pour ses dettes en forçant le créancier à lui verser une indemnité pour lui permettre de survivre¹⁷⁸.

Quant au crédit à la consommation, même si certaines limites plafonnaient les taux d'intérêt avant 1856 au Haut et au Bas-Canada, seules les provinces Maritimes disposaient de 1856 jusqu'en 1890 d'une loi qui limitait les taux d'intérêt¹⁷⁹. En 1890, les dispositions de la *Loi sur l'intérêt*¹⁸⁰, qui avaient codifié

¹⁷¹ *Insolvent Act*, LC 1875, c 16.

¹⁷² Ziegel, *Canadian Perspective*, supra note 159 à la p 13.

¹⁷³ Thomas Telfer, « The History of Canadian Bankruptcy Law 1867-1919 » (2000) 45 McGill LJ 1103-1104 [Telfer, « Thesis Survey »].

¹⁷⁴ Thomas Telfer, « Ideas, Interests, Institutions and the History of Canadian Bankruptcy Law, 1867-1880 » (Printemps, 2010) 60 UTLJ à la p 606.

¹⁷⁵ Ziegel, *Canadian Perspective*, supra note 159 à la p 14.

¹⁷⁶ *An Act with respect to Insolvent Confined Debtors*, LRNB 1854, c 124.

¹⁷⁷ *An Act for the Relief of Insolvent Debtors*, RSNS 1851, c 137 ; RSNS 1864, c 137.

¹⁷⁸ Bohémier, supra note 78 aux pp 12-13.

¹⁷⁹ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », supra note 16 à la p 19.

¹⁸⁰ LC 1890, c 34.

les plafonds provinciaux, ont été abrogées. Toutefois, l'arrivée du XX^e siècle suscite l'édiction de la *Loi sur les prêteurs d'argent* afin de protéger les petits emprunteurs; elle prévoit un taux d'intérêt annuel maximal de 12 % sur les prêts de moins de 500 \$¹⁸¹.

Conformément à l'objectif visant à réglementer le crédit, l'Angleterre entre dans le XX^e siècle en édictant les *Moneylenders Acts, 1900 to 1927*¹⁸², qui habilite les tribunaux anglais à accorder certaines mesures réparatrices lorsqu'ils jugent que l'intérêt est excessif ou que l'échange s'avère déraisonnable, comme des taux d'intérêt de 48 %¹⁸³.

d) Le XX^e siècle et la percée du crédit à la consommation

Au début du XX^e siècle, le gouvernement du Canada réaffirme sa compétence après la Première Guerre mondiale lorsque se manifeste un regain d'intérêt pour l'adoption d'une loi fédérale en matière de faillite, lequel est suscité en partie par un nouveau marché national et international en expansion¹⁸⁴. Selon Thomas Telfer, plusieurs facteurs expliquent le succès de ce projet de loi¹⁸⁵. Tout d'abord, le traitement des débiteurs insolvables par les lois provinciales se révèle insuffisant. Bien que les provinces aient tenté de réglementer le domaine de la faillite et de l'insolvabilité depuis l'abrogation de la loi fédérale sur l'insolvabilité en 1880, les déficiences législatives, dont leur manque d'uniformité, sont plus flagrantes depuis l'accroissement du commerce interprovincial. L'insuffisance de la législation provinciale ainsi que le ralentissement économique avant la Première Guerre mondiale de même que l'incertitude économique causée par la guerre provoquent des demandes croissantes pour que soit établi un régime national uniforme prévoyant la libération des débiteurs insolvables et la cession obligatoire de leurs biens.

Puisque la relation de crédit entre débiteur et créancier relève maintenant beaucoup moins des individus qui la composent, rendant ainsi la libération du

¹⁸¹ LRC 1906, c 122 ; Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 19.

¹⁸² *Moneylenders Acts, 1900 to 1927*, *supra* note 94.

¹⁸³ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 18.

¹⁸⁴ Thomas GW Telfer, *L'évolution du droit de la faillite au Canada de 1867 à 1919 : Le triomphe du modèle provincial* à la p 28, en ligne : ACPIR <http://www.cairp.ca/_files/file.php?fileid=filebsugQVTQqj&filename=file_Telfer_paper_Eng_FINAL_w_cover.pdf> ; « The Evolution of Bankruptcy Exemption Law in Canada 1867-1919: The Triumph of the Provincial Model » dans Janis P Sarra, éd, *Annual Review of Insolvency Law 2007*, Toronto, Carswell, 2008 593 à la p 621.

¹⁸⁵ Thomas GW Telfer, « The Canadian Bankruptcy Act of 1919: Public Legislation or Private Interest » (1994-1995) 24 Can Bus LJ 357 à la p 358 citant Lewis Duncan et William John Reilly, *Bankruptcy in Canada: being the Bankruptcy Act and the Companies Creditors Arrangement Act 1933*, 2^eéd, Toronto, Canadian Legal Authors, 1933 aux pp 16-18.

débiteur plus acceptable, la nouvelle *Loi concernant la faillite*¹⁸⁶ de 1919 permet enfin la cession volontaire des biens par le débiteur, suivie d'une libération de ses dettes, qui pouvait être absolue, conditionnelle ou suspendue à l'appréciation de la cour¹⁸⁷. Pour Jacob Ziegel, la structure conceptuelle de la loi de 1919 a été conservée et continue d'alimenter la loi canadienne actuelle sur l'insolvabilité et la faillite¹⁸⁸.

L'évolution du régime de la faillite se poursuit également aux États-Unis en réaction aux conjonctures économiques et politiques de l'époque. Tel qu'il a été mentionné précédemment, cinq modifications à la loi américaine de 1898 sur la faillite sont édictées entre 1903 et 1922 afin de rendre la procédure plus rigoureuse à l'endroit des débiteurs, notamment en ce qui a trait aux actes de faillite, à la libération des faillis et au traitement des débiteurs malhonnêtes¹⁸⁹.

Parallèlement à l'évolution du droit de la faillite, le crédit à la consommation progresse également, se diversifie et est réglementé par les autorités législatives. Au Canada, entre 1867 et 1967, date de l'abolition du plafond pour les prêts non commerciaux, l'*Acte concernant les banques*¹⁹⁰ limite le taux d'intérêt des banques à 7 %. De plus, la *Loi des prêteurs sur gages*¹⁹¹ limite les demandes des prêteurs au taux mensuel de cinq cents par tranche de quatre dollars, si le prêt excède vingt dollars, tandis que la *Loi sur les petits prêts, 1939* permet aux consommateurs à faible revenu d'obtenir des prêts et, du même coup, fixe le taux d'intérêt mensuel maximal à 2 %, suffisamment élevé pour favoriser l'établissement des grosses entreprises de financement américaines au Canada¹⁹².

Aux États-Unis, les plafonds sur les taux d'intérêt sont demeurés en vigueur dans différents États bien plus longtemps qu'au Canada ou en Angleterre, et visaient tout autant les prêts commerciaux que les prêts de consommation. Une des conséquences de cette absence de différenciation était que les prêteurs dûment habilités et les banquiers refusaient de consentir des petits prêts, ce qui poussait les consommateurs à faibles revenus entre les mains des prêteurs non habilités [c'est-à-dire les usuriers]. La situation allait changer au cours du premier quart du 20^{ème} siècle avec

¹⁸⁶ *Loi concernant la faillite*, LC 1919, c 36.

¹⁸⁷ Telfer, « Thesis Survey », supra note 173.

¹⁸⁸ Ziegel, *Canadian Perspective*, supra note 159 à la p 14.

¹⁸⁹ Marmol, supra note 4 à la p 71.

¹⁹⁰ *Acte concernant les banques*, LC 1867, c 11, art 17.

¹⁹¹ *Loi des prêteurs sur gages*, LRC 1906, c 121, art 4.

¹⁹² *Loi sur les petits prêts, 1939*, LC 1939, c 23 ; Ziegel, « Insolvabilité personnelle », supra note 16 à la p 28 ; Mary Anne Waldron, *Law of Interest in Canada*, Scarborough, Carswell, 1992 aux pp 10-11, 15.

l'adoption par la plupart des États de la loi uniforme sur les petits prêts et ses taux beaucoup plus raisonnables¹⁹³.

D'ailleurs, jusqu'aux années 1980, la plupart des sociétés économiquement développées, sinon toutes, réglementaient rigoureusement les marchés du crédit à la consommation¹⁹⁴. Malgré cette réglementation, l'essor des marchés du crédit à la consommation ne subit aucun ralentissement et est dirigé par les États-Unis, lequel, dans l'ère postcoloniale, accorde une plus grande ouverture aux prêts à intérêt qu'en Angleterre ou en France.

Dans les années 1920, les commerçants qui recourent de plus en plus au crédit ou à la vente à tempérament, tel qu'on l'appelait alors, sont des fabricants d'automobiles et d'appareils ménagers¹⁹⁵. Cette innovation commerciale qui vise l'acquisition de biens dont le prix s'acquitte par versements périodiques est considérée par certains comme une démocratisation de l'accès aux biens de consommation puisqu'elle permet l'achat courant d'articles autrefois réservés aux titulaires d'actifs liquides¹⁹⁶. L'augmentation du volume de vente au détail conduit à des profits plus élevés et incite, par conséquent, une plus grande accessibilité au crédit à la consommation. La vente à tempérament prend donc de l'importance et s'étend au Canada et à l'Angleterre. Remplaçant les prêts sur gages qui avaient financé les ménages anglais durant la Révolution industrielle, la vente à tempérament se développe pendant l'entre-deux-guerres en raison de « son rôle moteur dans la vente de produits de consommation de masse et accessoirement par le fait qu'il échappe aux contraintes du *Moneylenders Act* »¹⁹⁷.

Cette période prospère s'achève toutefois avec la Dépression américaine de 1929. La crise financière engendre en 1935 la première réglementation de la vente à tempérament qui n'avait pas été légiférée auparavant puisqu'elle se prêtait mal aux abus des prêteurs et qu'elle demeurait néanmoins assujettie aux lois générales sur les ventes, même si les lois sur l'usure étaient inapplicables aux nouveaux contrats de crédit¹⁹⁸. Pareillement, l'Angleterre réglemente la vente à tempérament en 1938 en édictant le *Hire-Purchase Act, 1938*¹⁹⁹.

¹⁹³ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 20 citant Lendol Calder, *Financing the American Dream: A Cultural History of Consumer Credit*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999, ch 1 aux pp 49-54.

¹⁹⁴ Johanna Niemi-Kiesiläinen, « Symposium: Consumer Bankruptcies in a Comparative Context Consumer Bankruptcy in Comparison: Do we Cure a Market Failure or a Social Problem? », (1999) 37 Osgoode Hall LJ 473 à la p 480 [Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context »].

¹⁹⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 139.

¹⁹⁶ Amity Shales, *The Forgotten Man*, New York, HarperCollins, 2007 aux pp 38-39.

¹⁹⁷ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 177.

¹⁹⁸ *Ibid* à la p 144.

¹⁹⁹ *Hire-Purchase Act, 1938* (R-U), 2 Vict, c 53.

Les difficultés économiques lors de la Grande Dépression des années 1930 font resurgir les idées favorables aux débiteurs, ce qui a eu pour effet de rendre le régime de la faillite beaucoup moins sévère à l'égard des débiteurs²⁰⁰. La transition idéologique de l'exécution forcée des créances à la réhabilitation des débiteurs que traduisent les modifications législatives apportées à la loi sur la faillite découle de l'établissement de l'État providence et du développement des filets de sécurité sociale²⁰¹. À la recherche de solutions, les modifications supplémentaires apportées en 1933 et en 1934 à la loi américaine de 1898 ont pour objet de venir en aide au « débiteur victime de la crise » en arrêtant une nouvelle procédure de concordat et d'attribution pour les consommateurs insolubles²⁰². Une fois de plus, la réforme du droit de l'insolvabilité vise la gestion d'une crise d'endettement : selon Charley Del Marmol, la richesse des États-Unis est estimée à 250 milliards de dollars en 1934, tandis que leurs dettes s'élèvent à 180 milliards de dollars²⁰³.

Bien que la loi canadienne de 1919 soit applicable tant aux consommateurs insolubles qu'aux débiteurs commerçants, plusieurs débiteurs insolubles n'avaient pas les moyens financiers de présenter la requête formelle en libération de leurs dettes²⁰⁴. La nouvelle *Loi de 1949 sur la faillite*²⁰⁵, qui révisé en profondeur la loi de 1919, prévoit donc une demande de libération avec la mise en faillite et met en place une nouvelle procédure d'administration sommaire des biens réalisables du failli, déduction faite des réclamations des créanciers garantis, ne dépassant pas 500 dollars²⁰⁶.

Depuis la Révolution française, les principes de l'autonomie et de la liberté contractuelle constituent l'assise des politiques économiques et commerciales du pays. En dépit du caractère sacré du contrat et de la protection des droits contractuels qui en découle, les conjonctures économiques entraînent l'assouplissement de ces valeurs commerciales²⁰⁷. Comme il en est aux États-Unis, « la crise de 1929 déclenche une prise de conscience : la nécessité d'assouplir la rigueur du lien contractuel lorsque la situation économique ne permet plus au débiteur de respecter ses engagements »²⁰⁸. Par conséquent, dans un esprit favorable au moratoire, les lois des 25 mars et 20 août 1936 visent à impartir des délais de grâce jusqu'à un an pour le cas des consommateurs

²⁰⁰ Sarra, « Book Review of *Debt's Dominion* », *supra* note 166 au para 6.

²⁰¹ *Ibid* au para 5.

²⁰² Marmol, *supra* note 4 aux pp 71, 351-75.

²⁰³ *Ibid* à la p 351.

²⁰⁴ Ziegel, *Canadian Perspective*, *supra* note 159 aux pp 14-15.

²⁰⁵ *Loi de 1949 sur la faillite*, LC 1949 (2^e sess), c 7.

²⁰⁶ *Ibid*, art 26(6), 114-116 ; Ziegel, *Canadian Perspective*, *supra* note 159 à la p 14.

²⁰⁷ Vincent Vigneau, Guillaume-Xavier Bourin et Cyril Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, 2^e éd, Paris, LexisNexis, 2012 aux pp 1-2.

²⁰⁸ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 45 ; Vigneau, Bourin et Cardini, *supra* note 207 à la p 2.

insolvables²⁰⁹. Bien loin de la libération des obligations contractuelles des débiteurs envisagée par les pays de common law, les réformes françaises marquent néanmoins le début du renoncement des Français à la pureté morale du commerce pour prendre en compte l'état de la pauvreté.

Le traumatisme de l'effondrement économique affecte profondément les États-Unis jusqu'au changement de l'orientation nationale provoquée par l'accroissement de la production industrielle alimenté par les besoins immédiats liés à la Seconde Guerre mondiale. L'économie d'après-guerre aux États-Unis et en Europe, après une brève période de transition, est catalysée par un rebond de la consommation après quinze années d'austérité. La réorientation d'une grande partie des efforts de guerre transforme la capacité industrielle principalement militaire en une direction proprement civile et encourage ainsi l'expansion du marché du crédit afin d'écouler les stocks et de vendre des services²¹⁰.

La croissance de l'économie et l'augmentation du revenu disponible modifient les comportements. Les États-Unis sont le premier pays où une majorité de la population dispose d'un revenu largement supérieur au minimum vital. L'aspiration à consommer se développe et des biens qui, auparavant, étaient considérés comme de luxe passent progressivement à la consommation courante²¹¹.

La hausse des revenus permet de considérer l'octroi de crédit pour les achats discrétionnaires comme constituant un risque raisonnable en raison de l'augmentation des revenus excédentaires, laquelle augmente considérablement à son tour les dépenses des consommateurs. L'endettement des consommateurs aux États-Unis passe de 30 milliards de dollars en 1945 à 569 milliards de dollars en 1974²¹².

Les années d'après-guerre se révèlent également très favorables à l'essor de l'économie du Royaume-Uni, malgré les contraintes réglementaires appliquées au crédit à la consommation. « Les prohibitions morales ont graduellement disparu et chacun reconnaît au plus profond des mécanismes économiques comme au plus intime du vécu des ménages, l'incontournable nécessité du crédit à la consommation, et son bénéfice en terme d'activité et d'évolution sociale »²¹³.

²⁰⁹ *Ibid* ; Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 46.

²¹⁰ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 147-48.

²¹¹ *Ibid* à la p 146.

²¹² David A Skeel Jr, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton, Princeton University Press, 2003 à la p 136.

²¹³ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 179.

De surcroît, la National Commission on Consumer Finance²¹⁴ conclut en 1972 que, pour favoriser le développement économique des États-Unis, il faut susciter une certaine compétition au sein du marché du crédit et diffuser des renseignements pertinents aux consommateurs avertis²¹⁵. Ainsi, après l'adoption de plusieurs lois²¹⁶ durant les années 1970 réglementant diverses formes ou divers aspects du crédit à la consommation, les Américains assouplissent le cadre réglementaire à la fin des années 1970 par l'édiction du *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act* de 1980, qui réforme en profondeur le système bancaire, atténue les contraintes qui limitent la progression du crédit et stimule ainsi la concurrence.

Toutefois, en réponse au dommage collatéral causé par l'utilisation du crédit et, son corollaire, le surendettement des consommateurs, les Américains édictent également le *Bankruptcy Reform Act of 1978*²¹⁷ pour répondre notamment à la forte croissance des faillites personnelles²¹⁸. En souscrivant à la recommandation de la Commission visant le maintien de la libération des débiteurs insolvable, la loi « permet donc au particulier se trouvant dans une situation financière critique de déposer une pétition de faillite répondant aux normes du chapitre 7 ou à celles du chapitre 13 »²¹⁹. Une déclaration de faillite régie par le chapitre 7 accorde généralement la libération de toutes dettes, sous réserve de quelques exceptions telles que les impôts et les taxes de douane, sauf preuve de malhonnêteté ou de fraude. Aucune action en recouvrement ne peut être intentée contre le failli, mais ses biens non exemptés doivent être cédés pour qu'ils soient liquidés en vue du remboursement des créanciers.

La solution de rechange à la faillite se trouve au chapitre 13, lequel permet au débiteur de conclure un arrangement avec ses créanciers sous la surveillance d'un syndic que nomme le tribunal de faillite. En contrepartie de la suspension des droits de recouvrement et de poursuite des créanciers, le débiteur a la faculté de souscrire à un plan de remboursement pouvant comprendre des

²¹⁴ En 1968, le *Consumer Credit Protection Act*, Pub L No 90-321, 82 Stat 146 (1968) est adoptée pour protéger le consommateur par la création d'une commission nationale chargée de faire enquête sur les finances du consommateur et de réviser la loi de 1898 sur la faillite. Voir aussi Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 144 ; Ziegel, *Canadian Perspective*, *supra* note 159 aux pp 55-56.

²¹⁵ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 144.

²¹⁶ *Ibid* à la p 145 citant *Fair Credit Reporting Act*, Pub L No 91-508, 84 Stat 1127 (1970) ; *Credit Cards Amendments to Truth in Lending Act of October 26, 1970*, Pub L No 91-508, 84 Stat 1126 (1970) ; *Fair Credit Billing Act*, Pub L No 93-495, 88 Stat 1511 (1974) ; *Equal Credit Opportunity Act*, Pub L No 93-495, 88 Stat 1521 (1974) ; *Regulation B*, 12 CFR § 202.1-202.14 (1976) ; *Consumer Leasing Act of 1976*, Pub L No 94-240, 90 Stat 257 ; *Fair Debt Collection Practices Act*, Pub L 95-109, 91 Stat 874 (1977) ; *Electronic Fund Transfer Act*, Pub L No 95-630, 92 Stat 3728 (1978).

²¹⁷ *Bankruptcy Reform Act of 1978*, Pub L 95-598, 92 Stat 2549.

²¹⁸ Sarra, « Book Review of *Debt's Dominion* », *supra* note 166 aux para 4-6.

²¹⁹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 211.

mesures d'attribution et de réduction de la dette²²⁰. Selon Jason Kilborn, avant les réformes de 2005, près de 70 % des débiteurs choisissent la libération immédiate et inconditionnelle.

Parce que la plupart des particuliers disposent de peu de biens – sinon d'aucun – qu'il vaut pratiquement ou légalement la peine de vendre et de distribuer aux créanciers, une faillite effectuée en vertu du chapitre 7 offre dans la plupart des cas la libération immédiate et inconditionnelle de la plus grande partie des dettes en échange d'un peu plus ou de rien de plus qu'une somme égale aux droits de dépôt [notre traduction]²²¹.

Au même moment, la réforme législative du crédit à la consommation se répand à l'Europe. La nouvelle loi anglaise intitulée *Consumer Credit Act, 1974*²²² consolide la réglementation de toutes les formes du crédit à la consommation et abroge le *Hire-Purchase Act, 1965*²²³, le *Advertisements (Hire-Purchase) Act, 1964*²²⁴, les *Moneylenders Acts, 1900 to 1927*²²⁵ et les *Pawnbrokers Acts, 1872 and 1960*²²⁶. Pour Royston Miles Goode, cette loi constitue une réforme fondamentale et en profondeur du droit du crédit à la consommation au Royaume-Uni²²⁷. Non seulement renforce-t-elle considérablement les droits individuels du débiteur et du créancier dans des opérations particulières, mais tente-t-elle aussi de contrer les abus commis à l'encontre des consommateurs vulnérables.

À l'instar des États-Unis et de l'Angleterre, les réformes législatives réalisées au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle dans plusieurs autres pays ont non seulement accru la concurrence intérieure, mais elles ont également supprimé certaines restrictions applicables aux banques étrangères et aux prêteurs non bancaires²²⁸. En outre, plusieurs autorités législatives ont aboli le plafonnement des taux usuraires et des taux d'intérêt applicables aux petits prêts. Cette

²²⁰ *Ibid* aux pp 211-13.

²²¹ Jason Kilborn, *Comparative Consumer Bankruptcy*, Durham (NC), Carolina Academic Press, 2007 à la p 54.

²²² *Consumer Credit Act, 1974* (R-U), c 39, art 192, annexe 5. La loi abroge aussi le *Hire-Purchase Act, 1964* (R-U), c 53 (à l'exception de la partie III et de l'article 37). Voir généralement R M Goode, « Consumer Credit Act of 1974 » (1975) 34 Cambridge LJ 79.

²²³ *Hire-Purchase Act, 1965* (R-U), c 66.

²²⁴ *Advertisements (Hire-Purchase) Act, 1964* (R-U), c 42.

²²⁵ *Moneylenders Acts, 1900 to 1927*, *supra* note 94.

²²⁶ *Pawnbrokers Act, 1872* (R-U), 35 & 36 Vict, c 93 ; *Pawnbrokers Act, 1960* (R-U), c 24.

²²⁷ Goode, *supra* note 222 à la p 129.

²²⁸ Services économiques TD, *Endettement des ménages canadiens: Faut-il s'inquiéter?*, Étude spéciale, Toronto, 2010 aux pp 2-3, en ligne : Groupe Financier Banque TD <<http://www.td.com/francais/document/PDF/services-economiques/td-services-economiques-dp1010-household-fr.pdf>>. Voir par ex *Loi sur les banques*, LC 1966-67, c 87 ; Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 29.

déréglementation a permis aux créanciers d'offrir à un nombre plus élevé de consommateurs plus de crédit sous des formes variées et à des conditions lucratives.

En France, la méfiance du crédit se poursuit pendant le XX^e siècle : le crédit est toujours vu comme « une sorte de malsaine Amérique », un incitatif « à vivre au-dessus de ses moyens » et « une maladie honteuse »²²⁹. Par conséquent, seuls les établissements financiers pouvaient accorder du crédit à la consommation en 1941 et la loi de 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité fixe le taux usuraire des prêts que consentent les banques et autres institutions financières²³⁰. Malgré l'existence d'une réglementation contraignante dans laquelle sont fixés autoritairement la durée du crédit et le montant à verser comptant, le crédit à la consommation prend tout son essor vers 1960²³¹.

Il faut comprendre que la réglementation avait pour but à cette époque d'éviter l'endettement excessif des consommateurs. Selon Karima Belkacem, le crédit à la consommation s'entend alors d' « un crédit objectivé au sens où les banquiers qui octroient un tel crédit jusqu'en 1979 connaissaient les raisons d'acquisition. En effet, l'emprunteur devait fournir une facture de son achat au banquier, qui le plus souvent versait les fonds aux fournisseurs »²³².

En 1979, les règles régissant la durée du crédit et le versement comptant sont abrogées pour favoriser à la fois la concurrence entre les institutions financières et la diminution du coût du crédit²³³. En outre, un lien est établi entre la « levée de l'encadrement du crédit » et le besoin d'agir contre le surendettement²³⁴. Par conséquent, la France adopte consécutivement une loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services en 1978, complétée en 1979 par une loi relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier²³⁵.

²²⁹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 188.

²³⁰ *Loi n°1941-06-14 du 14 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation des professions se rattachant à la profession de banquiers*, JO, 6 juillet 1941 rectificatif JO, 11 septembre 1941 ; *Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité*, JO 29 décembre 1966, 11623 ; Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 189.

²³¹ Balaguy, *supra* note 33 à la p 19.

²³² Belkacem, *supra* note 12 à la p 15.

²³³ Balaguy, *supra* note 33 à la p 19.

²³⁴ *Ibid* à la p 103.

²³⁵ *Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, JO, 11 janvier 1978, 301 ; *Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier*, JO, 14 juillet 1979, 1836. Voir aussi Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 189 (ces lois ainsi que celles du 23 juin et du 31 décembre 1989, dites lois Neirtz, qui seront discutés

En 1984, la France fait brièvement l'expérience de la déréglementation du crédit à la consommation et modifie l'encadrement du crédit, provoquant ainsi une augmentation considérable du crédit à la consommation²³⁶. Cette nouvelle liberté donnée au crédit a pour effet immédiat de hausser ce recours à l'emprunt et, par conséquent, d'accroître le surendettement de ses utilisateurs²³⁷. Malgré cette déréglementation, elle accuse déjà en 1994 en matière d'utilisation du crédit un retard d'environ cinquante ans sur les États-Unis et de vingt ans sur l'Angleterre.²³⁸

Johanna Niemi, Iain Ramsay et William Whitford ont qualifié récemment cette croissance exponentielle du crédit à la consommation de « démocratisation » du crédit à la consommation²³⁹. L'accès accru des masses à diverses options de crédit provient d'une série d'événements qui ont donné naissance à une utopie commerciale concernant l'industrie du crédit à la consommation. Jacob Ziegel estime que « la période qui a suivi la Deuxième Guerre mondiale [a] été la plus importante dans l'histoire du crédit à la consommation »²⁴⁰.

2) La crise récente du surendettement

L'omniprésence du crédit, la croissance de l'endettement des consommateurs américains et les taux de leur insolvabilité prophétisent en quelque sorte la crise mondiale du surendettement, par exemple la croissance exponentielle du nombre de faillites personnelles : « 311 000 demandes en 1982, année de récession, 617 000 en 1989 après sept ans de croissance ininterrompue »²⁴¹.

Le virage culturel menant à une consommation accrue grâce au crédit à la consommation et conduisant au surendettement des consommateurs a été constaté non seulement aux États-Unis, mais partout dans le monde au cours des trois dernières décennies. En plus de l'explosion dans les années 1980 du crédit à

antérieurement constituent « le corpus législatif essentiel dans lequel se meut aujourd'hui le crédit à la consommation »).

²³⁶ Balaguy, *supra* note 33 à la p 19.

²³⁷ *Ibid* à la p 103.

²³⁸ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 191.

²³⁹ Johanna Niemi-Kiesiläinen, Iain Ramsay et William Whitford, « Introduction » dans Johanna Niemi-Kiesiläinen, Iain Ramsay et William Whitford, dir, *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Oxford (R-U) et Portland (Ore), Hart Publishing, 2003 à la p 2.

²⁴⁰ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 28 (« On notera le rôle majeur des facteurs suivants : 1. le regain et la croissance des ventes à tempérament; 2. l'introduction des cartes de crédit à usage multiple et ses effets, et 3. le développement et l'importance croissante des sources alternatives de crédit pour répondre aux besoins des consommateurs à faible revenu »).

²⁴¹ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 210.

la consommation, la fin du XX^e siècle est également marquée par diverses conjonctures économiques défavorables aux consommateurs²⁴².

Victimes de la récession qui a sévi dans les années 1990, les Européens connaissent une hausse du chômage à longue durée, la désindexation des salaires et l'alourdissement de la charge des intérêts qui provoque la désinflation combinée à l'effondrement du marché immobilier européen²⁴³. Sans oublier l'incidence des pertes d'emplois ou de l'écroulement des investissements, il convient de faire observer, en outre, que le ralentissement dans l'ajustement des salaires en fonction des prix courants a pour effet d'obliger les ménages à avoir davantage recours à un emprunt de plus en plus coûteux pour maintenir le rythme de vie auquel ils sont habitués²⁴⁴. À ce phénomène, vient se greffer le fait que la popularité des prêts à mensualités progressives a eu pour effet d'aggraver la situation en forçant des ménages à obtenir des seconds prêts pour rembourser les premiers²⁴⁵. De plus, le surendettement des consommateurs causé par l'acquiescement culturel à la surconsommation au cours de la décennie précédente alourdit les difficultés financières des ménages européens durant la dernière décennie du millénaire²⁴⁶.

Au Canada, le surendettement des consommateurs résulte des changements structurels qui se sont opérés dans l'environnement macroéconomique :

En fixant un taux cible d'inflation au début des années 1990, la Banque du Canada a provoqué une baisse constante des taux d'intérêt qui a rendu le crédit beaucoup plus abordable, au moment même où les tendances macroéconomiques créaient un sentiment accru de sécurité financière chez les ménages. La faiblesse et la stabilité de l'inflation ont écarté les risques de volatilité des taux d'intérêt, tandis que la croissance relativement stable de l'économie et du marché de l'emploi a atténué les risques de mises à pied et donc, la peur de perdre son revenu. Tous ces facteurs se sont conjugués pour faciliter le service d'une dette importante par les ménages²⁴⁷.

Le surendettement et les conséquences du défaut d'honorer ses obligations financières, surtout pour le particulier, mais aussi pour les autres intervenants de la communauté économique, sont devenus des questions urgentes

²⁴² Vigneau, Bourin et Cardini, *supra* note 207 aux pp 3-6.

²⁴³ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 47 ; Balaguy, *supra* note 33 à la p 102 ; Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 215-19 ; Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 aux pp 480-81.

²⁴⁴ Balaguy, *supra* note 33 à la p 102.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Gelpi & Julien-Labruyère, *supra* note 2 aux pp 215-19.

²⁴⁷ Services économiques TD, *supra* note 228 aux pp 1-2.

comportant des répercussions notables sur le droit de la faillite et de l'insolvabilité, aussi seront-elles explorées dans les parties suivantes du rapport.

a) Une utopie pour le fournisseur de crédit à la consommation

Ce phénomène mondial de la démocratisation du crédit remonte donc à la déréglementation des services financiers et à l'élimination du plafonnement des taux d'intérêt dans plusieurs pays. Cette nouvelle liberté étant maintenant acquise, l'industrie du crédit à la consommation fait face à une concurrence accrue, qui conduit à son tour à des innovations de produits accompagnées de vigoureux efforts de commercialisation. De plus, les progrès technologiques lui permettent d'innover et d'élaborer de nouvelles stratégies de mise en marché tout en augmentant sa propre efficacité interne à gérer le risque à l'aide des pointages de crédit normalisés et de l'automatisation des approbations de crédit.

Parmi les nouvelles formes de crédit qu'offre l'industrie bancaire, il faut compter les cartes de crédit assorties de multiples types de mesures incitatives. De plus, une nouvelle forme de crédit renouvelable fait son apparition sur le marché vers la fin du XX^e siècle : les lignes de crédit domiciliaires.

Dans la seconde moitié des années quatre-vingt, la croissance se poursuit, grâce aux *home equity loans* qui, en faisant disparaître la frontière entre immobilier et consommation, permettent d'allonger les durées, de financer l'équipement meuble avec la garantie de l'immeuble, et surtout de continuer à bénéficier des avantages fiscaux attachés aux crédits immobiliers²⁴⁸.

Est également apparu un surcroît de concurrence sous forme de services financiers alternatifs spécialisés dans les prêts à court terme à des taux d'intérêts élevés comprenant, notamment, « des bureaux de prêt sur gage, des entreprises d'encaissement de chèques, des sociétés de prêts sur salaire, des services de location avec option d'achat et des services de préparation des déclarations de revenu qui avancent des fonds »²⁴⁹. Depuis les années 1980, d'autres sources de crédit, comme le prêt sur salaire, sont donc devenues très accessibles pour les consommateurs canadiens et américains à faible revenu, mais les prêts sur salaire sont généralement consentis à des taux d'intérêt très élevés et parfois exorbitants²⁵⁰.

²⁴⁸ Gelpi et Julien-Labruyère, *supra* note 2 à la p 149.

²⁴⁹ Ruth Berry et Karen Duncan, *L'importance des prêts sur salaire dans l'insolvabilité des consommateurs canadiens*, 2007 à la p 3, en ligne : BSF <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br02026.html>>.

²⁵⁰ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 36. Selon une étude citée par Berry et Duncan, *supra* note 249 à la p 6, les taux d'intérêts qu'exigeait en 2005 une entreprise de

En raison de la facilité pour les consommateurs d'obtenir du crédit et de leur appétit pour le crédit, l'industrie du crédit à la consommation a connu une hausse dans la vente de ces services financiers. Au Canada, la part que représente le crédit renouvelable au sein du crédit global à la consommation que les banques à chartre octroient passe de 21,1 % en 1989 à 77,7 % en 2008 et l'emprunt sur marges de crédit personnelles se multiplie par vingt-cinq au cours de cette période²⁵¹. Par ailleurs, selon une étude réalisée en 2002, plus de 350 000 Canadiens ont recours chaque année aux prêts sur salaire, malgré les taux d'intérêts²⁵². Il va sans dire que ce chiffre augmente et poursuit son escalade dans le contexte de la culture actuelle du crédit à la consommation.

L'automatisation et la rationalisation du processus d'approbation du crédit à la consommation entraînées par les récentes innovations technologiques contribuent, elles aussi, à la démocratisation de l'industrie du crédit à la consommation. La création d'agences centralisées d'évaluation du crédit et la normalisation des notations de crédit accroissent également l'efficacité avec laquelle les prêteurs sont en mesure d'évaluer le profil de risque du débiteur et de déterminer la répartition de leurs propres risques. Dans son étude consacrée aux propositions de consommateur, Janis Sarra fait remarquer, d'ailleurs, que l'introduction des demandes de crédit et des approbations en ligne accroît la facilité avec laquelle les débiteurs obtiennent des prêts et, ce faisant, contribue à la forte accumulation de l'endettement par un crédit non garanti²⁵³.

Dans la même foulée, la révolution technologique a permis à l'industrie du crédit de cibler les consommateurs non avertis. Comme le fait observer Charles Tabb, les émetteurs de crédit sont devenus graduellement des joueurs acharnés et perfectionnés en matière de commercialisation du crédit²⁵⁴. Pour cette raison, les consommateurs sont continuellement assaillis de sollicitations de crédit et d'offres publicitaires de crédit, dont les offres faites en personne ou par courrier, téléphone, courriel, messagerie textuelle et via Internet.

prêts sur salaire de Winnipeg variaient, sur une base annualisée, de 260 % à 650 % avec un taux moyen de 551 %.

²⁵¹ Association des comptables généraux accrédités du Canada (CGA), *Où est l'argent aujourd'hui? L'endettement des ménages canadiens à l'aube de la reprise économique*, Colombie-Britannique, 2010 à la p 16, en ligne : CGA <http://www.cga-canada.org/fr-ca/ResearchAndAdvocacy/AreasOfInterest/DebtandConsumption/2010Report/Pages/ca_debt_index.aspx> [CGA, *Où est l'argent aujourd'hui?*].

²⁵² Sue Lott et Michael Grant, *Fringe Lending and "Alternative" Banking: The Consumer Experience*, Public Interest Advocacy Centre, Ottawa, 2002, tel que cité dans Berry et Duncan, *supra* note 249 à la p 5.

²⁵³ Janis Sarra, *Redressement économique : Comprendre l'augmentation du nombre de propositions de consommateur en vertu de la législation canadienne sur l'insolvabilité*, à la p 49 (au dossier du BSF) [Sarra, *Redressement économique*].

²⁵⁴ Charles J Tabb, « Lessons from the Globalization of Consumer Bankruptcy » (2005) 30:4 *Law & Soc Inquiry* 763 à la p 774.

b) Une impasse pour le consommateur

La crise du surendettement symbolisée par la croissance du taux d'insolvabilité des particuliers et la nécessité de modifier les lois sur la faillite en raison de l'exploitation abusive du régime de faillite des consommateurs est parfois remise en cause par ses critiques, qui invoquent plutôt l'influence manifeste de l'industrie du crédit à la consommation²⁵⁵. La théorie dite du « recours abusif à la faillite » est aussi réfutée par Anderson, lequel met en avant le fait que des universitaires ont montré que l'augmentation des taux de faillite, loin de s'expliquer par un abus, est liée en très grande partie à la récente déstabilisation des assises de la base économique de la consommation créée par des taux de divorce élevés, la fluctuation du chômage ainsi que l'accroissement des frais médicaux et de la durée des traitements²⁵⁶.

Bien que cette réalité soit présente pour un segment de la population, il faut reconnaître que la plupart des débiteurs consommateurs ne recourent pas abusivement au régime de la faillite, mais abusent de la disponibilité du crédit à la consommation pour hausser leur style de vie et se procurer un niveau de vie supérieur à leurs moyens financiers réels. Bien souvent, l'insolvabilité et la faillite ne sont simplement qu'un résultat non intentionnel, quoique, dans la plupart des cas, inévitable, compte tenu des crises personnelles ou économiques imprévisibles qui, en très grande partie n'ont pas été pressenties par un nombre de plus en plus élevé de débiteurs consommateurs non informés et non avertis. Sans se rendre compte qu'ils empruntent une voie menant à l'insolvabilité, ils croient améliorer leur bien-être, quand, en réalité, leurs engagements mensuels de paiements leur laissent de moins en moins de marge de manœuvre quand surviennent des événements stressants et imprévus, poussant graduellement les ménages sous le seuil de la pauvreté, puis à la faillite²⁵⁷.

Au cours des dernières décennies, un virage culturel international est passé d'un état d'esprit fondé sur l'économie et l'épargne à la priorisation de la consommation et de l'endettement. La gratification immédiate financée par un revenu futur est devenue pratique courante et les ménages ont plus tendance à financer leurs achats par le recours au crédit pour jouir de la consommation

²⁵⁵ Jacob S Ziegel, « Consumer Bankruptcies in a Comparative Context The Philosophy and Design of Contemporary Consumer Bankruptcy Systems: A Canada-United States Comparison » (1999) 37 Osgoode Hall LJ 205 à la p 234.

²⁵⁶ Kent Anderson, « Review Essay: The Explosive Global Growth of Personal Insolvency and the Concomitant Birth of the Study of Comparative Consumer Bankruptcy », recension de *Consumer Bankruptcy in Global Perspective* de Johanna Niemi-Kiesiläinen, Iain Ramsay et William Whitford et de *Comparative Consumer Insolvency Regimes: A Canadian Perspective* Jacob S Ziegel (2004) 42 Osgoode Hall LJ 661 au para 20.

²⁵⁷ Commission européenne, *Towards a common operational European definition of over-indebtedness* (2008) à la p 55, en ligne : Commission européenne <<http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5093&langId=en>>.

aujourd'hui plutôt que demain²⁵⁸. Bien que ce changement culturel se poursuive dans plusieurs pays tels le Portugal, la Chine, le Taiwan, la Belgique et le Luxembourg²⁵⁹, la nouvelle culture de l'endettement des consommateurs est devenue un déplacement mondial des mœurs et des attitudes des consommateurs à l'égard des dépenses et de l'épargne.

Même s'il est vrai que ce virage culturel explique en partie la hausse des niveaux d'endettement des ménages, d'autres facteurs systémiques à long terme entreraient en jeu, croit-on, notamment l'abordabilité accrue de la dette en raison de la baisse des taux d'intérêt, une confiance accrue des ménages causée par une forte croissance de l'économie historiquement — par exemple dans les marchés de l'emploi, de l'habitation et de la Bourse — ainsi que par le nombre accru de familles disposant de deux revenus du fait de la participation croissante des femmes au marché du travail²⁶⁰.

Bon nombre de ces facteurs ont trait à la confiance des consommateurs et à la rationalisation d'un ménage par rapport à sa capacité de se servir du crédit pour se donner un niveau de vie plus élevé. Toutefois, la confiance que peut nourrir un ménage en sa capacité actuelle et future de rembourser ses dettes peut être mal placée.

Une autre tendance macroéconomique fondamentale a aussi stimulé la demande de crédit : la participation accrue des femmes au marché du travail. Il est en effet démontré que les ménages où les deux conjoints travaillent tendent à accumuler une dette par personne plus élevée en proportion de leur revenu. Le fait de disposer de deux revenus crée en effet un sentiment de sécurité lié au faible risque de perdre simultanément les deux sources de revenu, mais ce sentiment est illusoire si les deux revenus sont nécessaires pour assurer le service de la dette²⁶¹.

La préférence grandissante accordée à l'utilisation du crédit aux fins de consommation plutôt que d'enrichissement du patrimoine est en outre accentuée par le recours accru au crédit renouvelable. Les pièges éventuels que les consommateurs doivent éviter découlent directement de ce type de crédit puisque plusieurs ne nécessitent pas le versement d'un paiement minimal servant à rembourser le capital, ce qui pose le risque élevé d'accélération de la

²⁵⁸ Services économiques TD, *supra* note 228 à la p 2.

²⁵⁹ Tabb, *supra* note 254 à la p 12.

²⁶⁰ CGA, *L'endettement au Canada : Les consommateurs canadiens ont-ils encore les moyens d'être un moteur de l'économie?*, Colombie-Britannique, 2011 à la p 29, en ligne : CGA <http://www.cga-canada.org/fr-ca/ResearchAndAdvocacy/AreasofInterest/DebtandConsumption/Pages/ca_debt_default.aspx> [CGA, *Les consommateurs canadiens, moteurs de l'économie?*].

²⁶¹ Services économiques TD, *supra* note 228 à la p 2.

spirale de l'endettement²⁶². Règle générale, la seule condition porte sur le paiement des intérêts accumulés. Par surcroît, le danger d'utiliser une marge de crédit hypothécaire, laquelle est devenue le type de dette à la consommation le plus commun au Canada, est que, plutôt que de se servir de ce crédit pour réinvestir dans l'actif et, de cette manière, augmenter la richesse générale, les consommateurs utilisent leur marge de crédit pour acquérir des biens de consommation et des biens durables qui perdent leur valeur et réduisent encore plus la position en capitaux propres des ménages²⁶³.

Bien que les consommateurs aient profité d'un accès accru à un plus grand nombre de types de crédit, ces nouveaux types de prêts, tels les cartes de crédit et les prêts sur salaire, portent habituellement des taux d'intérêt et des frais très élevés. Vu les coûts considérables associés à l'utilisation de ces prêts à la consommation, il convient de se demander si les consommateurs sont conscients de la dépense et connaissent l'existence d'autres formes de crédit qui peuvent s'avérer plus avantageuses dans la gestion de leur endettement²⁶⁴.

En fait, les rapports déposés par le syndic avant la tenue des audiences de libération du failli indiquent que la mauvaise gestion du crédit constitue une cause principale d'insolvabilité, particulièrement celle qui concernait l'utilisation irréfléchie des cartes de crédit. Les limites maximales appliquées aux cartes de crédit multiples sont fréquentes dans les états du passif des consommateurs faillis. Il est instructif de faire apparaître à la réflexion l'augmentation de l'ordre de 58,4 % de la dette découlant de la marge de crédit et de 133,2 % de l'endettement découlant de la carte de crédit et des versements échelonnés parmi les foyers canadiens entre 1999 et 2005²⁶⁵. Il n'est guère surprenant alors de constater que l'utilisation accrue des cartes de crédit constitue un facteur constamment lié au taux croissant des faillites personnelles.

Même si elle a été qualifiée d'octroi de crédit, de mauvaise gestion de l'argent, de mauvaise gestion financière, d'engagement excédentaire ou de mésusage du crédit, la recherche qualitative et statistique depuis les années 1980 a confirmé à maintes reprises que la mauvaise gestion du crédit à la consommation représente une cause principale de difficultés financières et d'insolvabilité²⁶⁶.

²⁶² CGA, *Où est l'argent aujourd'hui?*, supra note 251 à la p 84.

²⁶³ CGA, *Les consommateurs canadiens, moteur de l'économie?*, supra note 260 à la p 31.

²⁶⁴ Jean-Luc Bilodeau, « L'impact de la culture sur le crédit, les institutions de financement et le droit de la faillite : quelques réflexions sur le cas canadien » (2009) 54 McGill LJ 295 au para 39.

²⁶⁵ Statistique Canada, *Avoirs et dettes détenus par les unités familiales, montants totaux, selon le quintile de valeur nette*, Enquête sur la sécurité financière - 2005, Ottawa, Statistique Canada, 2006, en ligne : Statistique Canada <<http://www40.statcan.gc.ca/l02/cst01/famil115a-fra.htm>>.

²⁶⁶ Voir JW Brighton et JA Connidis, *Consumer Bankrupts in Canada*, Ottawa, Consumer and Corporate Affairs, 1982 à la p 76 ; John P Tribe, « Bankruptcy Courts Survey 2005 – A Pilot

Prenant appui sur les motifs d'endettement exprimés par les débiteurs eux-mêmes, des recherches antérieures ont conclu que l'insolvabilité est causée par une situation financière défavorable découlant de causes liées au chômage, au divorce ou aux ennuis de santé. Toutefois, un examen de la littérature réalisé par la Commission européenne sur les recherches qualitatives récentes révèle que les déclarations personnelles tendent à pointer du doigt des causes extérieures et à refuser d'admettre que, de fait, la mauvaise gestion du crédit a joué un rôle prédominant pour expliquer le surendettement en aggravant une baisse de revenu et, par conséquent, a constitué une cause principale de difficultés financières²⁶⁷.

Bien que certaines personnes soient plus vulnérables que d'autres, notamment les familles monoparentales et les personnes à faible revenu,

la gestion de l'argent, les attitudes à l'égard de la dépense et les niveaux d'utilisation du crédit non garanti et d'épargnes sont aussi importants. De fait, ils expliquent pourquoi certaines personnes deviennent surendettées, contrairement à d'autres qui, en très grande partie, présentent les mêmes caractéristiques personnelles et vivent des situations économiques similaires [notre traduction]²⁶⁸.

Le virage culturel consistant à remettre en question la motivation passée d'épargner a pour effet de créer un autre type de spirale d'endettement qui est venu empirer une impasse déjà difficile pour le consommateur. Au lieu d'épargner, de plus en plus de ménages se tournent vers des solutions de crédit à la consommation auxquelles ils donnent foi telles que les cartes de crédit, les marges de crédit hypothécaire et les prêts sur salaire. Par conséquent, au lieu de réduire les dépenses en cas d'imprévus ou de situations financières défavorables, ils dépendent dorénavant du crédit à la consommation et augmentent l'intégralité de leurs engagements de paiement mensuels.

c) L'augmentation de l'endettement

Ainsi, facilitée par l'accessibilité du crédit, une nouvelle culture de la consommation et d'endettement personnel s'est progressivement enracinée

Study » (2006) Kingston Business School Occasional Paper No. 59 tel que cités dans Janis Sarra et Danielle Sarra, *Difficultés d'accès aux débiteurs consommateurs insolubles - Défis et stratégies de la recherche empirique*, 2009 aux pp 5, 32 respectivement (au dossier du BSF) ; Sarra, *Redressement économique*, supra 253 à la p 41 ; CGA, *Les consommateurs canadiens, moteur de l'économie?*, supra note 260 à la p 64 ; Commission européenne, supra note 257 à la p 22.

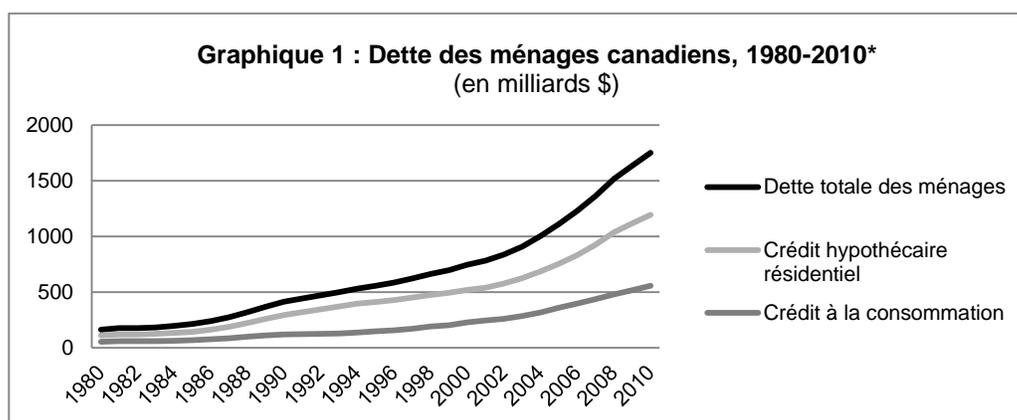
²⁶⁷ Commission européenne, *ibid* aux pp 23-26.

²⁶⁸ *Ibid* à la p 28.

depuis les années 1980. Non seulement le nombre des consommateurs endettés a-t-il augmenté considérablement, mais leur degré d'endettement aussi.

Au Canada, la dette totale des ménages, laquelle combine la dette hypothécaire et la dette à la consommation, s'est accrue de 147 milliards \$ en 1982 pour atteindre le chiffre record de 1,5 trillion \$ au cours du premier trimestre de 2011²⁶⁹. Autrement dit, l'endettement total des ménages au Canada a presque triplé depuis le milieu des années 1980 pour s'élever à 150 % du revenu personnel disponible des ménages en 2011²⁷⁰.

En outre, la tendance à long terme du gonflement de l'endettement s'est manifestement accélérée durant la dernière décennie. Comme le montre le graphique 1, les deux tiers de l'augmentation entre 1982 et 2010 se sont produits entre 1999 et 2010, période au cours de laquelle les consommateurs ont tiré profit de la faiblesse des taux d'intérêt et d'inflation²⁷¹.



*Source : Banque du Canada (2011)²⁷²

Bien que la dette hypothécaire, généralement liée à une garantie tel un bien immobilier, ait crû au même rythme que la dette à la consommation, caractérisée par une dette que ne garantissent pas normalement des éléments d'actif appréciables, cette dernière ne contribue aucunement à l'accumulation d'éléments d'actif et à la richesse totale. Au contraire, les ménages substituent le crédit à leur revenu pour consommer²⁷³. En 1990, un peu plus du quart de chaque dollar dépensé pour la consommation de biens et de services provenait

²⁶⁹ CGA, *Les consommateurs canadiens, moteur de l'économie?*, supra note 260 à la p 28.

²⁷⁰ Banque du Canada, « Les emprunts et les dépenses des ménages au Canada », Hiver 2011-2012 Revue de la Banque du Canada 18 à la p 18.

²⁷¹ Raj K Chawla, « La répartition de la dette hypothécaire au Canada » (2011) 23 : 2 L'emploi et le revenu en perspective, Statistiques Canada Catalogue no 75-001-XIE à la p 1.

²⁷² Banque du Canada, 2011, tel que retrouvées dans Statistique Canada Tableau 176-0032, *Mesures du crédit, somme annuelle calculée (dollars)*, CANSIM, E-STAT. Voir aussi : Chawla, supra note 271.

²⁷³ CGA, *Où est l'argent aujourd'hui?*, supra note 251 à la p 16.

du crédit, alors que cette proportion a constamment augmenté et qu'elle représente en 2011 presque la moitié de chaque dollar dépensé pour l'achat de biens et de services destinés à la consommation²⁷⁴.

De plus, une majorité de répondants à une enquête réalisée récemment par l'Association des comptables généraux accrédités du Canada (CGA) corroborent ces tendances récentes. L'enquête confirme deux réalités : d'abord, la cause principale de leur surendettement est la consommation et les frais de subsistance quotidiens, ensuite, les dépenses avantageuses liées à l'accumulation du patrimoine, telles que l'achat de biens immobiliers ou la poursuite d'études supérieures, comptent parmi les causes les moins probables de l'augmentation de la dette²⁷⁵.

Le degré de préoccupation augmente quand il s'agit de considérer l'interdépendance de la dette, des dépenses et des épargnes. Alors que la consommation peut constituer l'objet principal d'une pluralité de dettes à la consommation, l'incapacité de faire face à des dépenses imprévues ou à des circonstances économiques ou personnelles défavorables, tels la perte d'emploi, la rupture du mariage ou des problèmes médicaux, semble résulter d'un surendettement des consommateurs et de leurs paiements d'engagements mensuels ainsi que d'une diminution significative de l'épargne familiale²⁷⁶.

Le désir de consommer augmente ainsi la demande de crédit et « les institutions financières répondent à cette croissance en rendant le crédit plus accessible et en innovant afin de stimuler l'offre »²⁷⁷. Cette dynamique de l'offre et de la demande se confirme dans toutes les économies avancées. Pour cette raison, la tendance haussière à long terme de l'endettement des ménages constitue un phénomène international qui comporte des degrés d'endettement divers.

Dans les pays où les ménages sont moins enclins à s'endetter et où le taux de propriété est moins élevé — comme l'Allemagne, l'Italie et la France —, l'augmentation de la dette a été moins importante et plus graduelle. [...] Dans les pays anglo-saxons comme les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada et l'Australie — où la culture est davantage axée sur la consommation et sur la propriété d'une maison —, la croissance de la dette a été particulièrement forte²⁷⁸.

Les statistiques les plus récentes de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) confirment ces observations. Tandis que le

²⁷⁴ CGA, *Les consommateurs canadiens, moteur de l'économie?*, supra note 260 aux pp 35-36.

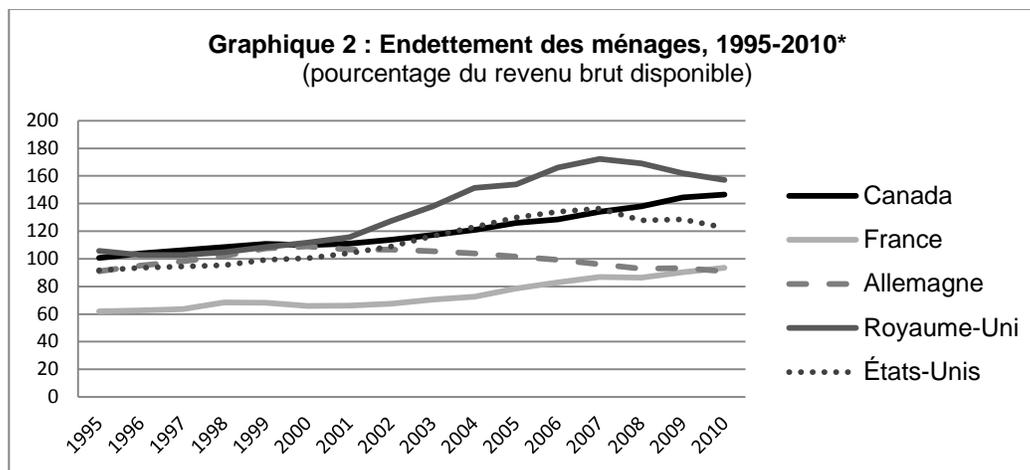
²⁷⁵ *Ibid* à la p 33 ; CGA, *Où est l'argent aujourd'hui?*, supra note 251 à la p 22.

²⁷⁶ *Ibid* à la p 23.

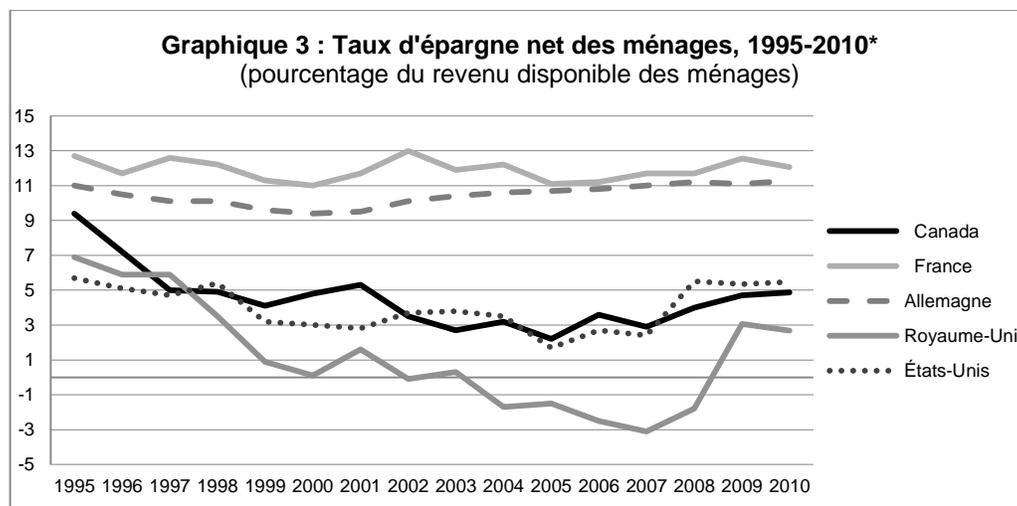
²⁷⁷ Services économiques TD, supra note 228 à la p 4.

²⁷⁸ *Ibid* à la p 5.

taux d'endettement des ménages des pays de tradition civiliste comme la France et l'Allemagne est un peu plus de 90 % du revenu brut disponible en 2010, celui du Canada est considérablement plus élevé et continue de grimper²⁷⁹.



*Source : OCDE (2010) et (2013)²⁸⁰



*Source : OCDE (2010) et (2013)²⁸¹

²⁷⁹ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), « Dette et titrisation » dans *Panorama des statistiques de l'OCDE 2010 : Economie, environnement et société*, Éditions OCDE, 2011 aux pp 264-65, en ligne OCDE, doi : 10.1787/factbook-2010-fr (pour les données de 1995 à 1998) [OCDE, *Panorama 2010*] ; OCDE, « Household debt » dans *OECD Factbook 2013*, Éditions OCDE, 2013 à la p 73, en ligne : OCDE, doi : 10.1787/factbook-2013-table69-en (pour les données de 1999 à 2010) [OCDE, *Factbook 2013*].

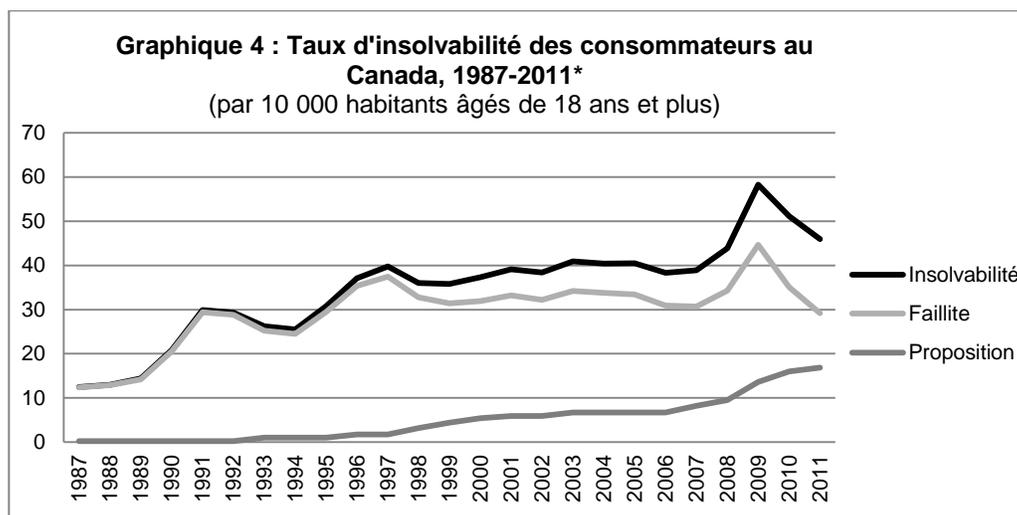
²⁸⁰ OCDE, *Panorama 2010* à la p 265 (« Dette et titrisation »).

²⁸¹ *Ibid* aux pp 44-45 (« Épargne des ménages ») (pour les données de 1995-98) ; OCDE, *Factbook 2013*, supra note 279 aux pp 64-65 (pour les données de 1999 à 2010).

Au surplus, les cultures des pays comme la France, l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique réussissent à tempérer le consumérisme et à maintenir des taux d'épargne nette des ménages à deux chiffres contrairement à celui qu'affiche le Canada, soit 2,9 en 2007, après avoir été de 9,4 en 1995, et le Royaume-Uni, dont le taux d'épargne (ou plutôt le taux d'endettement) se retrouve à -3,1. Depuis la dernière crise économique de 2008, les statistiques font foi, toutefois, d'une nouvelle volonté d'économiser de la part des ménages des pays de common law.

d) Le nombre grandissant d'insolvabilités

Des eaux troubles de l'endettement des consommateurs surgissent des difficultés financières accrues, une détresse financière, puis, éventuellement, l'insolvabilité et la faillite. Les statistiques du Bureau du surintendant des faillites du Canada (BSF) illustre clairement la croissance des insolvabilités et des faillites personnelles au cours des dernières décennies au Canada.



*Source : BSF (2012)²⁸²

En 2010 et 2011, le BSF a rapporté respectivement 140 234 et 127 774 dépôts de dossiers au Canada, dont 96 % se rapportent à des consommateurs²⁸³. Bien que le nombre des insolvabilités personnelles ait diminué depuis la dernière récession, la croissance à long terme des insolvabilités et des faillites

²⁸² BSF, *Taux annuels d'insolvabilité de consommateurs par province et région économique*, en ligne : BSF <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01819.html>>. Voir aussi Ressources humaines et Développement des compétences Canada, *Indicateurs de mieux-être au Canada : Sécurité financière – Faillites personnelles*, en ligne : Ressources humaines et Développement des compétences Canada <<http://www4.rhdcc.gc.ca/.3nd.3c.1t.4r@-fra.jsp?iid=24>>.

²⁸³ BSF, *Statistiques sur l'insolvabilité au Canada – 2011*, en ligne : BSF <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/h_br02825.html>.

personnelles est maintenue par la tendance constante à la progression de l'endettement personnel et à une vulnérabilité de plus en plus marquée à l'égard des facteurs externes. Le graphique 4 indique, de plus, la croissance du nombre de propositions déposées au fil des ans, le ratio des propositions de faillite étant maintenant d'un tiers. Il importe de noter que plus de 30 % des propositions échouaient avant 2009²⁸⁴. Toutefois, les dernières statistiques de 2009 et 2010 montrent une réduction du taux d'échec à 24 % et à 17 % respectivement causé en partie par le nombre croissant de propositions faisant suite aux modifications législatives de 2009.

L'ampleur absolue des faillites personnelles atteint en 2009 la somme la plus élevée en trente ans, à savoir 104 000 \$ par faillite, dépassant ainsi de 29,6 % le plateau atteint en 2008²⁸⁵. De même, les montants nets des passifs des consommateurs faillis sont plus élevés en 2009 par rapport à toute autre année au cours des deux dernières décennies.

Au Canada, l'augmentation des insolvabilités personnelles correspond à celle qu'affichent les pays de l'Europe de l'Ouest. Tandis que les taux d'insolvabilité commerciale diminuent en Europe parallèlement à la même tendance constatée au Canada, le volume des insolvabilités personnelles a connu, quant à lui, une évolution inverse. Non seulement augmentent-elles exponentiellement étant donné les nouvelles options d'allègement de la dette offertes aux consommateurs, mais la tendance à long terme ne révèle une diminution qu'au titre des taux de croissance des insolvabilités des consommateurs²⁸⁶.

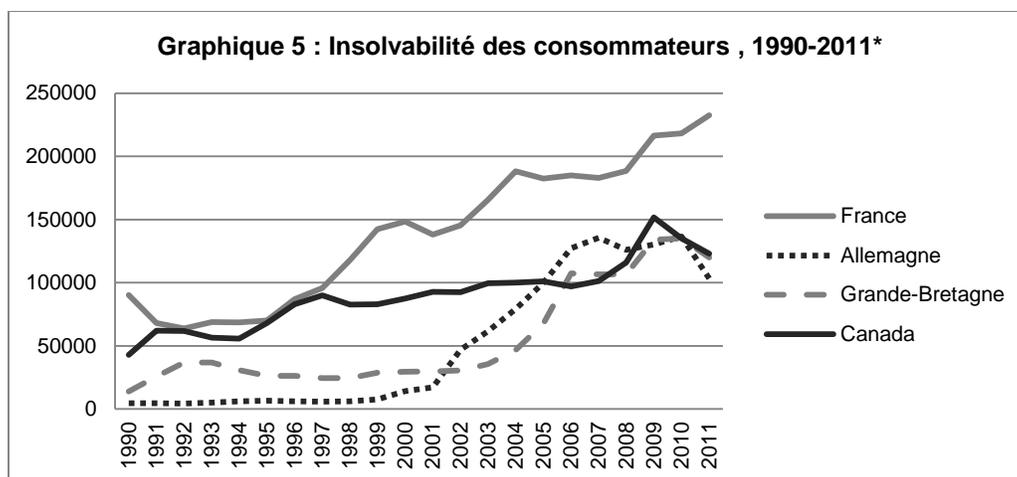
À l'exception des données à la baisse de 2011 pour l'Allemagne, la Grande-Bretagne et le Canada qui peuvent parfois annoncer une reprise économique, la tendance générale à l'augmentation du nombre des insolvabilités peut néanmoins être observée au graphique 5, lequel indique le volume des insolvabilités des consommateurs en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne et au Canada au cours des vingt dernières années. La comparaison doit également tenir compte de la population de chacun des pays qui en 2009 se chiffrait approximativement à 63, 82, 61 et 34 millions pour la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et le Canada, respectivement²⁸⁷.

²⁸⁴ Sarra, *Redressement économique*, supra note 253 à la p 12. Comparé Jacob Ziegel, Anthony Duggan et Thomas Telfer, *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law, Cases, Text and Materials*, Toronto, Emond Montgomery, 2003 à la p 614 (le taux d'échec au regard du chapitre 13 du *Bankruptcy Code* en vigueur aux États-Unis est deux fois plus élevé).

²⁸⁵ CGA, *Les consommateurs canadiens, moteur de l'économie?*, supra note 260 à la p 63.

²⁸⁶ Creditreform Economic Research Unit, *Insolvencies in Europe 2007-2008* (2008) aux pp 6-7, en ligne : Creditreform <http://www.infohub.moneyadvicetrust.org/content_files/files/insolvencies_in_europe_2007_2008.pdf>.

²⁸⁷ OCDE, « Total population » dans *OECD Factbook 2011-2012: Economic, Environmental and Social Statistics*, OECD Publishing, 2012, en ligne : OCDE, doi : 10.1787/factbook-2011-en.



*Source : Federal Statistical Office, Allemagne, Banque de France, The Insolvency Service, Royaume-Uni et BSF, Canada²⁸⁸

En guise de comparaison, affaiblis par la plus sévère crise économique qu'ils éprouvent depuis la Deuxième Guerre mondiale, les États-Unis affichent des taux d'insolvabilité et de faillite qui ne cessent de croître. Le nombre des faillites a grimpé encore de 11,3 % en 2010, comparativement à l'année précédente, pour atteindre 1,57 million d'Américains qui ont été obligés de déclarer faillite²⁸⁹.

La comparaison devient d'autant plus intéressante quand nous examinons les données de ces pays par rapport à leur population. Bien que les pays européens subissent eux aussi une croissance du nombre des insolvabilités, ce taux au Canada par groupe de 10 000 adultes a crû de 13 en 1987 à 39 en 2007, pour augmenter de nouveau d'un autre 50 % et atteindre 58 en 2009²⁹⁰. Par comparaison, le taux le plus élevé en Europe, à savoir 21 insolvabilités par groupe de 10 000 particuliers en 2007, se trouve en Grande-Bretagne, pays de common law, faut-il dire, qui, autre fait intéressant à relever, connaît le taux d'endettement le plus élevé²⁹¹.

²⁸⁸ Allemagne, Federal Statistical Office, en ligne : < <https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/SocietyState/IncomeConsumptionLivingConditions/AssetsDebts/AssetsDebts.html> > ; Banque de France, *Baromètre du surendettement à la fin décembre 2011*, en ligne : Banque de France < <http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement/barometre-du-surendettement.html> > ; The Insolvency Service, Royaume-Uni, *Individual insolvencies in England and Wales, 1960 to present*, en ligne : The Insolvency Service < <http://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/otherinformation/statistics/historicdata/HDmenu.htm> > ; BSF, Statistiques sur l'insolvabilité au Canada, en ligne : BSF < http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/h_br01011.html > (pour les données de 2007 à 2011. Les données pour le Canada 1990 à 2006 ont été produites par le BSF le 10 décembre 2012).

²⁸⁹ Creditreform Economic Research Unit, *supra* note 286 à la p 36.

²⁹⁰ BSF, *supra* note 282.

²⁹¹ Creditreform Economic Research Unit, *supra* note 286.

3) Le droit actuel du surendettement des particuliers

Même si la législation concernant la faillite de consommateur a tiré grand avantage d'une longue évolution en la matière dans les pays de common law, le virage culturel récent en faveur d'une culture de l'endettement des consommateurs a mis au premier rang la nécessité d'une réforme législative dans les pays de l'Europe continentale, la plupart étant de tradition civiliste, afin d'assurer la protection et la réhabilitation des consommateurs surendettés.

La prolifération du surendettement des consommateurs causé par l'incitation culturelle à la consommation excessive s'est poursuivie au cours de la dernière décennie, aggravant les difficultés financières que les ménages européens avaient vécues dans les années 1990. Par conséquent, de nombreuses personnes surendettées, bien instruites et issues de la classe moyenne, prises dans le ralentissement de l'activité économique ont demandé la protection de l'État et exercé des pressions politiques pour que soient adoptées des mesures visant à alléger le fardeau d'une dette excessive²⁹². Plusieurs auteurs décrivent le développement des régimes de faillite de consommateur en Europe durant les années 1990 et 2000 comme une conséquence directe de la déréglementation des marchés du crédit, laquelle conduit à des taux sans précédent de surendettement et à un nouveau besoin d'allègement légal de la dette²⁹³.

À cette époque, les lois continentales sur la faillite remontent au XIX^e siècle et, bien que plusieurs n'excluent pas expressément les débiteurs consommateurs, la faillite de consommateur perdait tout son sens à défaut d'une libération, aussi était-elle très rare²⁹⁴. Par exemple, en France, le seul remède ouvert au consommateur surendetté avant 1989 consiste à déposer une requête auprès du juge d'instance afin d'obtenir des délais de grâce ne pouvant pas excéder deux ans ainsi qu'un sursis à l'exécution des poursuites éventuellement engagées à son encontre²⁹⁵.

Les gouvernements européens sont donc forcés d'édicter à l'intention des consommateurs des lois sur l'allègement de la dette qui, jusqu'aux années 1990,

²⁹² Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 481.

²⁹³ Joseph Spooner, « Long Overdue: What The Belated Reform of Irish Personal Insolvency Law Tells Us About Comparative Consumer Bankruptcy » (Printemps 2012) 86:2 *The Am Bank LJ* 243 à la p 260 citant Ronald J Mann, *Charging Ahead: The Growth and Regulation of Payment Card Markets Around the World*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2007 à la p 179. Voir aussi Johanna Niemi, « Overindebted Households and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe » dans Iain Ramsay, William C Whitford et Johanna Niemi, dir, *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy: Comparative and International Perspectives*, Oxford (R-U), Hart Publishing, 2009 à la p 100 [Ramsay, Whitford & Niemi, *Consumer Credit*].

²⁹⁴ Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 479.

²⁹⁵ *Code civil* (1815 -), art 1244.

étaient pratiquement inexistantes²⁹⁶. Seuls le Danemark et le Royaume-Uni offrent aux consommateurs la libération d'une partie de leurs dettes par une voie législative imposée judiciairement²⁹⁷. Depuis la loi danoise de 1984 sur les arrangements avec les débiteurs et la loi française de 1989, dite *Loi Neiertz*, introduisant des arrangements de règlement concernant les dettes à la consommation, la plupart des pays de l'Europe continentale édictent une certaine forme de législation sur l'insolvabilité des consommateurs²⁹⁸.

Des réformes en profondeur des lois sur la faillite portant assistance aux débiteurs consommateurs surendettés sont adoptées au Danemark (1984), en France (1989), en Norvège (1992), en Finlande et en Autriche (1993), en Suède et en Allemagne (1994), aux Pays-Bas (1997), en Belgique (1998) et au Luxembourg (2000)²⁹⁹. Au cours de la dernière décennie, l'Estonie (2003), le Portugal et la Slovaquie (2004), la République tchèque (2006), la Lettonie et la Slovénie (2007), la Pologne (2008), la Grèce (2010) et, enfin, l'Irlande (2012) emboîtent également le pas³⁰⁰. Depuis 2012, plusieurs autres pays, comme la Roumanie, la Hongrie, la Russie, la Lituanie et l'Ukraine, envisagent ou entreprennent une telle réforme juridique³⁰¹.

La tendance de fond de la montée législative récente concernant l'insolvabilité des consommateurs dans les pays de l'Europe continentale consiste donc à créer ou à fournir des mesures d'allègement de la dette à l'intention des débiteurs. Selon Johanna Niemi, la différence fondamentale entre le droit européen civil et le droit anglo-saxon relié aux faillites des consommateurs est la notion du nouveau départ. Bien que le régime européen de l'insolvabilité vise également la réhabilitation éventuelle du débiteur, il demeure timide et semble se contredire puisqu'il privilégie le remboursement intégral des dettes du consommateur avant sa réhabilitation³⁰². S'inspirant de l'initiative du Danemark, les réformes mettent d'abord l'accent sur les « rajustements de la dette à la consommation » [notre traduction de *consumer debt adjustments*]³⁰³. De nombreux pays se

²⁹⁶ Gau-Cabée, *supra* note 5 à la p 47 ; Balaguy, *supra* note 33 à la p 104.

²⁹⁷ Jason J Kilborn, tel que rapporté dans Susan Block-Lieb, *Rapporteur's Synopsis of the World Bank Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force Meetings on Best Practices in the Insolvency of Natural Persons* (2011) au para 2, en ligne : International Insolvency Institute <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/352/6012.html>>.

²⁹⁸ Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 aux pp 482-83.

²⁹⁹ Tabb, *supra* note 254 à la p 765; Jason J Kilborn, « Expert Recommendations and the Evolution of European Best Practices for the Treatment of Overindebtedness, 1984-2010 » (2010) à la p 13 [non publié, archivé en ligne: SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1663108>>] [Kilborn, "Expert Recommendations"]; Ziegel, *Canadian Perspective*, *supra* note 159 aux pp 137-38 ; Niemi-Kiesiläinen, Ramsay et Whitford, *supra* note 239 à la p 42.

³⁰⁰ Kilborn, "Expert Recommendations", *supra* note 299 aux pp 13-15.

³⁰¹ *Ibid* à la p 13. Voir aussi Creditreform Economic Research Unit, *supra* note 286 à la p 32.

³⁰² Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 500.

³⁰³ Niemi-Kiesiläinen, Ramsay et Whitford, *supra* note 239 à la p 43.

méfient de la perspective d'une libération du débiteur à l'égard de ses responsabilités contractuelles, la fuite devant le paiement de ses dettes étant encore perçue comme la violation d'une obligation tant commerciale que morale³⁰⁴.

Bien que le crédit à la consommation n'ait pas progressé au même rythme dans les pays de l'Europe continentale, la corrélation entre l'industrie du crédit à la consommation et le surendettement des consommateurs n'en est pas moins évidente puisque plusieurs pays ont choisi d'adopter des mesures législatives pour régler conjointement ces deux questions. Par exemple, le *Code de la consommation*³⁰⁵ de la France arrête plusieurs procédures conçues, d'une part, pour prévenir le surendettement des particuliers en réglementant le crédit à la consommation et, d'autre part, pour régler les cas de surendettement.

Quatre facteurs distinguent initialement la législation civiliste sur le rajustement de la dette à la consommation de la législation de common law sur la faillite de consommateur. Premièrement, les objectifs législatifs de chaque régime d'insolvabilité sont complètement opposés. La préoccupation première des autorités législatives de common law vise à procurer aux débiteurs consommateurs la liberté à l'égard de leurs obligations financières tout en les encourageant à recommencer à contribuer, cette fois-ci positivement, à l'économie de la consommation. En guise de comparaison, Johanna Niemi fait remarquer que le surendettement des ménages privés en Europe est considéré principalement comme un problème social et non comme un échec du marché³⁰⁶. Par conséquent, les rajustements de la dette à la consommation ont pour effet de reconnaître l'existence « du débiteur honnête mais malchanceux » qui devrait bénéficier de la protection et de l'assistance de l'État providence.

Les législateurs européens s'attendent donc à réaliser la prévention, la réhabilitation et un changement du style de vie par l'entremise d'un remboursement partiel de la dette et d'une consultation en matière de dette, tandis que, dans les pays de common law, l'objectif vise la réhabilitation par l'entremise d'une libération de faillite et la liberté à l'égard des obligations financières du débiteur³⁰⁷. Cependant, pour les autorités législatives civilistes, l'objectif primordial des premières mesures de rajustement est qu'elles ne

³⁰⁴ Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 482.

³⁰⁵ *Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation*, JO, 27 juillet 1993, 10538.

³⁰⁶ Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 479.

³⁰⁷ Johanna Niemi-Kiesiläinen, « Symposium: Consumer Bankruptcies in a Comparative Context, The Role of Consumer Counselling as Part of the Bankruptcy Process in Europe » (1999) 37 Osgoode Hall LJ 409 à la p 413 [Niemi-Kiesiläinen, « Consumer Counselling »].

doivent aucunement dénaturer l'impératif moral général que constitue le remboursement des dettes du débiteur³⁰⁸.

Deuxièmement, le modèle européen de l'insolvabilité ne prévoit pas le libre accès à la procédure de rajustement de la dette à la consommation et, pour cette raison, est souvent limité par la loi. Johanna Niemi ajoute : « Il était naturel de limiter l'accès aux rajustements de la dette aux débiteurs qui se trouvaient sous le joug des risques sociaux analogues à ceux contre qui l'État providence protège normalement ses citoyens, à savoir le chômage, la maladie et l'invalidité imprévue » [notre traduction]³⁰⁹. Les débiteurs frauduleux, les débiteurs exploités du crédit à la consommation et les débiteurs de mauvaise foi qui sont réticents à rembourser leurs créanciers ont souvent été exclus de la législation européenne sur l'insolvabilité. Ces restrictions ont eu souvent pour conséquence d'écarter les débiteurs qui étaient tout simplement incapables de gérer leur crédit et de les priver de recours.

Troisièmement, les autorités législatives de droit civil insistent pour que tous les débiteurs consommateurs capables de fournir une contribution financière soient assujettis à un programme de paiement obligatoire. Bien que des modifications législatives récentes dans certains pays prévoient effectivement la libération automatique quand le débiteur est trop pauvre pour rembourser sa dette et dont la situation ne changera vraisemblablement pas dans l'avenir, la majorité des débiteurs ne goûteront à la liberté à l'égard de leur endettement qu'après avoir mené à terme leur programme de paiement. Johanna Niemi explique que la fonction du programme n'est pas seulement économique; elle vise plutôt à assurer que la procédure de rajustement ne constituera pas un moyen facile pour s'en sortir, le débiteur devant habituellement vivre à un simple niveau de subsistance pendant plusieurs années³¹⁰.

Enfin, comme l'exigent les objectifs, un accent tout particulier est mis sur les services de consultation en matière de dette. Le conseiller en endettement fait partie du régime de l'État providence et, dans plusieurs pays, il précède la législation courante concernant l'insolvabilité des consommateurs. Contrairement aux exigences canadiennes touchant la consultation préalable à la libération qui sont conçues pour demeurer générales, les services européens de consultation font partie intégrante de la procédure de rajustement de la dette et peuvent comporter une forme d'éducation sur la gestion du crédit à la consommation. Comme l'explique Johanna Niemi :

Le conseiller ferait bien de discuter avec le consommateur des raisons qui ont causé ses problèmes d'endettement et de la façon

³⁰⁸ Niemi-Kiesiläinen, « Comparative Context », *supra* note 194 à la p 482.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid* à la p 475.

de les éviter à l'avenir. Il devrait bien connaître les autres services sociaux et l'orienter vers ceux-ci, si besoin est. En outre, il devrait le former à l'acquisition des habiletés financières qui lui permettront de satisfaire aux obligations du programme de paiement. Puisque toutes les lois européennes relatives à la faillite de consommateur exigent du débiteur qu'il mène à terme un programme quinquennal et qu'il ne lui est permis de conserver que le niveau minimal de sécurité sociale du revenu pendant la durée du programme, le conseiller a pour tâche d'aider le consommateur à adapter son style de vie à ce niveau [notre traduction]³¹¹.

Les réformes législatives étant en cours, plusieurs pays européens ont maintenant mis sur pied un régime d'insolvabilité des consommateurs à trois recours, soit la procédure de désendettement extrajudiciaire, la procédure de désendettement judiciaire et la procédure de faillite personnelle³¹².

Dans son rapport de 2008 sur le surendettement des consommateurs, la Commission européenne fait remarquer que neuf pays ont arrêté une procédure formelle, mais extrajudiciaire de désendettement : l'Autriche, la Belgique, la France, l'Allemagne, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et le Royaume-Uni. Tous ont accordé la priorité à la négociation entre les créanciers et les débiteurs participant aux programmes de paiement avec l'aide, en général, d'un certain type d'administrateur agissant en qualité de médiateur. Toutefois, dans la plupart de ces pays, les arrangements de remboursement n'ont pas d'habitude d'effets juridiques contraignants puisque la participation du créancier n'est pas obligatoire.

À l'inverse, des différences considérables distinguent les diverses procédures extrajudiciaires. Il existe des variantes dans la portée de l'encadrement et du soutien des débiteurs de même que dans les obligations qui leur incombent et, bien que la norme concernant les délais soit de cinq ans, plusieurs pays s'écartent de cette durée du délai de paiement. L'importance accordée à la procédure extrajudiciaire de désendettement fluctue : depuis la simple tentative des parties de négocier un arrangement préalable à une procédure judiciaire, elle passe à une procédure hautement encouragée qui est considérée comme le fondement du désendettement, la participation judiciaire constituant un moyen de dernier recours³¹³. Il existe également de très grandes variations dans la gestion et l'administration des procédures extrajudiciaires de désendettement tout comme dans l'étendue du pouvoir de l'organe

³¹¹ Niemi-Kiesiläinen, « Consumer Counselling », *supra* note 307 à la p 412.

³¹² Commission européenne, *supra* note 257 aux pp 87-97.

³¹³ *Ibid* à la p 96.

administratif d'examiner aussi bien si les pratiques tant de prêt que d'emprunt sont responsables que si s'impose une réduction du niveau d'endettement.

En 2008, onze pays ayant fait l'objet de l'étude réalisée par la Commission européenne avaient instauré une procédure judiciaire de désendettement très élaborée, soit l'Autriche, la Belgique, la République tchèque, la Finlande, la France, l'Allemagne, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et le Royaume-Uni. Quatre domaines de similarité les caractérisaient, notamment l'objectif d'une procédure judiciaire de désendettement visant la mise sur pied d'un programme grâce auquel le débiteur se trouve en mesure de rembourser une certaine somme à ses créanciers. Parmi les autres caractéristiques communes, il convient de mentionner la participation obligatoire des créanciers et l'obligatorité de la décision judiciaire à l'égard de toutes les parties concernées. Afin d'assurer la réussite au programme de paiement, les tribunaux tiendront compte de la situation personnelle du débiteur et s'assureront qu'il lui reste un niveau minimal de revenu, lequel égalera dans la plupart des cas le revenu provenant de l'assistance sociale. Ils pourront aussi modifier le niveau de surendettement à l'aide de diverses techniques tels la suspension des droits d'exécution des créanciers, le report d'un programme de paiement au cas où la situation financière du débiteur devait s'améliorer, la priorisation du remboursement du capital préalablement au paiement des frais d'intérêt de même que la réduction de certaines dettes ou l'échelonnement des remboursements sur une plus longue période de temps, diminuant de la sorte les engagements de mensualités.

Il y a lieu de le répéter, les différences portent sur le rapport qui existe entre la procédure judiciaire de désendettement et la procédure extrajudiciaire parallèle ainsi que sur la durée du programme de paiement, laquelle est souvent déterminée en fonction du montant du remboursement. Ajoutons d'autres points de divergence : les arrangements conclus au titre de la surveillance et du traitement des remboursements effectués par les débiteurs, tels la saisie-arrêt des salaires et les paiements volontaires, ainsi que les conditions auxquelles sont assortis l'accès aux programmes de désendettement ou la participation à ceux-ci.

La Commission européenne observe, de plus, que les dispositions relatives à la faillite constituent une partie importante d'une démarche exhaustive entreprise à l'égard du surendettement et qu'elles ont été adoptées à l'intention des particuliers dans la plupart des pays étudiés³¹⁴. Le délai de la libération varie selon les pays, mais, en général, il est de cinq ans ou plus et doit courir en conformité avec la procédure de désendettement.

Bien que leurs lois eussent prévu initialement des mesures hésitantes et timides d'allègement de la dette, ces pays ont dans l'ensemble modifié subséquemment

³¹⁴ *Ibid* à la p 94.

leur législation en vue d'édicter tant des dispositions prévoyant un accès plus généreux à ces mesures que de nouvelles dispositions relatives à la libération dans l'éventualité où le failli, incapable de rembourser sa dette, se trouverait dans une situation qu'il serait vraisemblablement incapable de changer. De plus en plus de pays reconnaissent donc le besoin de mettre en œuvre une forme simplifiée de faillite ou de libération immédiate dans le cas des gens dépourvus d'actif et à très faible revenu dont la situation financière est irrémédiablement compromise.

Depuis la promulgation des nouvelles lois sur l'insolvabilité des consommateurs, la recherche exhaustive de Jason Kilborn sur les régimes d'insolvabilité des consommateurs révèle une réforme continue des politiques sur l'insolvabilité des consommateurs depuis les années 1990³¹⁵. En 2011, 19 États européens (18 des 27 États membres de l'Union européenne et la Norvège) avaient adopté des lois qui permettent aux particuliers de solliciter la libération forcée de dettes non professionnelles³¹⁶. Au cours de la dernière décennie, une tendance claire se dégage, tirée en grande partie de considérations pratiques, favorisant l'uniformité de traitement et la libération énergique des dettes des particuliers³¹⁷.

Malgré ces réformes récentes, les faillites de consommateur au sein des autorités législatives de droit civil demeurent au premier chef des rajustements de la dette à la consommation puisque, contrairement aux législations de common law, la réhabilitation du failli par l'effet de sa libération ne constitue pas l'objectif principal qu'entendent réaliser les lois civilistes sur l'insolvabilité. Bien au contraire, l'adoption de mesures réhabilitantes expéditives résulte souvent de la volonté d'améliorer le régime afin de le rendre plus efficient tout en réduisant les surcharges administratives et judiciaires.

³¹⁵ Jason Kilborn, « Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion, and Sacrifice » dans Ramsay, Whitford & Niemi, *Consumer Credit*, *supra* note 293 aux pp 308-09 [Kilborn, « Two Decades »] ; Kilborn, « Expert Recommendations », *supra* note 299. Pour les études qui s'attachent à des pays en particulier voir Jason Kilborn, « Continuity, Change and Innovation in Emerging Consumer Bankruptcy Systems: Belgium and Luxembourg » (2006), *Am Bankr Inst L Rev* 69 [Kilborn, « Belgium and Luxembourg »]; Jason Kilborn, « The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the U.S. » (2004), *24 Nw J Int'l L & Bus* 257 ; Jason Kilborn, « La Responsabilisation de L'Economie: What the United States Can Learn from the New French Law on Consumer Overindebtedness » (2005), *26 Mich J Int'l L* 619.

³¹⁶ Block-Lieb, *supra* note 297 à la 4.

³¹⁷ Kilborn, « Two Decades », *supra* note 315 à la p 308. Par exemple, la France a réformé sa législation en matière d'insolvabilité pour prévoir une disposition sur la libération automatique semblable à la disposition canadienne dans les cas où la situation financière du failli est irrémédiablement compromise et ne comprend que les biens du ménage. Voir *infra* note 332.

L'évolution législative du nouveau régime d'insolvabilité en France peut illustrer le développement juridique d'un nouveau domaine du droit civil, soit le droit du surendettement des particuliers³¹⁸. La loi innovatrice de 1989 dite *Loi Neiertz* prévoit, d'une part, une procédure de règlement à l'amiable relevant de la commission de surendettement des particuliers et, d'autre part, une procédure de règlement judiciaire confiée au tribunal d'instance³¹⁹. Lorsqu'un règlement sous phase amiable était impossible, le deuxième volet de la procédure permettait au juge d'imposer un redressement.

« La réforme de la législation sur le surendettement était d'autant plus attendue que le phénomène du surendettement perdurait en s'amplifiant, et que de très nombreux débiteurs sollicitèrent le bénéfice des dispositions de [...] 1989 au point que les tribunaux furent rapidement submergés »³²⁰. De plus, l'analyse du régime révèle que le recours à un tel redressement judiciaire avait pour effet d'encombrer inutilement les tribunaux et fût donc supprimé en 1995³²¹.

La nouvelle procédure de surendettement devient le modèle à trois étapes que l'on connaît aujourd'hui qui se déroule en grande partie devant la commission de surendettement. Cette procédure se caractérise d'abord par une phase amiable au cours de laquelle la commission met sur pied un plan conventionnel de redressement avec l'accord du débiteur et des créanciers d'une durée maximale de huit ans, à moins qu'il s'agisse du remboursement d'un prêt hypothécaire. Afin d'élaborer un plan, la commission établit le revenu excédentaire du débiteur qui pourra être affecté au remboursement des dettes et propose certaines mesures telles que « la réduction des dépenses du demandeur, la vente d'une partie de son patrimoine, en évitant d'y inclure le logement principal, la réduction du taux d'intérêt ou la suppression des intérêts, le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes et l'interdiction d'actes qui pourraient aggraver l'insolvabilité du surendetté »³²².

Ensuite, lorsqu'un consensus n'a pu être obtenu sur un plan conventionnel de redressement, la commission émet des recommandations ayant pour but de contribuer au mieux-être de la situation du débiteur³²³. Le choix des mesures

³¹⁸ Voir par ex Vigneau, Bourin et Cardini, *supra* note 207.

³¹⁹ *Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, JO 2 janvier 1990, 18. Voir aussi Balaguy, *supra* note 33 à la p 104.

³²⁰ Vigneau, Bourin et Cardini, *supra* note 207 aux pp 9-10.

³²¹ *Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, JO, 9 février 1995, 2175 ; Philippe Dominati, Sénat, Rapport N° 447, Session ordinaire de 2008-2009 à la p 54.

³²² République française, *Surendettement : conciliation et plan conventionnel de redressement*, en ligne : Service-Public.fr <<http://vosdroits.service-public.fr/F16982.xhtml>>.

³²³ République française, *Surendettement : procédure des mesures imposées ou recommandées*, en ligne : Service-Public.fr <<http://vosdroits.service-public.fr/F1947.xhtml>>.

relève du pouvoir d'appréciation de la commission, laquelle peut imposer le rééchelonnement des paiements des dettes (sur une période maximale de huit ans), l'imputation des paiements en priorité sur le capital, la réduction des taux d'intérêt ou la suspension des dettes autres qu'alimentaires (pendant deux ans au maximum). Elle peut aussi décider qu'il convient beaucoup plus, vu la situation du débiteur, de recommander « la réduction de la dette immobilière résiduelle après la vente du logement principal ou l'effacement partiel des créances, qui ne peut être proposé sans être combiné à au moins une mesure imposée » ; ces dernières recommandations doivent toutefois être validées par le juge d'instance, et c'est à cette étape qu'entre en jeu la phase judiciaire de contrôle des décisions de la commission qui n'est que rarement utilisée³²⁴.

Au début des années 2000, les situations de surendettement sont devenues trop importantes pour le régime français d'insolvabilité³²⁵.

Si, en effet, le surendettement des ménages dans les années 1980 se caractérisait par un recours au crédit supérieur à la capacité de remboursement permise par leurs revenus, depuis les années 1990, le surendettement procède moins de l'excès de crédit que d'une faiblesse de revenus inhérente à la crise économique et au chômage. Or, autant le rééchelonnement des dettes d'un débiteur qui a des ressources, accompagné le cas échéant de la suppression du cours des intérêts, peut lui permettre à terme de solder l'ensemble de son passif, autant de telles mesures sont vaines quand le débiteur n'a ni biens ni revenus, au point de disposer d'une capacité de remboursement dérisoire par rapport à son endettement. Appauvris par le chômage, la maladie ou le divorce, la majorité des débiteurs ont dorénavant une capacité financière si faible que les mesures de réduction d'intérêt et d'étalement des dettes ne suffisent plus pour envisager le règlement de leur situation d'endettement. L'apurement de leur passif sans passer par un effacement de leurs dettes est, en ce qui les concerne, illusoire³²⁶.

Aussi le gouvernement a-t-il dû édicter en 2003 la procédure nouvelle de « rétablissement personnel » que l'on retrouve aujourd'hui dans le *Code de la consommation*³²⁷. Selon cette procédure, lorsque la commission constate que la situation du débiteur est « irrémédiablement compromise », c'est dire que les

³²⁴ Dominati, *supra* note 321 à la p 54.

³²⁵ *Ibid* à la p 55.

³²⁶ Vigneau, Bourin et Cardini, *supra* note 207 à la p 11.

³²⁷ *Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine*, JO, 2 août 2003, 13281, art 35; *Code de la consommation*, art L332-5 et suivants.

mesures de redressement ordinaires ne sont plus suffisantes pour améliorer la situation d'endettement. Le cas échéant, la commission peut recommander au juge d'instance le « rétablissement personnel sans liquidation judiciaire » lorsque le patrimoine du débiteur ne se compose que « des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale»³²⁸ ou le « rétablissement personnel avec liquidation judiciaire » lorsque le patrimoine du débiteur se compose de biens dont la vente peut couvrir le remboursement d'au moins une partie des dettes³²⁹. Bref, ce dispositif a été conçu pour permettre au débiteur qui semble s'être trop profondément enfoncé dans le surendettement de recommencer à neuf³³⁰.

Sauf accord du créancier, les procédures de rétablissement personnel permettent donc l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du surendetté, à l'exception des dettes alimentaires, des amendes ou réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ou des dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale³³¹.

Les réformes importantes visant à rendre le système de traitement du surendettement plus efficace se poursuivront en 2010 avec l'adoption de la loi dite *Loi Lagarde*³³². L'un des changements importants apportés touche la suspension, enclenchée non plus par le juge à la suite d'une demande de la commission, mais par la seule recevabilité du dossier, de la procédure d'exécution contre le débiteur ainsi que de tout type de pénalité ou d'intérêt produit par une créance jusqu'à ce que soit recommandé un plan de règlement ou une mesure³³³. Cette suspension crée aussi certaines interdictions, dont le fait

³²⁸ *Code de la consommation*, art L330-1. Voir aussi *ibid*, L332-5 - L332-12 ; République française, *Surendettement : rétablissement personnel sans liquidation judiciaire*, en ligne : Service-Public.fr <<http://vosdroits.service-public.fr/F16978.xhtml>>.

³²⁹ *Code de la consommation*, art L330-1 ; République française, *Surendettement : rétablissement personnel avec liquidation judiciaire*, en ligne : Service-Public.fr <<http://vosdroits.service-public.fr/F2432.xhtml>>. Voir aussi *Code de la consommation*, art L332-5 - L332-12.

³³⁰ Dominati, *supra* note 321 à la p 57.

³³¹ *Code de la consommation*, art L333-1.

³³² *Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*, JO, 2 juillet 2010, 12001 [*Loi Lagarde*]; Mark Béguery, « Le dispositif de traitement des situations de surendettement des particuliers : les principaux effets de la loi Lagarde » (2010) 182:4 *Bulletin de la Banque de France* 59 à la p 60. Voir aussi Ministère de la Justice, République française, *Circulaire du 19 décembre 2011 relative au traitement des situations de surendettement*, BOMJL n°2011-12 (30 décembre 2011) en ligne : Légifrance.gouv.fr <http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/12/cir_34348.pdf>.

³³³ *Code de la consommation*, art L331-3-1, L331-6 ; Béguery, *supra* note 332 à la p 64.

pour le débiteur « d’accomplir tout acte qui aggraverait son insolvabilité »³³⁴. En ce qui concerne les mesures de règlement amiable, la loi vient diminuer la durée à huit ans plutôt qu’à dix³³⁵.

Toutefois, dans une tentative de déjudiciarisation, la *Loi Lagarde* modifie le fonctionnement de ces mesures de manière à ce que « seules les propositions comportant une recommandation d’effacement partiel des dettes ou une obligation mise à la charge du débiteur pour faciliter le paiement de ses dettes » soient désormais soumises à l’examen du juge³³⁶. Dans la même ligne de pensée, le législateur a aussi tenté de déjudiciariser la procédure de rétablissement personnel dans laquelle le juge n’interviendra plus que dans certaines circonstances précises, soit lorsque le débiteur a en sa possession une valeur d’éléments d’actif non négligeable qui commande la liquidation judiciaire avant de pouvoir procéder à l’effacement des dettes³³⁷.

À l’instar des autorités législatives européennes de droit civil, les pays de common law ont également entrepris de réformer leur régime d’insolvabilité et de faillite. En Angleterre, les conséquences de la dérégulation du plafonnement des taux d’intérêt des prêts à la consommation ainsi que des restrictions à la vente à tempérament et aux prêts hypothécaires commencent à se faire sentir. En 1976, le *Bankruptcy Act, 1914* est modifié afin de prévoir dans un nombre limité de cas la libération automatique, laquelle est déclenchée cinq ans après la date de la faillite³³⁸.

Le *Insolvency Act 1986* offre un nombre limité d’options pour le soulagement du débiteur : la faillite menant à la libération de dettes après deux ans d’administration sommaire ou trois ans pour les autres cas lorsqu’il n’est pas possible d’établir un plan de paiement volontaire d’une durée habituelle de cinq ans³³⁹. Lorsque la conduite du débiteur est de bonne foi et n’offusque pas l’intérêt public, la durée de la faillite est réduite de nouveau en 2004 par le *Enterprise Act 2002*. Cette loi prévoit désormais que le failli est libéré de sa

³³⁴ *Ibid* à la p 63 ; *Code de la consommation*, art L331-3-2.

³³⁵ *Code de la consommation*, art L331-6 (« Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu’il fait l’objet d’une révision ou d’un renouvellement, ne peut excéder huit années. Les mesures du plan peuvent excéder ces délais lorsqu’elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l’achat d’un bien immobilier constituant la résidence principale et dont le plan permet d’éviter la cession par le débiteur »). Voir aussi *ibid*, L331-7, L332.10.

³³⁶ Béguery, *supra* note 332 à la p 65.

³³⁷ Dominati, *supra* note 321 à la p 115.

³³⁸ *Insolvency Act 1976* (R-U), c 60, art 7.

³³⁹ *Insolvency Act 1986* (R-U), c 45, art 279 ; Ziegel, *Canadian Perspective*, *supra* note 159 aux pp 118-19; Fletcher, *supra* note 83 à la p 361.

faillite à la fin de la période d'un an à compter de la date à laquelle commence la faillite³⁴⁰.

Considérant la prédilection historique de la loi américaine pour la réhabilitation ou le « fresh start » des débiteurs, il est intéressant de noter que les États-Unis amorcent en 1984 le renversement des rapports entre débiteurs et créanciers. Gagnant une victoire symbolique, ces derniers incitent le gouvernement à restreindre l'abus des débiteurs de la libération accordée par le chapitre 7 de la loi. Ainsi, les modifications législatives de 1984 confèrent aux juges le pouvoir de refuser au débiteur, en cas d'abus, la requête en faillite et la protection de la faillite³⁴¹.

Malgré les avis des experts tels que la professeure Elizabeth Warren, selon lesquels les modifications législatives envisagées entraveraient l'efficacité de la loi, les États-Unis édictent le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*³⁴². Cette loi restreint l'option, ouverte sans restrictions, pour les débiteurs de tous les niveaux de revenu d'avoir accès aux avantages du chapitre 7. La loi dirige plutôt un plus grand nombre de débiteurs vers le chapitre 13, lequel exige qu'une partie des dettes soit remboursée. Tout débiteur qui touche un revenu supérieur au revenu moyen de son État de résidence doit subir un examen de ses moyens (le « *means test* ») avant d'être autorisé à déclarer faillite en invoquant le chapitre 7.

La nouvelle loi limite ainsi l'accès des consommateurs à la protection offerte par la loi sur la faillite et, en particulier, par le chapitre 7. Auparavant, lorsque le passif du débiteur consistait principalement en des dettes de consommation, le droit sur la faillite autorisait la tenue d'une enquête après laquelle le syndic ou la cour pouvait retirer le droit d'invoquer le chapitre 7, s'il y avait preuve d'un abus substantiel de la part du débiteur. Selon la nouvelle loi de 2005 qui vise la prévention de l'abus, cette preuve est maintenant présumée dans deux circonstances : selon l'examen des moyens du débiteur ou par l'intermédiaire d'un constat de mauvaise foi, déterminée par un ensemble de circonstances³⁴³. Ainsi, lorsque le revenu excédentaire du débiteur est supérieur au seuil précisé

³⁴⁰ *Enterprise Act 2002* (R-U), c 40, art 256 modifiant *Insolvency Act 1986*, supra note 339 (en vigueur 1^{er} avril 2004). En effet, le paragraphe 279(2) du *Insolvency Act 1986* prévoit une demande de libération accélérée qui accorde la libération des personnes dont la faillite résulte d'une malchance qui n'est pas accompagnée d'une conduite coupable avant la fin de la première année suivant le commencement de la faillite.

³⁴¹ *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984*, Pub L No 98-353, 98 Stat 333 modifiant *Bankruptcy Code*, 11 USC ; Ziegel, *Canadian Perspective*, supra note 159 à la p 56 ; Gelpi et Julien-Labruyère, supra note 2 à la p 213.

³⁴² *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, Pub L 109-8, 119 Stat 23 modifiant 11 USC.

³⁴³ 11 USC § 707 (b) (2) - (3).

dans la loi après l'examen de ses moyens, la présomption d'abus est établie et ne peut être réfutée que dans le cas de « circonstances spéciales »³⁴⁴.

Au Canada, après plusieurs initiatives entreprises entre 1970 et 1984 qui n'ont conduit à aucune modification de fond significative des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* intéressant le groupe que l'on appelle maintenant les consommateurs faillis, le comité Colter propose des modifications qu'il qualifie de prioritaires³⁴⁵. Son rapport, publié en 1986, constitue le fondement des édictions législatives de 1992³⁴⁶. Deux de ces réformes législatives portent essentiellement sur les faillites personnelles pour lesquelles la libération automatique s'avère possible après une période de neuf mois dans les cas d'une première faillite et sur la tenue de séances de consultation obligatoires³⁴⁷.

Par la suite, le gouvernement canadien adopte une démarche plus organisée afin de moderniser la législation sur la faillite et l'insolvabilité en constituant le Comité consultatif sur la faillite et l'insolvabilité en 1993. Les recommandations de ce groupe forment le fondement des modifications de 1997³⁴⁸, qui, comme celles des cinq années précédentes, ont trait en grande partie aux intérêts commerciaux en la matière, une exception notable étant celle qui exige dorénavant que le revenu excédentaire soit versé par le particulier à l'actif de la faillite pendant la durée de son statut de failli.

La reconnaissance significative de l'importance grandissante du surendettement et de la faillite des consommateurs est reconnue lorsque le surintendant des faillites constitue le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (GTIP) en 1992. Dans son rapport de 2003³⁴⁹, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce est influencé par le rapport du GTIP³⁵⁰ dans la formulation de ses recommandations, plusieurs ayant été rédigées dans le projet de loi C-55³⁵¹.

³⁴⁴ 11 USC, § 707(b)(2)(B).

³⁴⁵ Canada, Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité, *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite*, 2^e éd, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1986.

³⁴⁶ *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, LC 1992 c 27.

³⁴⁷ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC, 1985, c B-3, art 157.1, 168.1 [LFI].

³⁴⁸ *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, LC 1997, c 12.

³⁴⁹ Canada, Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, 2003 (président : Richard H Kroft), en ligne : Sénat du Canada, Comité des banques et commerces <www.senate-senat.ca/bancom.asp>.

³⁵⁰ BSF, Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle, *Rapport final*, Ottawa, BSF, 2002.

³⁵¹ *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, LC 2005 c 47.

Après les problèmes qu'avait entraînés l'adoption hâtive du projet de loi sans examen en profondeur des comités parlementaires, le projet de loi C-62³⁵² qui a suivi est présenté au Parlement le 13 juin 2007. Le Parlement ayant été prorogé, il est présenté de nouveau sous le nom de projet de loi C-12, puis reçoit la sanction royale le 14 décembre 2007. Les dispositions relatives à l'insolvabilité des consommateurs entrent en vigueur le 18 septembre 2009.

Les modifications apportées en 2009 changent considérablement le processus de la libération automatique, réduisant l'intervention judiciaire par l'application de lignes directrices obligatoires dans des circonstances bien précises. La personne mise en faillite pour la première fois qui devait verser son revenu excédentaire est maintenant libérée après une période de vingt et un mois. Celle qui récidive en faillite est libérée après une période de vingt-quatre mois, sauf si elle est tenue de verser des paiements au titre de son revenu excédentaire, auquel cas le délai est porté à trente-six mois. Le failli ayant des dettes fiscales personnelles qui sont supérieures à 200 000 \$ et qui représentent plus de 75 % du total des réclamations déposées est inadmissible à la libération automatique³⁵³. Une audience de libération est donc nécessaire et les demandes de libération ne seront pas acceptées avant l'expiration de la période de libération automatique dans le cas du débiteur dont les dettes sont étrangères à une dette fiscale.

Le changement de politique visant à s'éloigner du régime de libération strict pour adopter celui qui accentue l'accent sur les programmes de paiement est manifeste dans les modifications de 1997 concernant les propositions de consommateur que prévoit la Section II et celles de 2009 qui élargissent l'ouverture de ce recours en haussant la limite du passif non garanti pour ces propositions, la faisant passer de 75 000 à 250 000 \$. Les propositions que prévoit la Section II sont expéditives et économiques pour toutes les parties parce qu'elles peuvent être acceptées par résolution ordinaire des assemblées de créanciers, l'approbation judiciaire n'étant pas obligatoire dans la plupart des cas.

Bien qu'un failli mérite que la possibilité lui soit accordée d'amorcer un nouveau départ, le régime canadien accorde le pouvoir d'appréciation à l'organe judiciaire de refuser ou d'accorder la libération conditionnelle afin de favoriser la réhabilitation financière du failli tout en protégeant à la fois le droit des créanciers au recouvrement partiel et la confiance du public dans le régime d'insolvabilité³⁵⁴. En fait, avant les modifications législatives de 2009 qui ont

³⁵² *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, LC 2007 c 36.

³⁵³ *LFI*, supra note 347, art 172.1(1).

³⁵⁴ Voir par ex *Re Osesky (Bankrupt)* (1998), 132 Man R (2d) 83, 7 CBR (4^e) 238, au para 26 ; *Re Brydges*, [2009] AN-B n° 21 (QL).

permis les libérations automatiques des récidivistes, les libérations refusées se chiffraient à environ 10 %³⁵⁵. Les dernières statistiques canadiennes montrent, toutefois, que ce pourcentage a chuté à 3 % depuis 2009. Certains facteurs peuvent expliquer cette baisse. D'une part, le nombre de propositions a plus que doublé depuis 2007, passant de 21 808 à 45 425 en 2011. Par conséquent, un plus grand nombre de débiteurs insolvable qui auparavant tentaient d'éviter de rembourser un pourcentage de leurs créances par l'entremise de la faillite déposent maintenant des propositions de consommateur. D'autre part, la nouvelle libération automatique des cas de deuxième faillite élimine la révision judiciaire des demandes de libération des récidivistes qui autrement auraient été refusées.

4) L'accès et la réglementation du crédit à la consommation au Canada

L'accès au crédit à la consommation au Canada est ouvert à un pourcentage élevé de la population adulte. Malgré certaines améliorations apportées par la législation pour rendre plus évidents le calcul des taux d'intérêt et l'application des frais administratifs et des pénalités, le surendettement et les faillites ne cessent d'augmenter.

La législation relative au surendettement est plutôt corrective. En tant que mécanisme de gestion des risques des créanciers, la loi est axée sur la réhabilitation du débiteur pour qu'il puisse retourner sur le marché du crédit afin de pouvoir consommer davantage. L'attention est portée sur la prévention plutôt que sur l'évitement de la récidive.

Le marché des services de crédit est divers et attirant : la multiplicité des options mène souvent à l'utilisation trop libérale du crédit par le consommateur, compte tenu de son revenu probable. Chaque élément du marché du crédit est réglementé jusqu'à un certain point, mais les lois ne sont ni intégrées ni compréhensives.

a) Les lignes de crédit domiciliaire

La ligne de crédit domiciliaire s'entend du type de crédit dans lequel le prêteur accepte de prêter une somme d'argent pendant une période déterminée, la contrepartie de ce prêt étant représentée par la valeur nette réelle que possède le débiteur dans sa maison³⁵⁶. Depuis le début des années 2000, l'augmentation de la valeur des propriétés immobilières au Canada a fait accroître les demandes de lignes de crédit domiciliaires et coïncide avec la croissance de l'endettement des ménages. Selon la Banque du Canada,

³⁵⁵ Les données ont été générées par le BSF le 12 octobre 2012.

³⁵⁶ Janis Sarra, *À quel prix? L'accès au crédit à la consommation au Canada après la crise financière*, 2011 à la p 26 (au dossier du BSF) [Sarrra, *À quel prix?*].

[I]e principal moteur de croissance de l'endettement des ménages a été l'extraction de liquidités de l'avoir propre foncier, mécanisme qui permet aux ménages d'emprunter sur la valeur nette de leur logement existant en haussant le montant de leur emprunt hypothécaire ou en tirant des fonds sur une ligne de crédit garantie par leur patrimoine immobilier³⁵⁷.

À première vue, ce type de crédit ne présente pas un risque élevé pour le débiteur, le pourcentage de la valeur nette que possède le propriétaire garanti par sa sûreté étant limité. Le danger se trouve dans le recours au crédit pour effectuer des dépenses quotidiennes plutôt que pour procéder à des placements à long terme qui augmentent la capacité de gagner un revenu ou qui sont réinvestis dans l'actif. Selon une étude récente de Janis Sarra³⁵⁸, la ligne de crédit a été initialement conçue pour servir à obtenir des fonds en cas d'urgence ou payer des dépenses majeures telles que les études postsecondaires, les améliorations apportées à la maison ou les frais médicaux, et non des dépenses courantes. Cependant, elle est maintenant utilisée à des fins non prévues initialement et plusieurs consommateurs s'en servent comme un compte de retrait ou pour payer leurs dettes de consommation telles que les cartes de crédit, perdant ainsi toute la valeur nette accumulée dans leur maison. Cette pratique mène à une réduction graduelle, même imperceptible, de la valeur nette que possède le débiteur.

De plus, la ligne de crédit risque de n'être remboursée qu'à très long terme puisqu'on exige seulement un paiement mensuel minimal, souvent un montant qui se limite au seul paiement de l'intérêt. Par conséquent, le capital hypothécaire n'est pas réduit et la valeur nette originale garantie n'est jamais récupérée. Si le prêt sert à apporter des améliorations au bien augmentant ainsi sa valeur, la convention pourrait être prévoyante. Cependant, si les montants empruntés sont affectés au paiement d'autres dettes ou à des dépenses quotidiennes, le débiteur réduit progressivement sa valeur nette. Les conséquences qu'entraîne ce genre de ligne de crédit ne sont donc pas connues du débiteur et la force de dissuasion de contracter d'autres dettes n'est pas grande. Selon Janis Sarra, l'utilisation croissante de ce type de financement alternatif par les consommateurs laisse présager des difficultés quant à leur niveau d'endettement et à leur sécurité économique à long terme³⁵⁹.

Précédemment, du point de vue des politiques gouvernementales et économiques, la ligne de crédit constituait un générateur économique qui ne devait pas être assujéti à un cadre réglementaire trop restrictif. Selon la *Loi sur*

³⁵⁷ Banque du Canada, « Les emprunts et les dépenses des ménages au Canada », Hiver 2011-2012 Revue de la Banque du Canada 18 à la p 18.

³⁵⁸ Sarra, *À quel prix?*, *supra* note 356 aux pp 26-27.

³⁵⁹ *Ibid* à la p 27.

*les banques*³⁶⁰, il est interdit à une banque de faire garantir par un immeuble résidentiel un prêt consenti pour l'achat, la rénovation ou l'amélioration de cet immeuble, ou de renouveler un tel prêt, si la somme de celui-ci et du solde impayé de toute hypothèque de rang égal ou supérieur excède 80 % de la valeur de l'immeuble au moment du prêt, à moins que le prêt soit garanti ou assuré par une tierce partie selon ce que prévoit le paragraphe 418(2).

Toutefois, depuis la crise économique de 2008, certaines restrictions ont été adoptées afin de freiner la crise actuelle du surendettement des consommateurs. Puisque les lignes de crédit domiciliaires sont foncièrement des produits plus à risque, compte tenu de leur caractère rotatif et de la persistance du solde des dettes, le Bureau du surintendant des institutions financières Canada (BSIF) a récemment diffusé une nouvelle ligne directrice qui énonce ses attentes au sujet de la souscription prudente de prêts hypothécaires résidentiels. Parmi les nouvelles pratiques et procédures, le BSIF s'attend à ce que les institutions financières fédérales limitent la composante des lignes de crédit domiciliaires non amortie d'un prêt hypothécaire résidentiel à 65 % du ratio prêt-valeur et que la tranche du prêt qui dépasse la proportion visée par la limite de 65 % du ratio prêt-valeur soit amortie³⁶¹.

De surcroît, la législation récente a rendu plus évidents les moyens de communiquer les taux d'intérêt, leurs hausses et la division entre l'intérêt et le capital de chaque paiement³⁶². Il s'agit d'une étape positive. Les avantages de ces améliorations sont quand même axés sur la présomption selon laquelle le consommateur possède un certain degré de littératie financière, surtout s'il doit gérer concurremment plusieurs comptes de crédit. Le taux d'insolvabilité personnelle au Canada nous permet de conclure que ce degré de littératie financière demeure insuffisant et, jusqu'à ce que cet objectif soit atteint, une protection législative d'une plus grande ampleur s'avère nécessaire. En effet, selon un sondage « Leger Marketing » réalisé par Lawyers' Professional Indemnity Company (LawPRO) pour le programme d'assurance titre TitrePLUS, plus du tiers des Canadiens disposent d'une ligne de crédit domiciliaire, mais la plupart semblent ignorer les conséquences reliées à l'utilisation de ce type de crédit, c'est-à-dire la possibilité de nuire au dossier de crédit, l'ajout d'une

³⁶⁰ *Loi sur les banques*, LC 1991, c 46, art 418(1).

³⁶¹ Bureau du surintendant des institutions financières Canada (BSIF), *Ligne directrice B-20, Pratiques et procédures de souscription de prêts hypothécaires résidentiels* (juin 2012), en ligne : BSIF < http://www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/fra/directrices/saines/directrices/b20_f.pdf>.

³⁶² Voir par ex *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101 modifié par SOR/2009-258, art 11.

deuxième hypothèque sur la maison et la perte de la valeur nette de la maison³⁶³.

b) Les cartes de crédit

Depuis la mise en marché de la carte de Diners Club en 1960, les cartes de crédit, en raison de leur utilisation inconsidérée par les consommateurs dans nos sociétés contemporaines, sont devenues l'une des causes primordiales du surendettement des particuliers.

Compte tenu de la marge de profit provenant de ce genre d'entreprise, l'industrie se développe avec l'arrivée de Visa et Mastercard au début des années 1970 et de nombreux détaillants. Pendant une période de trente ans entre 1977 et 2007, le nombre de cartes de crédit émises par les deux réseaux principaux de cartes de paiement, VISA et Mastercard, augmente de plus de 780 %, soit de 8,2 millions à 64,1 millions³⁶⁴.

Cette compétition donne naissance toutefois à une commercialisation forcenée. Selon Jacob Ziegel, des études américaines montrent que les émetteurs de cartes de crédit contribuent de différentes façons à l'utilisation abusive des cartes de crédit, notamment par l'expédition massive de demandes de carte de crédit non sollicitées, la sollicitation auprès de jeunes étudiants, l'augmentation de la limite autorisée sans que le titulaire de la carte en fasse la demande et la modification soudaine du taux d'intérêt³⁶⁵.

Une prise de conscience accrue de la participation des cartes de crédit au surendettement mène à l'édiction de certaines mesures législatives pour protéger le consommateur. Ces démarches émanent du gouvernement fédéral par l'adoption de la *Loi sur les réseaux de cartes de paiement*³⁶⁶ pour les réseaux tels que VISA, Mastercard, American Express et Interac. Bien que l'objectif gouvernemental soit louable, le pouvoir réglementaire du gouvernement n'est pas encore en vigueur et l'industrie demeure autoréglementée. Selon les objectifs du nouveau *Code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit* auxquels les réseaux de cartes de paiement choisissent volontairement d'adhérer et dont le respect est surveillé par l'Agence de la consommation en matière financière du Canada, l'industrie s'engage à :

³⁶³ Lawyers' Professional Indemnity Company (LawPRO), communiqué « Canadians lack knowledge about home equity lines of credit, but only one-in-ten seek expert legal advice, poll reveals » (15 novembre 2011), en ligne : LawPRO <<http://www.lawpro.ca/news/pdf/TP-home-equity-line-of-credit.pdf>>.

³⁶⁴ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 31.

³⁶⁵ *Ibid* à la p 32.

³⁶⁶ *Loi sur les réseaux de cartes de paiement*, LC 2010, c 12, art 1834, art 6.

1. veiller à ce que les commerçants soient pleinement informés des coûts associés à l'acceptation de paiements par carte de crédit ou de débit, ce qui leur permet de prévoir raisonnablement les coûts mensuels relatifs à l'acceptation de tels paiements;
2. accorder une marge de manœuvre accrue en matière de tarification, afin d'encourager les consommateurs à choisir l'option de paiement la moins coûteuse;
3. permettre aux commerçants de choisir librement les options de paiement qu'ils accepteront³⁶⁷.

Il est intéressant de noter que la plupart des codes volontaires établis par l'Agence de la consommation en matière financière au Canada (ACFC) sont destinés à la protection des détaillants plutôt que des consommateurs.

S'agissant de la réglementation des cartes de crédit provenant d'une banque, les dispositions législatives visant la protection des intérêts des consommateurs se trouvent dans la *Loi sur les banques*, laquelle exige :

- 1) La divulgation du taux d'intérêt au moment de la sollicitation ou de l'application, et sur chaque relevé mensuel.
- 2) Un relevé mensuel contenant une liste de transactions effectuées, le montant à payer avant la date d'échéance afin de recevoir les bénéfices d'une période de grâce.
- 3) La divulgation des paiements du dernier mois, des achats réalisés pendant le mois en cours, des avances de crédit et des frais quelconques.
- 4) Des renseignements écrits dans un langage simple pour les consommateurs.
- 5) Les règles sur la publicité.
- 6) Les limites à la responsabilité du consommateur en cas de fraude³⁶⁸.

Enfin, les cartes de paiement provenant des détaillants particuliers sont réglementées par les lois provinciales sur la protection des consommateurs.

³⁶⁷ Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC), *Code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit*, en ligne : ACFC <<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/industrie/obligations/codeCond/conductCode-fra.asp>>.

³⁶⁸ *Loi sur les banques*, *supra* note 360, art 452.

Malgré des taux d'intérêt aussi élevés³⁶⁹, les cartes de crédit représentent le genre de crédit le plus utilisé en raison de sa commodité et l'approbation sociale contemporaine. Au Canada, plus de 74,5 millions de cartes VISA et Mastercard sont actuellement en circulation³⁷⁰. Cette approbation sociale résulte d'une promotion systémique de vente et de commercialisation. Le sens aigu des affaires accepte qu'il soit tout à fait normal d'obtenir des marchandises désirées de cette façon.

On peut certainement argumenter que les cartes de crédit constituent un outil pratique comme moyen de paiement pour obtenir sur-le-champ des biens et des services, pourvu qu'elles ne deviennent pas par défaut une forme de prêt renouvelable et que les soldes s'accumulent. Quoique l'Association des banquiers canadiens indique que 64 % des clients paient l'intégralité du solde avant échéance, il reste que cette statistique montre que 36 % des débiteurs s'en abstiennent³⁷¹. De plus, les profits réalisés par les réseaux de cartes de paiement permettent de formuler l'hypothèse que ce système n'incite pas les consommateurs à effectuer des paiements importants sur le capital.

En outre, le paiement minimal sur la carte de crédit n'aide pas à réduire le montant des dettes accumulées par les consommateurs. En effet, un professionnel dans le domaine du crédit soutient que, pour un montant de 2 000 \$, un consommateur qui paie le montant minimal sur sa carte de crédit prendrait trente-six ans pour s'acquitter de sa dette³⁷². Le fait d'avoir plusieurs comptes de cartes de crédit peut facilement résulter en une perte de contrôle sur ses finances personnelles et le niveau élevé de créances aux réseaux de cartes de crédit dans les faillites personnelles témoigne de cette situation.

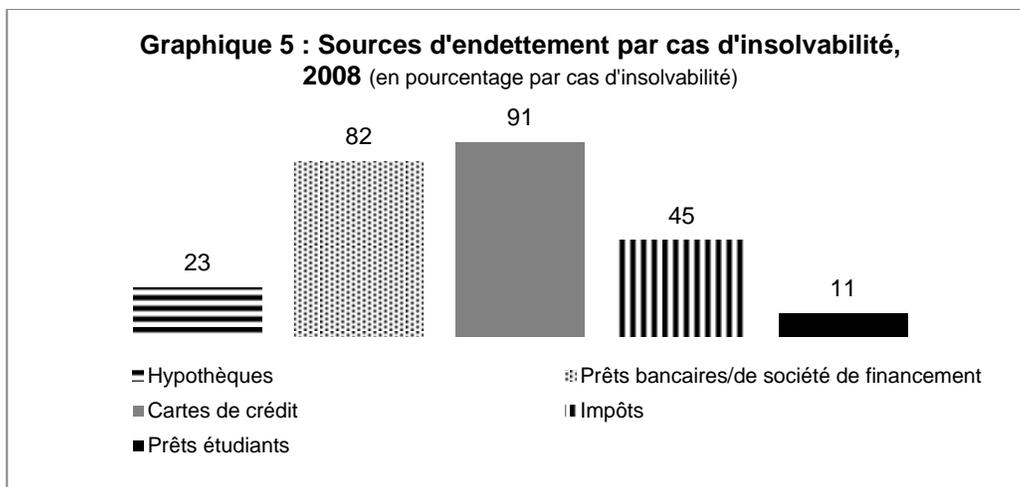
Le type de dettes déclarées par les consommateurs insolubles fait ressortir également l'incidence de la popularité au Canada du crédit à la consommation.

³⁶⁹ Les taux d'intérêt élevés exigés par l'industrie se justifient par l'accès aux montants prêtés sans garantie, le non-paiement d'intérêt avant échéance et l'accès en tout temps.

³⁷⁰ Association des banquiers canadiens, *Les cartes de crédit : statistiques et données*, 2012, en ligne : ABC <<http://www.cba.ca/fr/media-room/50-backgrounds-on-banking-issues/123-credit-cards>>.

³⁷¹ Association des banquiers canadiens, *Les banques et les consommateurs*, 2013, en ligne : ABC <<http://www.cba.ca/fr/media-room/50-backgrounders-on-banking-issues/127-banks-and-consumers>> citant Strategic Counsel, *Assessment of Canada's Banks*, mai 2011.

³⁷² Sarra, *À quel prix?*, *supra* note 356 à la p 34.



* Source : Ressources humaines et Développement des compétences Canada (2011)³⁷³

En 2008, même si les prêts hypothécaires à l'habitation comptaient pour les deux tiers de la dette des ménages, 23 % seulement des personnes qui ont déposé une proposition ou qui ont déclaré faillite ont indiqué qu'une hypothèque constituait une source d'endettement. En outre, 91 % d'entre elles ont dit qu'une partie de leur dette provenait d'une carte de crédit, ce qui en faisait le type le plus fréquent de dette signalé. De même, en 2002, une étude de la Banque de France révèle que 80 % des cas relevant de la procédure d'insolvabilité comportaient plus que quatre types de crédit renouvelable consenti sans que soit effectuée une analyse approfondie de la situation du débiteur³⁷⁴.

c) Le marché parallèle du crédit

Avec l'essor du marché du crédit à la consommation au XX^e siècle et l'évolution grandissante de son utilisation depuis les années 1980, certaines formes nouvelles du crédit ciblent les démunis et les plus vulnérables de la société. Le marché parallèle du crédit offre depuis le début des années 1990 différentes formes de crédit, dont l'encaissement de chèques, le prêt sur salaire et le prêt sur gage³⁷⁵. Ces services visent généralement les consommateurs à faible revenu, notamment ceux qui ne possèdent pas de cartes de crédit ou qui n'ont plus le

³⁷³ Ressources humaines et Développement des compétences Canada, *supra* note 284.

³⁷⁴ France, Assemblée nationale, Commission des Affaires économiques, de l'Environnement et du Territoire, « Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques, de l'Environnement et du Territoire sur la proposition de Loi (n° 2029) de Mm. Jean-Christophe Lagarde et Hervé Morin, tendant à prévenir le surendettement », Session du 19 janvier 2005 à la p 5, en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2034.asp>>.

³⁷⁵ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 34.

droit d'en utiliser³⁷⁶. Par ailleurs, plusieurs personnes qui ne peuvent pas obtenir de prêts personnels de leur banque ou de leur coopérative de crédit optent par nécessité pour un marché parallèle du crédit, beaucoup plus dispendieux, certes, puisque l'industrie du financement alternatif peut percevoir un taux d'intérêt plus élevé afin d'indemniser les prêteurs au titre de l'accroissement du risque³⁷⁷.

Iain Ramsay explique de quelle manière le secteur du financement alternatif présente des caractéristiques particulières :

Premièrement, individuellement les consommateurs paient leurs biens et services beaucoup plus cher dans ce secteur que dans celui du secteur financier principal. Deuxièmement, bien que l'argument soit que ces institutions offrent du crédit aux prêteurs à haut risque, donc qu'elles servent une demande légitime; il faut également considérer l'évidence des pratiques de vente frauduleuses et des tactiques de collection abusives. [...] Troisièmement, [...] il y a moins de ressources sociales dédiées à la surveillance et au renforcement de la réglementation du secteur de financement alternatif au Canada sur une base régulière que dans les marchés à revenu moyen. Il y a donc, à la fois, la nature régressive des prix pratiqués dans ces marchés et la nature régressive du renforcement d'état. Quatrièmement, l'argument veut que l'exécution de la réglementation soit particulièrement problématique en ce qui a trait à ce secteur, à cause de la capacité imaginative de certains fournisseurs de services financiers alternatifs à restructurer les transactions de façon à éviter la morsure de la réglementation et parce que les coûts pour accéder à ce marché et à en sortir sont peu élevés. Finalement, [...] il est évident que les banques, malgré leurs efforts de relations publiques, ne sont pas fortement engagées à cultiver la clientèle du faible revenu ou encore à animer les succursales desservant les zones de faible revenu qui ne génèrent pas assez de profits. L'existence du secteur alternatif est en partie une conséquence des pratiques des principales institutions financières³⁷⁸.

Le cadre réglementaire, aussi limité qu'il était, n'a suivi cette évolution que très récemment et, même maintenant, il y a tout lieu de se poser des questions au sujet de l'efficacité véritable des dispositions législatives.

³⁷⁶ *Ibid* à la p 34.

³⁷⁷ Sarra, *À quel prix?*, *supra* note 356 à la p 7.

³⁷⁸ Iain Ramsay, *Accès au crédit sur le marché parallèle du crédit à la consommation*, Ottawa, 2000 aux pp 5-6, en ligne : Industrie Canada <[http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/ramsay_fr.pdf/\\$FILE/ramsay_fr.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/ramsay_fr.pdf/$FILE/ramsay_fr.pdf)>.

(i) L'encaissement de chèques

Bien que le transfert électronique de fonds devienne de plus en plus généralisé, l'utilisation des chèques est encore courante surtout parmi les personnes les plus vulnérables de notre société contemporaine. D'ailleurs, de nombreux particuliers reçoivent périodiquement des fonds d'un éventail de programmes de prestations gouvernementales. Cependant, afin d'accéder à ces fonds, environ 7 % de la population canadienne, proportion faible mais non négligeable, utilise des services coûteux d'une industrie professionnelle d'encaissement de chèque relativement récente, mais en pleine expansion depuis les deux dernières décennies³⁷⁹.

Une entreprise d'encaissement de chèques permet l'encaissement de chèques contre paiement de certains frais, notamment des frais fixes majorés de frais représentant un pourcentage du montant du chèque et, parfois, des frais d'adhésion. « Les plus grandes entreprises d'encaissement de chèques au Canada, *Money Mart* et *Cash Money*, demandent actuellement des frais fixes de 2,99 \$ par chèque, majorés de 2,99 p. 100 du montant du chèque. Pour un chèque de 500 \$, les frais d'encaissement sont donc de 17,94 \$ »³⁸⁰. En comparaison avec le coût associé à un compte bancaire, les frais payés pour encaisser un chèque de cette façon sont donc relativement élevés. De surcroît, le recours à ces services ne fournit pas la possibilité « de déposer une partie des fonds encaissés et encourage plutôt une dépense immédiate de l'argent reçu »³⁸¹.

Selon l'étude récente de la Commission du droit de l'Ontario, les raisons qui incitent les consommateurs à utiliser ses services plutôt que ceux des institutions financières ordinaires sont multiples : l'emplacement, les heures d'ouverture ou l'absence d'établissements financiers ordinaires et les catégories des personnes sans services bancaires ou mal servies par les banques, les exigences en matière d'identification, les politiques de retenue de fonds des institutions financières ordinaires, la saisie des fonds encaissés et le recouvrement des dettes impayées ainsi que les obstacles liés aux attitudes³⁸².

Il est intéressant de noter que le taux d'utilisation le plus faible des établissements d'encaissement de chèques au Canada se trouve au Québec. La

³⁷⁹ Commission du droit de l'Ontario, *Les frais d'encaissement des chèques du gouvernement, Rapport final*, 2008, aux pp 1-2, en ligne : CDO <<http://www.lco-cdo.org/fr/cheque-cashing-fees-final-report>>; Ramsay, *Accès au crédit*, *supra* note 378 à la p 6 [Commission du droit de l'Ontario, *Rapport final*].

³⁸⁰ Commission du droit de l'Ontario, *Rapport final*, *supra* note 379 à la p 2. Voir aussi Ramsay, *Accès au crédit*, *supra* note 378 aux pp 7-8.

³⁸¹ *Ibid* à la p 8.

³⁸² Commission du droit de l'Ontario, *Rapport final*, *supra* note 379 aux pp 3-4. Voir aussi Ramsay, *Accès au crédit*, *supra* note 378 note aux pp 7, 20.

rareté de ces services peut s'expliquer par deux facteurs. En plus de l'interdiction de recevoir des frais pour encaisser un chèque du gouvernement, la province enregistre un pourcentage de personnes sans services bancaires moins élevé que la moyenne nationale grâce à l'existence des caisses populaires dans la société québécoise³⁸³.

Selon l'étude récente de la Commission du droit de l'Ontario sur les frais d'encaissement des chèques du gouvernement, l'objectif principal des gouvernements vise à réduire la nécessité des bénéficiaires des prestations gouvernementales de recourir aux services parallèles d'encaissement de chèques par l'entremise d'ententes d'indemnisation, de réglementation ou d'autres modes de versement³⁸⁴.

Ainsi, plusieurs autorités législatives ont conclu avec les banques des ententes afin de permettre à quiconque, qu'il soit ou non client des institutions financières concernées, d'encaisser des chèques du gouvernement sur présentation d'une pièce d'identité suffisante. En contrepartie, le gouvernement s'engage à rembourser les banques, si le chèque présenté donne lieu à de la fraude. Il y a déjà 25 à 30 ans, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a conclu avec les banques une entente d'indemnisation qui vise les chèques de l'aide sociale. Depuis, le gouvernement fédéral, la Colombie-Britannique, l'Alberta et le Québec ont tous conclu différentes sortes d'ententes d'indemnisation avec les banques, dont certaines plafonnent à 1 500 \$ la protection offerte aux chèques.

Accompagnant les ententes d'indemnisation, plusieurs gouvernements ont adopté des mesures législatives afin de réglementer ce service d'encaissement de chèques puisque, n'acceptant pas de dépôt, ces entreprises sont à l'abri des règlements fédéraux relatifs aux banques. Cinq autorités législatives canadiennes ont adopté des mesures qui réglementent les frais exigés pour encaisser des chèques gouvernementaux. Deux d'entre eux réglementent ces frais, tandis que trois autres les interdisent.

Depuis 1978 et 1980, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec respectivement ont interdit la demande de frais pour encaisser des chèques gouvernementaux. Accompagné d'une entente d'indemnisation conclue avec ces institutions, le gouvernement fédéral interdit seulement aux institutions financières que vise la *Loi sur les banques* d'exiger des frais d'encaissement pour

³⁸³ *Ibid* à la p 8.

³⁸⁴ Commission du droit de l'Ontario, *Les frais d'encaissement des chèques du gouvernement, Rapport final: La situation ailleurs*, 2008, en ligne : CDO <<http://www.lco-cdo.org/fr/cheque-cashing-fees-final-report-other-jurisdictions>> [Commission du droit de l'Ontario, *La situation ailleurs*]; Commission du droit de l'Ontario, *Rapport final, supra* note 379 aux pp 94-95, annexe C.

les chèques d'au plus 1 500 \$³⁸⁵. En comparaison, la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec vise tous les chèques du gouvernement fédéral, du gouvernement provincial et des municipalités, et elle s'applique aux services financiers ordinaires et parallèles³⁸⁶. Pareillement, la Saskatchewan considère que, étant des sociétés de financement au sens de sa loi sur les sociétés de prêt et de fiducie, les entreprises d'encaissement de chèques sont soumises à l'interdiction fédérale des frais d'encaissement de chèques³⁸⁷.

Par ailleurs, le Manitoba et la Colombie-Britannique ont récemment modifié, en 2006 et 2007 respectivement, leurs lois sur la protection des consommateurs afin à la fois de réglementer les services de prêts sur salaire et de fixer le montant maximal des frais d'encaissement des chèques du gouvernement³⁸⁸. Au Manitoba, la Régie des services publics du Manitoba est chargée d'établir ce montant maximal. Elle a fixé ces frais en 2007 qui ont été maintenus en 2010 à 3 \$ par chèque, plus 2 % de son montant, sauf lorsque le chèque fait l'objet d'une retenue ou que la personne qui l'encaisse oblige celle qui reçoit les fonds à acheter des produits d'une valeur égale ou supérieure à 10 % de son montant³⁸⁹. Bien que la loi de 2007 de la Colombie-Britannique prévoit que seules les personnes prescrites par règlement peuvent demander des frais pour encaisser un chèque du gouvernement fédéral, de la province et des municipalités, les dispositions législatives sur l'encaissement des chèques ne sont toujours pas en vigueur.

Enfin, puisqu'il est possible d'éliminer la nécessité d'encaisser des chèques et les coûts y afférents en évitant de se servir de ces instruments pour verser des prestations publiques, les gouvernements explorent également des modes de rechange concernant le versement des prestations.

³⁸⁵ *Loi sur les banques*, supra note 360, par 458(4), *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184, art 6-10. Le nouvel article 458.1(1), ajouté à la loi fédérale en 2001, précise que les banques doivent encaisser sans frais les chèques fédéraux d'une valeur maximale de 1 500 \$ pour n'importe qui, même pour les particuliers qui ne sont pas leurs clients.

³⁸⁶ *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c P-40.1, art 251.

³⁸⁷ *Trust and Loan Corporations Act, 1997*, RSS, c T22.2, art 30 ; *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, LC 1991, c 45, art 443(4).

³⁸⁸ *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur (frais d'encaissement des chèques du gouvernement)*, LM 2006, c 17 (en vigueur le 1^{er} octobre 2007) ; *Business Practices and Consumer Protection (Payday Loans) Amendment Act, 2007*, SBC 2007, c 35 (en vigueur le 1^{er} novembre 2009 à l'exception des dispositions relatives à l'encaissement des chèques).

³⁸⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, CPLM, c C200, partie XIX (sur les frais d'encaissement des chèques du gouvernement); Régie des services publics du Manitoba, Ordonnances n^{os} 072/07, 51/10, *Les frais maximaux pour l'encaissement des chèques du gouvernement*, en ligne : Régie des services publics du Manitoba <<http://www.pub.gov.mb.ca/misc.html>>.

Plusieurs administrations comptent des programmes qui encouragent le recours au virement automatique comme mode de versement de leurs paiements. L'Alberta, en particulier, dispose d'un programme bien organisé et fortement publicisé de virement automatique des prestations de l'aide sociale. Plus récemment, l'Alberta, de nouveau, et la Colombie-Britannique ont fait l'essai de cartes de débit prépayées pour verser les prestations de l'aide sociale aux prestataires qui n'ont pas de compte dans une banque ou dans une caisse³⁹⁰.

Répondant à la demande des consommateurs, les entreprises qui offrent le service d'encaissement de chèques le dispensent habituellement dans le cadre d'un éventail de services financiers parallèles, dont les prêts sur salaire.

(ii) Le prêt sur salaire

Bien que leur présence aux États-Unis puisse être décelée à partir des années 1980, les entreprises de prêt sur salaire ne se sont établies au Canada qu'au milieu des années 1990. Vingt ans plus tard, le prêt sur salaire devient le service financier alternatif le plus visible et le plus important du marché parallèle du crédit à la consommation. Les réseaux du prêt sur salaire offrent un petit prêt de nantissement à court terme, dont le capital se chiffre généralement à moins de 1 000 \$ et pour lequel la sûreté consiste en un chèque au montant du prêt, des intérêts et des frais administratifs postdatés au jour de paie prochain. Pourvu que l'emprunteur dispose d'une carte d'identité, d'un compte de banque et d'une source de revenus, les prêteurs sur salaire consentiront le prêt sans vérifier le dossier de crédit ni la capacité de l'emprunteur de rembourser le prêt³⁹¹. Plusieurs prêteurs sur salaire annoncent même aux consommateurs qu'ils ne vérifient pas le dossier de crédit de l'emprunteur³⁹².

Comme pour les services parallèles d'encaissement de chèques, plusieurs facteurs peuvent pousser une personne à opter pour ce type de crédit : « les emprunteurs trouvent cette option intéressante en raison de la proximité des établissements, de la confidentialité des transactions, de l'absence de vérification de crédit, et du fait qu'il ne soit pas nécessaire de fournir de garantie pour le remboursement du prêt »³⁹³. Selon Stephanie Ben-Ishai, les prêteurs sur salaire sont plus accueillants, notamment par l'offre active de services dans la

³⁹⁰ Commission du droit de l'Ontario, *La situation ailleurs*, supra note 384.

³⁹¹ ACORN Canada, *A Conflict of Interest: How Canada's Largest Banks Support Predatory Lending*, Ottawa, 2007 à la p 4, en ligne : ACORN Canada <<http://www.acorncanada.org/payday-lending-a-remittances/227-report-how-canadas-biggest-banks-support-predatory-lending>>.

³⁹² Stephanie Ben-Ishai, « Regulating Payday Lenders in Canada: Drawing on American Lessons » (2008) 23 BFLR 323 à la p 331.

³⁹³ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », supra note 16 à la p 36.

langue du groupe ethnique dominant dans le quartier, et plus accessibles tant quant aux heures d'ouverture qu'à leur emplacement³⁹⁴. Par exemple, à Toronto et à Vancouver, les banques tendent à fermer leurs portes dans les quartiers à faible revenu, tandis que les prêteurs sur salaire profitent de l'occasion pour s'établir dans ces secteurs³⁹⁵.

En 2009, il y avait 1 300 établissements de prêt sur salaire au Canada, dont le chiffre d'affaires approximatif s'élevait à deux milliards \$, la plupart se trouvant dans des quartiers à faible revenu³⁹⁶. Puisque les prêts sur salaire sont destinés surtout aux individus incapables de se prévaloir d'autres formes de crédit, l'industrie est souvent critiquée et qualifiée de prédatrice, mais elle rétorque qu'elle ne remplit qu'une lacune dans le marché du crédit.

En sus du taux maximal, il faut compter des frais administratifs supplémentaires qui rendent ce genre de prêts, surtout dans les cas fréquents de renouvellement, le plus dispendieux de tous. Selon une étude réalisée par Ernst & Young en 2004 pour l'Association canadienne des prêteurs sur salaire, l'emprunteur qui utilise ce type de crédit pour la première fois finit, en moyenne, par renouveler son prêt à quinze reprises³⁹⁷. Puisqu'ils ne sont pas capables de rembourser la totalité de leur prêt à la date d'échéance, les emprunteurs acceptent normalement de renouveler leur prêt pour une autre période de deux semaines plutôt que de laisser le prêteur encaisser leur chèque, lequel risquerait de se trouver sans provision et d'occasionner des frais supplémentaires en raison de ce manque de provision.

Jacob Ziegel fait remarquer que le prêt sur salaire est très critiqué parce que « les coûts d'emprunt sont trop élevés et peuvent laisser l'emprunteur plus mal en point qu'il ne l'était avant le prêt »³⁹⁸. Une étude manitobaine estime en 2007 qu'un prêt sur salaire de 250 \$ portant une échéance de douze jours exige des

³⁹⁴ Ben-Ishai, *supra* note 392 à la p 330.

³⁹⁵ Voir Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 36 citant John Leland, « Non-Profit Payday Loans? Yes, to Mixed Reviews » *New York Times* (28 août 2007) (selon Jacob Ziegel, on ne trouve pas encore au Canada une concentration d'établissements qui offrent des prêts sur salaire comparable à celle qu'on observe dans certaines villes américaines, mais « c'est sans doute un présage de ce que nous réserve l'avenir si le nombre de Canadiens à faible revenu continue de croître. Ainsi, Appleton, au Wisconsin, une ville de 70 000 habitants, compte 19 établissements de prêt sur salaire, 5 restaurants McDonald, 3 Pizza Huts, et 4 Starbucks »).

³⁹⁶ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 35. Voir aussi ACORN Canada, *supra* note 391 à la p 2 (en 2004, ACORN a publié un rapport intitulé *Protecting Canadians' Interest: Reining in the Payday Lending Industry*, lequel documente la fermeture de plus de sept cent succursales bancaires au pays dans une période de seulement deux ans, soit de 2001 à 2003. Le rapport analyse les emplacements de ces fermetures et constate qu'ils étaient largement concentrés dans les quartiers à faible revenu).

³⁹⁷ ACORN Canada, *supra* note 391 à la p 4.

³⁹⁸ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 36.

frais représentant un taux moyen annuel de 778 % au lieu des taux des marges de crédit et des cartes de crédit ordinaires, qui portent des taux de 10 à 36 %³⁹⁹. De surcroît, les taux annuels exigés par les prêteurs sur salaire ont augmenté de 42,5 % entre 2002 et 2007. La même année, le rapport d'ACORN Canada indique que les établissements demandant un taux d'intérêt qui varie entre 380 à 900 %, violant ainsi l'article 347 du *Code criminel*, qui fixe le taux d'intérêt maximal annuel à 60 %⁴⁰⁰.

Les profits potentiels évidents de ces entreprises expliquent pourquoi, plutôt qu'encourager les emprunteurs à payer leurs dettes, elles les incitent à rallonger la durée du prêt ou à souscrire un autre prêt pour rembourser le premier⁴⁰¹. Selon l'étude de Stephanie Ben-Ishai, un prêteur est même allé jusqu'à n'offrir au consommateur aucuns frais pour le troisième prêt en guise de remerciement pour sa loyauté⁴⁰². De plus, étant souvent accordé pour une durée de deux semaines, période très courte pour recouvrer la somme nécessaire aux fins de remboursement du prêt, le prêt sur salaire force les emprunteurs à contracter d'autres prêts pour rembourser les autres, créant ainsi un cercle vicieux d'endettement impossible à gérer⁴⁰³. Il est impérieux de comprendre que les consommateurs visés par ce type de prêt ne disposent pas souvent du surplus nécessaire dans leur budget pour rembourser le prêt puisque, si tel était le cas, ils n'auraient jamais recouru au prêt sur salaire⁴⁰⁴.

À la suite de nombreux recours collectifs introduits contre des entreprises de prêt sur salaire au Canada prétendant que l'article 347 du *Code criminel* a été violé⁴⁰⁵, le Parlement a en 2007 autorisé les provinces à réglementer l'industrie des prêteurs sur salaire en modifiant cette disposition législative afin de la rendre inapplicable au prêt sur salaire dans les provinces ayant adopté des mesures législatives aux fins de protéger les bénéficiaires de prêts sur salaire qui a) exigent l'obtention d'un permis pour consentir des prêts sur salaires, b) réglementent le coût des prêts en fixant un plafond selon le coût total des prêts

³⁹⁹ J Buckland et al, *Serving or exploiting people facing a short-term credit crunch: A study of consumer aspects of payday lending in Manitoba*, Report for the November 2007 Public Utilities Board Hearing to Cap Payday Loan Fees, Winnipeg, 2007, aux pp 8-9.

⁴⁰⁰ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 art 347 ; ACORN Canada, *supra* note 391 à la p 4.

⁴⁰¹ Ben-Ishai, *supra* note 392 à la p 327.

⁴⁰² *Ibid* à la p 332.

⁴⁰³ *Ibid* à la p 327.

⁴⁰⁴ *Ibid* aux pp 327-28

⁴⁰⁵ Voir Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 37. En 2008, quelque trente recours collectifs ont été intentés en Colombie-Britannique, en Alberta et en Ontario, dont plusieurs ont été réglés à l'amiable depuis, accordant des millions \$ en restitution aux clients canadiens des prêteurs sur salaire.

et c) restreignent au maximum leur somme et leur durée à 1 500 \$ et à 62 jours⁴⁰⁶.

À la date du présent rapport, six provinces, soit le Manitoba, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan, l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique, ont édicté des mesures législatives afin de réglementer l'industrie des prêts sur salaire⁴⁰⁷. Une nouvelle loi de l'Île-du-Prince-Édouard intitulée *Payday Loans Act* a reçu la sanction royale le 15 mai 2009; cependant, elle n'a pas encore été proclamée dans l'attente de la réglementation d'application. Les provinces qui ont légiféré en la matière ont prévu différentes mesures, dont un taux d'intérêt maximal, la possibilité raisonnable d'annuler le prêt, l'interdiction de renouveler ou de prolonger la durée du prêt, la divulgation du coût du crédit et l'obligation pour le prêteur d'obtenir une licence⁴⁰⁸.

À titre d'exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* du Manitoba restreint les activités des prêteurs sur salaire⁴⁰⁹. Certaines modalités importantes consistant à permettre à l'emprunteur de résilier un prêt de dépannage dans les quarante-huit heures suivant la réception de l'avance initiale, d'invalider toute cession de salaire accordée en contrepartie du prêt, d'interdire la conclusion d'un contrat prévoyant l'obtention d'un prêt dont le montant excède le pourcentage prescrit de la rémunération nette de l'emprunteur et de restreindre les prêts simultanés. Cette dernière restriction interdit au prêteur d'offrir un prêt à l'emprunteur qui a contracté une dette envers lui en raison d'un prêt de dépannage existant, sauf si le nouveau prêt est un prêt de remplacement et que la dette découlant du prêt existant s'éteint dès qu'est versée l'avance initiale que prévoit le nouveau prêt⁴¹⁰.

De plus, le *Règlement sur les prêts de dépannage* du Manitoba, modifié en 2009 et en 2010, fixe le taux d'intérêt maximal à 17 % du capital du prêt, le montant maximal du prêt à 30 % de la rémunération nette de l'emprunteur et le coût total du crédit relatif à un prêt prolongé ou renouvelé devant être d'au plus 5 %

⁴⁰⁶ *Code criminel*, supra note 400, 347.1(2); *Décret de désignation de l'Alberta relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2010-21; *Décret de désignation de l'Ontario relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2009-277; *Décret de désignation de la Colombie-Britannique relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2009-278; *Décret de désignation de la Nouvelle-Écosse relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2009-177; *Décret de désignation de la Saskatchewan relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2011-204; *Décret de désignation du Manitoba relativement aux dispositions sur le taux d'intérêt criminel du Code criminel*, DORS/2008-212. Voir aussi Ziegel, « Insolvabilité personnelle », supra note 16 à la p 37.

⁴⁰⁷ Ben-Ishai, supra note 392 à la p 335.

⁴⁰⁸ *Ibid* aux pp 335-336.

⁴⁰⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, CPLM c C200, partie XVIII.

⁴¹⁰ *Ibid*, art 154(1)

du capital du prêt⁴¹¹. En outre, il prévoit des renseignements supplémentaires nécessaires au contrat de prêt de dépannage, notamment le capital du prêt, la durée en jours, l'échéance, le coût total du crédit et du taux annuel de pourcentage, une mention indiquant que le prêt est à coût élevé ainsi que le détail des droits, des commissions, des frais, des pénalités, des intérêts et des autres sommes exigées à l'égard du prêt⁴¹².

Le législateur manitobain reconnaît ainsi que les prêts sur salaire sont utilisés par des personnes qui, parfois, s'y connaissent peu en finances et qui ont besoin d'une protection globale. Il est permis de se demander si le problème consiste en un manque de connaissances financières ou plutôt en un déni d'accès aux autres réseaux de crédit.

La dépendance aux services marginaux coûte cher et, même s'ils ne mènent pas à l'insolvabilité pour tous les emprunteurs, ces prêts n'aident pas à améliorer un dossier de crédit ni à tirer avantage de son état financier général. L'exclusion régulière des consommateurs à faible revenu du marché du crédit constitue un sujet pour lequel les données actuelles ne sont pas suffisantes pour nous permettre de tirer des conclusions précises⁴¹³. Quoi qu'il en soit, il sera intéressant de voir si les autres provinces suivront la direction prise par le Manitoba et réduiront comme lui le taux d'intérêt maximal exigé pour un prêt sur salaire.

(iii) Le prêt sur gage

Vestige des prêts sur gage romains, des Monts-de-piété français et des *pawnbrokers* anglais, l'industrie des prêteurs sur gage jouit d'un nouvel essor au Canada. Ce type de crédit à la consommation s'entend de la prise de biens mobiliers par le prêteur en garantie du remboursement du prêt. Selon l'étude d'Iain Ramsay, le prêt qu'accorde le prêteur est « généralement entre 5 et 10 % du prix original des biens, ce qui représente à peu près un tiers à une demie du prix que le prêteur s'attend à recevoir pour la vente des biens » et le taux de remboursement des prêts sur gage varie de 70 à 80 %⁴¹⁴.

L'attrait historique et actuel de ce type de crédit pour les consommateurs s'explique par la simplicité de l'opération et l'absence de l'exigence de prouver la capacité financière et de risque au dossier de crédit personnel. Pour cette raison,

⁴¹¹ *Règlement 99/2007*, art 13.1, 15.2.

⁴¹² *Ibid*, art 14.

⁴¹³ Jerry Buckland et Wayne Simpson, « Analysis of Credit Constraint and Financial Exclusion With Canadian Microdata » présentée à la Canadian Economics Association Conference (7 juin 2008) [non publiée], en ligne : Canadian Economics Association <<http://economics.ca/2008/papers/0300.pdf>>.

⁴¹⁴ Ramsay, *Accès au crédit*, *supra* note 378 à la p 13.

le prêt sur gage a gagné de la popularité depuis les dix dernières années et est beaucoup plus utilisé par les consommateurs⁴¹⁵.

La réglementation de cette industrie est encore sporadique au Canada. Il existe des lois en Ontario, en Saskatchewan et dans les trois territoires⁴¹⁶. Au lieu d'édicter une réglementation provinciale, certaines provinces ont choisi de déléguer ce pouvoir aux municipalités. Par exemple, au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les municipalités* exige qu'une entreprise ne peut exercer le commerce des prêts sur gages dans la province sans avoir obtenu à cette fin un permis annuel⁴¹⁷. Par ailleurs, même s'il n'existe pas de législation dans certaines autres provinces, plusieurs municipalités ont réglementé « le prêt sur gage en imposant aux prêteurs l'obligation d'obtenir un permis, non pas tant pour la protection des débiteurs-gagistes, mais pour empêcher que ces établissements ne deviennent des dépôts de biens volés »⁴¹⁸.

L'exigence du permis annuel est la même en Ontario dans la *Loi sur le prêt sur gages*. Toutefois, contrairement au Nouveau-Brunswick, la loi ontarienne prévoit des restrictions et des obligations imposées aux prêteurs partout dans la province. Selon l'article 8, le prêteur sur gages ne peut, entre autres, acheter un objet, ni recevoir ou prendre en gage un objet d'une personne qui lui semble être soit âgée de moins de dix-huit ans, soit sous l'effet de l'alcool ou de la drogue, permettre qu'un gage mis en gage chez lui soit dégagé dans l'intention de l'acheter lui-même ou conclure, avec le propriétaire d'un objet ou avec une personne le mettant ou offrant de le mettre en gage, un contrat ou une entente en prévoyant la disposition, notamment par achat ou par vente, dans le délai imparti pour le dégager. De plus, la loi exige que le prêteur sur gage donne un avis prescrit à l'emprunteur l'informant que, sauf si le gage est dégagé, le prêteur sur gage en acquiert la pleine propriété⁴¹⁹. Enfin, l'article 28 fixe les frais maximums en sus des intérêts légalement exigibles sur la somme prêtée.

Tout comme les autres services financiers parallèles, l'absence de réglementation nationale concernant les prêts sur gage au Canada est préoccupante, vu que « [l']écart important dans la position de négociation des emprunteurs avec les prêteurs sur gage rend les premiers particulièrement vulnérables aux pratiques déloyales des seconds »⁴²⁰. L'importance d'assurer la

⁴¹⁵ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 22.

⁴¹⁶ *Loi sur le prêt sur gages*, LRO, 1990 C-6 ; *Pawned Property (Recording) Act*, SS 2003, c P-4.2 ; *Lois sur les prêteurs sur gages et les revendeurs*, LRTN-O 1988, c P-2 ; LRTN-O (Nu) 1988, c P-2 ; RSY 2002, c 167. Voir toutefois *Deregulation Statutes Amendment Act, 2002*, SBC 2002, c 12, art 30 abrogeant *Pawnbrokers Act*, RSBC, 1996, c 350.

⁴¹⁷ *Loi sur les municipalités*, LRN-B 1973, c M-22, art 165-167.1.

⁴¹⁸ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 22.

⁴¹⁹ *Loi sur le prêt sur gages*, *supra* note 416, art 20 à 22.

⁴²⁰ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 22.

protection des consommateurs est constatée par la réglementation des établissements de prêt sur gage en Angleterre depuis le XVI^e siècle et, aux États-Unis, depuis la seconde moitié du XIX^e siècle.

d) Le dossier de crédit, le pointage et la cote de crédit

Nous l'avons expliqué précédemment, le développement du marché du crédit à la consommation résulte en partie de l'instauration d'un bon système d'évaluation du risque de défaut des débiteurs, lequel devient de plus en plus essentiel pour les créanciers qui offrent du crédit aux consommateurs, compte tenu du taux d'endettement des ménages au Canada.

Ainsi, le dossier de crédit du particulier donne un bon aperçu et une évaluation complète de ses antécédents en matière de crédit et représente l'un des principaux outils que les prêteurs utilisent pour accepter ou refuser de consentir un prêt ou du crédit. Créés par la première demande de crédit ou le premier prêt, les dossiers sont régulièrement alimentés par les entreprises qui octroient du crédit ou qui émettent des cartes de crédit, dont les banques, les sociétés de financement, les caisses populaires et les détaillants, en envoyant aux agences d'évaluation du crédit des renseignements documentés précis sur les transactions financières qu'ils effectuent avec chaque consommateur. Des événements négatifs sont également indiqués au dossier de crédit, tels que des retards de paiements, des jugements en dommages-intérêts, des recours aux agents de recouvrement et, évidemment, la faillite. Au Canada, ces antécédents en matière de crédit sont conservés par au moins une des deux agences d'évaluation du crédit, à savoir Equifax Canada et TransUnion Canada.

L'évaluation du dossier détermine le risque comparatif que présente le débiteur par rapport à l'ensemble des consommateurs en tenant compte de plusieurs facteurs tels que la ponctualité, la fréquence des omissions de paiement, la tendance à dépasser la limite de crédit et les comportements répréhensibles telle la fraude.

La fiabilité et la pertinence des dossiers de crédit peuvent toutefois être remises en question quand on considère les taux élevés de surendettement et d'insolvabilité des consommateurs. Les logiciels à portée nationale étant entièrement automatisés dans le cadre d'une économie d'échelle pour réduire le plus possible les coûts, ils n'enregistrent que des données quantitatives et non qualitatives. Ainsi, les dossiers ne comportent aucune évaluation subjective de la situation personnelle des débiteurs ni des situations propres à leur région géographique⁴²¹. L'élément du jugement est donc absent. En effet, depuis la

⁴²¹ Robert B Avery, Paul S Calem et Glenn B Canner, *Consumer credit scoring: do situational circumstances matter?*, BIS Working Papers No 146, Basel, Bank for International Settlements,

récente crise mondiale du surendettement de 2008, nous constatons une certaine indifférence de la part des prêteurs de crédit à la consommation à l'égard de la tendance des consommateurs à s'engager au point d'être surendettés sans tenir compte des changements économiques possibles et de l'instabilité financière future.

Les remèdes nécessaires pour corriger les défauts du système du pointage dépassent les limites de notre recherche, mais les failles montrent clairement la nécessité d'établir des restrictions pour les consommateurs qui ne font pas preuve de responsabilité financière ou d'une littératie financière suffisante en matière de crédit.

En guise de comparaison, la *Loi Neiertz* instaurait en France un fichier national sur les incidents de remboursement des crédits aux particuliers⁴²². Le FICP est un outil préventif en matière de surendettement et d'octroi de crédit que gère la Banque de France. Il permet de suivre l'évolution des données au regard du paiement de crédits accordés à des personnes physiques pour tout besoin ne se rapportant pas au domaine professionnel, aux dossiers déposés auprès de la commission de surendettement, aux mesures de traitement du surendettement et aux jugements de faillite civile. Dans ce pays, le fichier est dit négatif, ce qui signifie qu'il sert à faire état des personnes qui ont connu des difficultés sur le plan financier, à en informer les institutions financières et, conséquemment, à augmenter les difficultés d'accès au crédit pour les personnes concernées⁴²³.

5) Les conséquences de la faillite de consommateur

Pour les besoins de la discussion, les conséquences de la faillite de consommateur peuvent être réparties en trois catégories générales. D'abord, le particulier débiteur subit les retombées de la durée nécessaire de sa réhabilitation financière, dont les répercussions possibles qui en découlent pour les personnes qui sont à sa charge. Ensuite, les créanciers touchés par le défaut de paiement encaissent évidemment une perte, mais, dans une mesure variable, cette perte provoque, enfin, d'autres conséquences sur la collectivité économique, les prêteurs institutionnels cherchant à atténuer leur déficit et à prendre des mesures de gestion du risque.

2004, en ligne : Bank for International Settlements <http://www.ecri.eu/new/system/files/40+bis_working_paper.pdf>.

⁴²² *Code de la consommation*, L333-4 ; Dominati, *supra* note 321 à la p 51.

⁴²³ Conseil Économique et Social, *Le surendettement des particuliers* par Pierrette Crosemarie, Paris : Éditions des journaux officiels, 2007 à la p II-114, en ligne : La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000707/0000.pdf>>.

a) Conséquences pour le particulier débiteur

Bien que l'insolvabilité porte atteinte à la fois au particulier débiteur et aux fournisseurs de crédit, la pratique canadienne en matière d'insolvabilité paraît favoriser le débiteur puisqu'elle lui reconnaît de façon relativement rapide une liberté à l'égard de sa dette et un retour à la dépense. La démarche de la common law telle qu'on la trouve appliquée au Canada est beaucoup plus favorable au débiteur, les obligations de celui-ci au titre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* n'étant pas onéreuses et ses bonnes intentions étant plus facilement établies. Les dispositions relatives à la libération signifient que la réhabilitation économique du débiteur est plus rapide en dépit d'un statut de crédit réduit variant de six à sept ans qu'indiquent à son dossier les agences d'évaluation du crédit.

La facilité à obtenir une libération au Canada contraste très nettement avec celle des pays de tradition civiliste dans lesquels la libération est maintenant possible en certains cas. Dans les dossiers d'administration sommaire, la libération est automatique après neuf mois, si le débiteur s'est acquitté des exigences minimales et s'il en est à sa première faillite. Même quand les dossiers sont produits devant la cour pour qu'elle impose des conditions, ces dernières tendent à ne pas être onéreuses, les créanciers comparaissent rarement pour solliciter des restrictions plus strictes et, en dépit d'une jurisprudence selon laquelle la libération ne constituerait pas un droit⁴²⁴, la libération n'est normalement écartée que dans les cas de comportement répréhensible. En fait, selon les statistiques du BSF, seulement 3 % des demandes de libération ont été refusées au Canada en 2010.

En tenant compte des réformes de 2009, une majorité de faillis canadiens sont en mesure d'être réhabilités financièrement et libérés de dettes admissibles dans un délai allant de douze à vingt-cinq mois à la suite du dépôt d'une cession de biens. Les faillis qui déposent des propositions sont rarement assujettis à des durées plus longues que quarante-huit mois. De plus, le fait que seule est payable la moitié du revenu excédentaire supérieur aux lignes directrices du surintendant des faillites et que le paiement ne s'échelonne que sur une durée limitée⁴²⁵ signifie que, même en attendant sa libération, le débiteur ne se trouve pas à un niveau de revenu minimal nécessaire à sa subsistance comme tel peut être le cas dans des régimes européens de programmes de paiement.

Même si les dispositions relatives à la libération font maintenant partie du *Code de la consommation* de la France, le renvoi fait à une commission de surendettement peut malgré tout conduire à l'assujettissement à des

⁴²⁴ *Re Wensley (Trustee of)* (1985), 67 AR 184 au para 11, 59 CBR (NS) 95 (AB QB).

⁴²⁵ *LFI*, *supra* note 347, art 65; Bureau du surintendant des faillites (BSF), Instruction n° 11R2-2012, « Revenu excédentaire » (20 mars 2012).

programmes de paiement d'une durée maximale de huit ans. La durée normale est de cinq ans, bien qu'elle puisse être fixée à la suite d'un moratoire d'une durée maximale de deux ans. Par contraste, les propositions les plus rigoureuses que prévoit la *LFI* au Canada dépassent rarement cinq ans et sont généralement plus courtes.

Le droit civil centre l'attention sur le respect des réclamations des créanciers. La rigueur des programmes de remboursement signifie que les conséquences pour le particulier débiteur sont significatives. La possibilité d'un retour au style de vie antérieur est improbable durant la période de paiement et la possibilité de trouver un surplus d'argent à mettre de côté pour les imprévus est pareillement peu vraisemblable.

Il est intéressant de noter que certaines autorités législatives de droit civil ont graduellement tempéré la rigueur de leurs régimes, tandis que les modifications les plus récentes apportées aux lois canadienne et américaine sur la faillite ont resserré quelque peu, quoique modérément, la protection légale offerte aux consommateurs.

b) Conséquences pour les créanciers

Au Canada, la *LFI* vise expressément à trouver le juste équilibre entre la réhabilitation financière du particulier et l'atténuation des pertes des créanciers. En pratique, toutefois, il est clair que le retour du consommateur au sein de la collectivité du crédit est primordial. C'est ce qu'ont compris les prêteurs institutionnels qui sont notablement absents du processus de faillite. Ils assistent rarement aux audiences judiciaires et les syndicis éprouvent souvent de la difficulté à obtenir rapidement la documentation qui leur est nécessaire. Les dossiers des clients faillis sont maintenant externalisés à des fins administratives et les prêteurs institutionnels ne participent aucunement aux négociations relatives aux propositions ni ne comparaissent aux assemblées des créanciers.

Il est impérieux alors de déterminer qui exactement supporte le risque des pertes subies. Les rapports trimestriels des principales banques canadiennes indiquent que les investisseurs affichent un rendement relativement élevé et régulier, lequel n'est pas affaibli par les remboursements non réalisés des prêts qu'ils ont accordés. La non-participation des banques et des principaux établissements de prêt aux dossiers de leurs clients une fois que l'insolvabilité se produit signifie que leurs pertes sont considérées comme faisant partie intégrante des risques inhérents à leur activité commerciale. Les politiques internes haussant les taux et l'avantage fiscal des pertes étant habituellement déductible d'impôt, les prêteurs de crédit à la consommation sont en mesure de redistribuer leurs pertes au grand public⁴²⁶. En conséquence, le risque de perte

⁴²⁶ Bilodeau, *supra* note 264 au para 27.

est, dans une certaine mesure, réparti au prorata parmi les autres clients du créancier qui possèdent des compétences financières et qui font preuve de responsabilité financière.

Cette forme d'« assurance défaut sans égard à la faute » constitue très certainement une option pour ceux qui considèrent qu'est de toute première importance l'expansion d'un marché du crédit comportant des sanctions minimales à l'égard des acteurs qui possèdent moins de compétences ou dont le comportement est moins responsable. Il importe toutefois de se demander si cette valeur est conforme aux opinions d'une majorité de citoyens sur le marché.

c) Conséquences pour la collectivité

Il paraît tomber sous le sens que le consommateur surendetté et constaté en défaut de paiement exerce une influence néfaste sur le bien-être économique général. Pourtant, les autorités législatives de common law ont jugé très tôt que le crédit à la consommation représentait une institution économique et sociale bénéfique tant du point de vue du consommateur que de celui de la société. Au cours de la dernière récession, les gouvernements du monde entier ont pris appui sur cette forme de crédit pour soutenir la stabilité économique et, surtout, sa croissance. S'il est emprunté de façon réfléchie, le crédit à la consommation a pour effet d'accroître le bien-être personnel du particulier tout en contribuant à l'économie générale du pays.

Si on perçoit le crédit total des ménages en Europe et en Amérique du Nord au regard d'un pourcentage du PIB, il est permis d'affirmer que la décennie antérieure à 2008 a connu une augmentation considérable. Une plus grande partie de cette hausse est venue du prêt hypothécaire en Europe et aux États-Unis, tandis que les taux d'augmentation du prêt à la consommation et du prêt hypothécaire sont restés les mêmes au Canada. Les résultats des prêts à risque consentis à un plus grand nombre de débiteurs dont la solvabilité est douteuse, surtout aux États-Unis, et d'une conversion ultérieure de ces plans en titres adossés à des éléments d'actif sont désormais bien documentés.

Si on met de côté pour le moment la bulle des prêts à risque, dite bulle des subprimes, les abandons de créances bancaires tant à l'égard des prêts à la consommation que des prêts hypothécaires au cours des cinq années qui ont précédé l'effondrement de 2008 étaient relativement stables au titre du pourcentage du crédit total consenti. Bien que le volume du crédit ait augmenté, rendant beaucoup plus élevé le montant réel des abandons de créances, on a observé une certaine stabilité.

L'industrie du crédit à la consommation constitue mondialement une source d'activité économique essentielle et aucun gouvernement ne peut actuellement ignorer son importance dans sa planification des moyens nécessaires pour faire

face au problème du surendettement personnel. Le postulat qui veut que l'économie actuelle du crédit profite à tous conduirait tout naturellement à l'axiome portant que les pertes en la matière devraient être supportées par le public participant à ce marché, bien qu'à certaines conditions restrictives.

Les autorités législatives d'aujourd'hui, tout comme celles auparavant qui ont dû gérer les crises de surendettement survenues depuis l'Antiquité, auront besoin de déterminer à quel point le recours au crédit pour faire croître le produit intérieur brut risque d'entraîner des résultats négatifs difficiles à maîtriser. Il n'en demeure pas moins que le fait pour les institutions financières de mettre davantage l'accent sur les droits des créanciers et sur les sanctions à infliger au débiteur insolvable constitue un inhibiteur de risque susceptible de devenir une contrainte sur l'économie de la consommation.

6) Les recommandations

L'objectif de notre étude visant à formuler des recommandations de réformes administratives et législatives susceptibles de mieux gérer dorénavant le surendettement des consommateurs, l'évaluation du régime législatif actuel et des mesures que prennent les participants au régime d'insolvabilité au Canada devient nécessaire par renvoi aux meilleures pratiques internationales émergentes en matière de politique de l'insolvabilité.

À cet effet, INSOL International, la fédération internationale des professionnels de la restructuration, de l'insolvabilité et de la faillite, a publié son deuxième rapport sur les dettes à la consommation en novembre 2011 décrivant un consensus d'opinion sur quatre principes à prendre en compte pour résoudre les problèmes d'endettement des consommateurs et dix recommandations pour leur mise en œuvre dans la pratique⁴²⁷. D'abord articulés dans son premier rapport en 2001, les principes fondamentaux qui devraient sous-tendre les régimes d'insolvabilité sont (1) la répartition juste et équitable des risques de crédit à la consommation, (2) l'accès à une forme de libération de l'endettement, de réhabilitation ou de « nouveau départ » pour le débiteur, (3) des mécanismes extrajudiciaires, plutôt que des procédures judiciaires, où des options efficaces sont ouvertes, et (4) des mesures de prévention visant à réduire la nécessité d'une intervention⁴²⁸.

Selon notre analyse de l'évolution du régime canadien d'insolvabilité et de son état actuel, la loi canadienne sur l'insolvabilité et la faillite établit un régime qui

⁴²⁷ International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals, *Consumer Debt Report II: Report of Findings and Recommendations*, Londres, INSOL International, 2011.

⁴²⁸ Voir International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy professionals, *Consumer Debt Report, Report of Findings and Recommendations*, Londres, INSOL International, 2001, en ligne : INSOL < <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>>.

s'avère juste et équitable, tout en restant efficace, accessible et transparent⁴²⁹. La Cour suprême du Canada a confirmé à plusieurs reprises que les deux objectifs fondamentaux qui sous-tendent la législation canadienne sont le retour du débiteur réhabilité en tant que participant à l'économie du crédit à la consommation et la répartition équitable des biens du débiteur failli entre ses créanciers⁴³⁰.

Par ailleurs, l'efficacité de la *LFI* à l'égard du traitement des débiteurs insolubles est confirmée par l'étude de Ronald Mann sur les taux de dépôt de faillites au Canada, aux États-Unis, au Royaume-Uni, au Japon et en Australie. Constatant que le taux de dépôt de faillites au Canada est de loin le plus élevé de tous ces pays, il conclut que le régime de faillite canadien est le plus accessible parmi les pays étudiés⁴³¹.

Par conséquent, si les modalités actuelles d'administration des faillites produisent des effets positifs ou, du moins, non préjudiciables pour l'économie, il est permis de s'interroger sur la nécessité d'y apporter des modifications de fond, sauf si quelque autre valeur sociale plus urgente s'en trouve ébranlée.

Vu le nombre élevé de personnes insolubles et le taux de faillites au Canada, l'objectif de nos recommandations est toutefois clair : réduire le surendettement des consommateurs et éviter ses conséquences néfastes par la mise en œuvre de mesures préventives. Quelles sont donc les mesures nécessaires de prévention de l'utilisation irresponsable du crédit par les consommateurs qu'il y a lieu d'adapter sans nuire à son accessibilité?

Tout en affirmant l'utilité et la nécessité du crédit à la consommation dans l'ère moderne, la réglementation fédérale actuelle des institutions financières doit être maintenue et s'étendre au marché parallèle du crédit à la consommation. De plus, la responsabilité de prévenir le surendettement des consommateurs et de réhabiliter les débiteurs insolubles doit être partagée avec l'industrie du crédit. À cet effet, nous recommandons que le Canada suive l'initiative de certains pays et responsabilise les créanciers à l'égard des problèmes du surendettement.

⁴²⁹ Pour une analyse plus approfondie de la mise en œuvre de ces bonnes pratiques par le Canada voir Micheline Gleixner et Michael J Bray, « Canadian Consumer Insolvency: The Implementation of Emerging International Best Practices » dans Janis Sarra, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2012*, Toronto, Carswell, 2013, aux pp 397-437.

⁴³⁰ *Banque Royale du Canada c Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 RCS 325 au para 17, 132 DLR (4^e) 193 ; *Husky Oil Operations Ltd c Ministre du Revenu National*, [1995] 3 RCS 453 au para 8, 128 DLR (4^e) 1 ; *Bank of Montreal v Giannotti* (2000), 51 OR (3d) 544 au para 12, 197 DLR (4th) 266 (CA).

⁴³¹ Ronald J Mann, « Making Sense of Nation-Level Bankruptcy Filing Rates » dans Ramsay, Whitford & Niemi, *Consumer Credit*, *supra* note 293 aux pp 225, 228, 235.

a) La protection des consommateurs et la réglementation de l'industrie du crédit

Le rôle proactif du gouvernement fédéral mérite d'être souligné. Il a imposé de nombreuses exigences aux entités financières assujetties à sa réglementation. Des règlements régissent notamment les pratiques commerciales en matière de crédit, la communication des frais, la communication de l'intérêt, l'accès aux services bancaires de base et le coût d'emprunt⁴³². À titre d'exemple, le *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*⁴³³ prescrit la divulgation en langage simple du taux d'intérêt au moment de la sollicitation ou de la demande et sur les relevés mensuels tout comme l'indication claire des frais d'intérêt et des frais non liés aux intérêts.

De plus, le gouvernement fédéral assujettit à la surveillance de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada toutes les entités financières qu'il réglemente⁴³⁴. En 2011, elle regroupe 377 institutions, dont 77 banques (nationales et étrangères), 69 sociétés de fiducie et de prêt, 224 sociétés d'assurances (vie et multirisques, nationales et étrangères), une association de détail et six exploitants de réseaux de cartes de paiement⁴³⁵.

Toutefois, comme le soulignait Jacob Ziegel en 2009, la situation est tout autre pour les services alternatifs du crédit à la consommation. En abrogeant la *Loi sur les petits prêts* et en modifiant l'article 347 du *Code criminel* en 1981⁴³⁶, le gouvernement fédéral a abdiqué ses responsabilités en permettant aux provinces de réglementer les entreprises de prêt sur salaire, optant ainsi pour « le meilleur moyen de créer de la confusion et des incohérences dans la fixation des taux et l'administration des nouvelles lois provinciales »⁴³⁷. Bien qu'une réglementation uniforme pancanadienne du marché parallèle du crédit à la consommation soit souhaitable, nous invitons les provinces canadiennes à suivre

⁴³² Voir par ex *Règlement sur les pratiques commerciales en matière de crédit (banques, banques étrangères autorisées, sociétés de fiducie et de prêt, associations de détail, sociétés d'assurances canadiennes et sociétés d'assurances étrangères)*, DORS/2009-257 ; *Règlement sur la communication des frais (banques)*, DORS/92-324 ; *Règlement sur la communication de l'intérêt (banques)*, DORS/92-321 ; *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184.

⁴³³ *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101 (en vigueur sous le régime de la *Loi sur les banques*, LC 1991, c 46).

⁴³⁴ *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, LC 2001, c 9, art 19 [*Loi sur l'ACFC*].

⁴³⁵ Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC), *Plan d'activités 2011-2014*, en ligne : ACFC < <http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/ausujet/planificationimputab/activplan2011/activplan-2-fra.asp> > [ACFC, *Plan d'activités 2011-14*].

⁴³⁶ *Loi abrogeant la Loi sur les prêts et modifiant le Code criminel*, LC 1980, c 44 abrogeant *Loi sur les petits prêts*, LRC, 1939, c 23.

⁴³⁷ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 à la p 67.

l'exemple du Manitoba et à accroître la réglementation des services alternatifs tout en réduisant les taux d'intérêt et les frais applicables aux prêts sur salaire.

Mais c'est alors partir du principe selon lequel le marché concurrentiel peut lui-même fournir des contrôles suffisants pour assurer des pratiques de prêt responsables. Il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de pareille prémisse, vu le nombre limité d'acteurs principaux sur le marché et l'écart constaté entre, d'une part, l'intérêt demandé en matière de prêts sur salaire et les intérêts appliqués sur les cartes de crédit et, d'autre part, les taux fixés par la Banque du Canada.

Malgré certaines initiatives récentes de la part des législateurs fédéraux et provinciaux d'édicter des lois et des règlements pour protéger les consommateurs en matière de crédit, les taux exponentiels de surendettement et d'insolvabilité des consommateurs, les retombées de la crise financière de 2008 qui touche le monde entier ainsi que l'innovation et la protection préconisées du « débiteur averti » révèlent encore plus l'échec des tentatives de l'industrie du crédit de s'autoréglementer.

L'égalité de pouvoir contractuelle n'existe pas dans l'industrie du crédit à la consommation. Les prêteurs savent bien que les règles qui exigent la transparence à l'égard des stipulations contractuelles ne profitent qu'aux consommateurs avertis. De surcroît, des prêteurs et leurs stratégies commerciales visent précisément les consommateurs les plus vulnérables comme les pauvres, les jeunes et les personnes âgées. Respecter les exigences minimales sans adopter les mesures proactives que prendrait le bon citoyen corporatif n'occasionnera donc pas de grand changement dans les statistiques de faillite des consommateurs au Canada.

Certains progrès peuvent être décelés, comme dans la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario, laquelle offre aux consommateurs une protection qui tient compte expressément de leurs faiblesses. Ainsi, pour établir le caractère abusif d'une assertion, la cour peut tenir compte du fait que la personne responsable sait ou devrait savoir :

- a) soit que le consommateur n'est pas raisonnablement en mesure de protéger ses intérêts du fait d'une invalidité, de son ignorance, de son analphabétisme, de son inaptitude à comprendre le libellé d'une convention ou de raisons semblables;
- b) soit que le prix est outrageusement supérieur à celui qui est payé pour des marchandises ou des services semblables par des consommateurs semblables qui peuvent facilement les obtenir;

- c) soit que le consommateur est incapable de retirer un avantage important de l'objet de l'assertion;
- d) soit qu'il est raisonnablement improbable que le consommateur s'acquitte pleinement de son obligation;
- e) soit que l'opération de consommation procure un avantage excessif à une personne autre que le consommateur;
- f) soit que les conditions de l'opération de consommation sont si contraires aux intérêts du consommateur qu'elles sont injustes;
- g) soit qu'une opinion émise est trompeuse et que le consommateur est susceptible d'y ajouter foi, à son préjudice;
- h) soit que le consommateur est soumis à une pression indue pour lui faire conclure une opération de consommation⁴³⁸.

Bien que les pratiques responsables de prêt s'entendent également de la nécessité de faire preuve d'une plus grande transparence au regard des stipulations contractuelles, ces modalités ne sont utiles qu'aux personnes qui sont conscientes des changements qui mènent au surendettement. Les dispositions accrues relatives à la divulgation du coût du crédit doivent être intégrées par un consommateur possédant un degré élevé de littératie financière à un plan permanent qui prend en compte les dépenses imprévues, si leurs avantages doivent s'avérer significatifs. Pour les débiteurs vulnérables, ces réformes législatives, aussi louables soient-elles, ne créent pas un filet de sécurité suffisant.

b) La prévention du surendettement et les programmes de littératie financière

La littératie financière des consommateurs devient de plus en plus un domaine d'intérêt qui s'ajoute aux priorités reconnues de la protection des consommateurs et de leur information personnelle⁴³⁹. L'analyse historique des crises de surendettement confirme que l'analphabétisme financier n'est pas un problème contemporain et qu'il touche donc tous les pays développés et en développement. De nouvelles crises pointent à l'horizon dans tous les pays et dans toutes les régions où les services financiers sont en croissance et dont la surveillance réglementaire se révèle minimale. Les nouveaux consommateurs de services financiers sont souvent peu instruits et leur contexte culturel et

⁴³⁸ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, LO 2002, c 30, Annexe A, art 15(2).

⁴³⁹ Voir aussi OCDE, « Improving Financial Literacy : Analysis of Issues and Policies » (2005) 2 *Financial Market Trends* 111, en ligne : OCDE, doi : 10.1787/fmt-v2005-art11-en.

commercial ne leur permet pas d'évaluer, de comparer et d'entreprendre des négociations avec les fournisseurs de services.

Par ailleurs, la complexité tant de la vie personnelle des consommateurs que des choix des outils financiers mis à leur disposition fait dépendre leur bonheur et leur bien-être de leur littératie financière. D'une part, la complexité des besoins individuels dérive de l'instabilité croissante de la vie des travailleurs, de la diminution de la sécurité sociale ainsi que de l'augmentation de la prospérité, de la responsabilité personnelle, de l'endettement, de l'espérance de vie et du nombre d'entrepreneurs. D'autre part, la complexité des produits financiers augmente en raison des nouveaux canaux de distribution, de la déréglementation des marchés financiers, de la large gamme de produits financiers et du développement rapide de nouveaux produits ainsi que la quantité croissante d'informations offertes aux consommateurs⁴⁴⁰.

Cependant, comme pour toutes politiques gouvernementales, ce sont les retombées sociales et économiques qui justifient l'intervention du gouvernement et qui l'incitent à souscrire à des programmes pour freiner le surendettement.

L'analphabétisme financier de la part des particuliers et la complexité croissante des produits financiers des fournisseurs entraînent des coûts considérables pour l'économie dans son ensemble. Économiquement parlant, la mauvaise allocation de la richesse privée peut causer un déclin social et accroître les dépenses publiques au titre des coûts afférents à l'assistance sociale et aux soins de santé. Elle peut même rétrécir le marché du travail [...]. Ce phénomène se fait surtout sentir lorsque les gens, à cause du degré peu élevé de leur littératie financière, sont victimes de pratiques abusives telles que le prêt de consolidation à des taux d'intérêt élevés ou les escroqueries abusives touchant les pensions⁴⁴¹.

L'incidence des crises économiques ultérieures peut s'avérer catastrophique non seulement pour les pays à l'origine de la crise, mais pour le monde entier, compte tenu de la dimension véritablement mondiale des échanges financiers et économiques. Puisque le Canada s'est distingué au titre des normes internationales concernant la réhabilitation des personnes insolubles, deviendra-t-il aussi un luminaire international en matière de prévention du surendettement avant que n'intervienne le régime d'insolvabilité?

⁴⁴⁰ *Ibid* à la p 5.

⁴⁴¹ *Ibid* à la p 7.

La « littératie financière » ayant été définie comme la capacité des consommateurs et des propriétaires de petites entreprises de comprendre les produits financiers de détail en vue de prendre des décisions financières éclairées, la société d'experts conseils Evers-Jung a mené une enquête sur la littératie financière des consommateurs de 27 membres des États européens⁴⁴² et son rapport fait état de quelques initiatives prometteuses.

Par exemple, l'Autriche compte quinze programmes qui répondent non seulement aux exigences minimales du schème d'évaluation, mais qui reçoivent une évaluation positive de la part des chercheurs. Onze programmes ciblent les enfants ou les jeunes adultes et de nombreux programmes sont mis sur pied par des organismes sans but lucratif et des organismes de protection des consommateurs. Il semble également y avoir un intérêt considérable pour l'éducation financière aux Pays-Bas puisqu'une organisation principale, le Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting, possède un site Web qui compte de 3 000 à 4 000 prises par jour. Bien que la France offre au moins huit programmes menés par sept organisations différentes, il n'est pas évident qu'une coordination assure le fonctionnement harmonieux de tous ces organismes de prestation de services.

L'Allemagne se révèle un pays à l'avant-garde dans la lutte contre l'analphabétisme financier : 34 de ses programmes mettent l'accent sur la formation des jeunes. Les cours sont bien organisés et offrent un contenu pédagogique approfondi principalement en milieu scolaire. Plus avant-gardiste encore, le Royaume-Uni, doté de plus de 500 projets décentralisés, est le plus avancé des États étudiés. Un grand nombre de ces programmes sont financés par le Financial Services Authority, qui, bien qu'il soit nommé par la branche exécutive du gouvernement, est financé entièrement par des cotisations de l'industrie des services financiers et fonctionne indépendamment du gouvernement.

Inspirés par l'exemple que nous offrent les pays européens, nous recommandons que le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux ainsi que les organismes parapublics ou privés mettent en œuvre des programmes d'éducation financière et améliorent la teneur des conseils actuellement diffusés sur les risques associés au crédit à la consommation. La prévention détient, certes, une place cruciale, mais les mesures prophylactiques sont limitées en vertu de la *LFI*. Deux séances de consultation obligatoires d'une durée de trente minutes visent à prévenir la récurrence, mais sont considérées inefficaces et d'une valeur minimale en raison de leur brièveté et de la généralité de leur contenu. De

⁴⁴² Marco Habschick, Britta Seidl et Jan Evers, « Survey of Financial Literacy Schemes in the EU 27 » (2007) Commission européenne VT Markt/2006-26H-Final Report à la p 8, en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/capability/report_survey_en.pdf>.

plus, la loi canadienne ne prévoit aucune initiative additionnelle visant l'accroissement du degré de littératie financière du débiteur insolvable⁴⁴³. Il est à noter, toutefois, que le BSF a récemment réexaminé la consultation obligatoire pour les débiteurs. Une consultation menée auprès des personnes ayant déclaré faillite ou ayant présenté une proposition de consommateur et un sondage, s'adressant aux syndics et aux conseillers en insolvabilité qualifiés ont été réalisés et un rapport d'évaluation et un plan d'action sont prévus au cours de l'été 2013⁴⁴⁴.

Les premiers pas vers la réalisation de programmes de formation nécessaires aux consommateurs ont été entrepris au Canada par la présentation du rapport du Groupe de travail sur la littératie financière auprès du ministre fédéral des Finances le 9 février 2011⁴⁴⁵. La stratégie proposée par le Groupe de travail indique qu'une responsabilité partagée doit être encouragée en collaboration avec les parties intéressées et que ces efforts doivent être dirigés par une personne désignée et relevant du ministre des Finances. Fondée sur le système d'éducation actuel, la stratégie devrait viser les consommateurs aux moments les plus propices à l'apprentissage, c'est-à-dire les moments de prises de décisions financières auxquels le consommateur est le plus réceptif à l'information.

Les suivis des recommandations du Groupe de travail ont été entrepris par l'Agence de la consommation en matière financière du Canada. En plus de surveiller les activités des entreprises financières assujetties à la législation fédérale, elle a également la responsabilité de diffuser l'information financière aux consommateurs. En mai 2011, elle a tenu une conférence globale intitulée « L'avenir de l'éducation financière »⁴⁴⁶. Depuis 2011, elle a lancé une série d'articles sur huit événements de la vie allant de *Financer des études postsecondaires* à *Vivre en couple* et *Planifier sa retraite*, réaménagé en profondeur son site Web, qui, en plus d'afficher un contenu actualisé, comporte des applications multimédias, achevé l'examen des documents destinés aux

⁴⁴³ Saul Schwartz, *Service conseils en surendettement : une perspective comparative*, 2005 aux pp 3-4 (au dossier du BSF).

⁴⁴⁴ Bureau du surintendant des faillites du Canada (BSF), « L'évaluation de la consultation obligatoire est en cours » dans *Nouvelles du BSF*, janvier 2013, en ligne : BSF <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br03030.html>>.

⁴⁴⁵ Canada, Groupe de travail sur la littératie financière, *Les Canadiens et leur argent : Pour bâtir un avenir financier plus prometteur*, Ottawa, Ministère des Finances, 2010, en ligne : <financialliteracyincanada.com/report/report-toc-eng.html>. Formé en juin 2009, le Groupe de travail sur la littératie financière se compose de 13 membres provenant des secteurs des affaires et de l'enseignement, d'organisations communautaires et d'universités. Il a été chargé de fournir des recommandations au ministre des Finances sur une stratégie nationale visant à consolider la littératie financière au Canada.

⁴⁴⁶ Conférence ACFC-OCDE sur la littératie financière 2011, *L'avenir de l'éducation financière, compte rendu de la Conférence ACFC-OCDE sur la littératie financière 2011*, Toronto, mai 2011, en ligne : ACFC <<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/ressources/etudesSondages/futureE/futureE-fra.pdf>>.

consommateurs, étendu son répertoire de ressources pour l'éducation des consommateurs, et produit une série de vidéos consacrés à d'importants concepts financiers tels que la protection des renseignements financiers, la vérification d'un dossier de crédit et l'épargne pour financer des études postsecondaires⁴⁴⁷. Il faut espérer que cet organisme continuera d'exercer un rôle proactif dans la promotion de la stratégie du Groupe de travail, dont le rapport semble avoir glissé du premier plan qu'il occupait au moment de sa présentation au public il y a vingt-trois mois.

Bien que modestes, ces initiatives sont encourageantes. Toutefois, le gouvernement devrait constituer une base de référence au moyen d'une enquête nationale sur la littératie financière et effectuer un suivi quinquennal à cet égard afin d'évaluer le degré de littératie financière des consommateurs canadiens. L'utilisation du crédit à la consommation augmentant, le besoin est urgent d'améliorer la littératie financière et les normes d'aptitude, y compris l'augmentation des compétences et de connaissances précises pour éviter le surendettement et l'insolvabilité. Un programme d'éducation financière plus vigoureux est nécessaire tant dans le système scolaire que dans l'enseignement des adultes et doit viser plus particulièrement les moments propices à l'apprentissage lorsque les particuliers prennent des décisions importantes en s'engageant dans le système du crédit à la consommation.

Les programmes d'amélioration de l'éducation financière doivent être évalués rigoureusement et une recherche plus approfondie concernant les succès internationaux mérite d'être entreprise et est fortement recommandée.

c) La responsabilisation de l'industrie du crédit à la consommation

Cette étude constate les progrès réalisés par l'automatisation et la rationalisation du processus d'approbation du crédit à la consommation qu'ont entraînées les récentes innovations technologiques, favorisant du même coup la création d'agences centralisées d'évaluation du crédit et la normalisation des dossiers de crédit. Cette modernisation accroît également l'efficacité avec laquelle les prêteurs sont en mesure d'évaluer le profil de risque du débiteur et de déterminer les risques liés au prêt. Dans son étude sur les propositions de consommateur, Janis Sarra fait remarquer que l'introduction des demandes de crédit et des approbations en ligne accroît la facilité avec laquelle les débiteurs obtiennent des prêts, ce qui contribue à la forte augmentation de l'endettement par un crédit non garanti⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC), *Rapport annuel 2011-2012*, Ottawa, ACFC, 2012 à la p 15, en ligne : ACFC <http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/ausujet/planificationimputab/annuelRapports/2011_2012/ar-fra.pdf>.

⁴⁴⁸ Sarra, *Redressement économique*, *supra* note 253 à la p 49.

Bien que l'efficacité et l'efficience administratives de l'industrie du crédit constituent un objectif commercial tout à fait valable, il convient de se demander s'il faut responsabiliser les prêteurs qui consentent des prêts sans vérifier les antécédents de crédit du débiteur, son niveau modéré d'endettement ou la suffisance de son revenu futur, du surendettement et de la faillite résultant de cette approche. Il est donc recommandé que seuls les créanciers responsables puissent bénéficier des mesures d'exécution collective qu'offre la *LFI*. De surcroît, les créanciers irresponsables devraient subir des sanctions pour leur comportement insouciant, même si leurs débiteurs agissent imprudemment.

Le climat d'opinion dans le marché de crédit actuel impose au débiteur la responsabilité de prévenir le surendettement. Dans cette optique, le créancier n'a pas le devoir social de s'assurer que les circonstances rendent probable le remboursement de la dette. Sa seule responsabilité, semble-t-il, consiste à mener des enquêtes pour se protéger. Son devoir se rapporte à l'entreprise plutôt qu'à ses clients.

L'influence exercée par l'industrie du crédit au Canada maintient ce climat d'opinion comme postulat fondateur de la *LFI*. L'audience judiciaire de la libération du failli met l'accent sur son comportement, sa capacité financière, son respect pour les exigences de la loi, et ces questions font partie intégrante du rapport du syndic à la cour. Toutefois, même lorsque l'abus du crédit à la consommation entraîne l'insolvabilité, la responsabilité des créanciers ne constitue pas une considération pertinente.

Jusqu'à présent, l'industrie du crédit à la consommation est restée indifférente, ne participant au jeu de l'insolvabilité que pour protéger leurs intérêts et bénéficier de tous paiements effectués aux créanciers. Par conséquent, le traitement du surendettement et de l'insolvabilité des consommateurs relève uniquement des gouvernements.

Afin de vaincre cette indifférence et leur insouciance à l'égard du sort du débiteur, la Belgique a créé un Fonds du traitement de surendettement, lequel est financé par les contributions annuelles des créanciers en fonction de leur partie du portefeuille de prêts à la consommation totale en défaut à la fin de chaque année civile⁴⁴⁹. Comme l'explique Jason Kilborn, l'objectif du Fonds est double :

Les législateurs entendent expressément responsabiliser les prêteurs qui font preuve de trop d'ambition ou de laxisme en détournant vers eux une partie des coûts afférents au soulagement de la douleur causée par un endettement excessif,

⁴⁴⁹ *Loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, MB 31 juillet 1998, 24613, art 20, § 2.

faisant ainsi éprouver à ces prêteurs les conséquences de leurs prises de risques effrénées (encore plus que n'occasionnaient déjà les pertes sur les prêts en souffrance). À l'inverse, cette modification était conçue pour récompenser et encourager les prêteurs responsables qui analysent avec plus de soin la solvabilité de leurs emprunteurs consommateurs et réduisent ce faisant le degré de défaillance dans leurs portefeuilles de prêts [notre traduction]⁴⁵⁰.

En plus de financer les coûts administratifs liés au traitement du surendettement et l'octroi des mesures réhabilitatives de l'insolvabilité, le Fonds sert également à financer des campagnes de sensibilisation sur l'allègement de la dette des consommateurs et sur d'autres mesures préventives telles que des programmes d'éducation financière⁴⁵¹. L'expérience belge ainsi que les programmes financés par le secteur privé qu'offre la Financial Services Authority du Royaume-Uni peuvent constituer un incitatif à des réformes similaires dans d'autres pays, dont le Canada.

En fait, le Canada a déjà franchi les premières étapes vers l'atteinte de cet objectif lorsqu'il a créé l'Agence de la consommation en matière financière du Canada et imposé une cotisation annuelle aux institutions financières et aux exploitants de réseau de cartes de paiement afin de financer les dépenses annuelles de l'Agence⁴⁵². Ainsi, les deux millions \$ qu'alloue le gouvernement du Canada au programme de littératie financière représentent environ 15 % du budget de fonctionnement total de l'Agence. Le reste est constitué entièrement des cotisations que versent les entités financières assujetties à la réglementation fédérale⁴⁵³. Malgré cette contribution, une réforme est nécessaire afin de procurer aux créanciers un incitatif pour leur permettre de prêter responsablement. Inspiré du modèle du fonds belge, un lien direct doit exister entre les cotisations des créanciers et leur partie du portefeuille de prêts à la consommation totale en défaut de paiement à la fin de chaque année civile.

Par ailleurs, en dépit du respect des normes internationales relatives à la réhabilitation des personnes insolubles et du financement disponible de l'industrie canadienne du crédit, le Canada ne semble avoir ni la volonté nécessaire ni le sens aigu de l'importance de la prévention pour adopter des mesures concrètes forçant les créanciers à ne consentir que des prêts responsables ou offrant des programmes de littératie financière comme le font

⁴⁵⁰ Kilborn, « Belgium and Luxembourg », *supra* note 315 à la 105.

⁴⁵¹ *Ibid* à la p 106; Kilborn « Two Decades », *supra* note 315 à la p 328.

⁴⁵² *Loi sur l'ACFC*, *supra* note 434, art 18.

⁴⁵³ ACFC, *Plan d'activités 2011-14*, *supra* note 435.

la Belgique, le Royaume-Uni et l'Allemagne. Ces pays ont intégré à leur régime de faillite et d'insolvabilité respectif le concept du prêt responsable⁴⁵⁴.

C'est là l'objectif que comporte le concept du prêt responsable auquel la priorité a été donnée lorsque la Commission européenne l'a inclus dans le projet initial de la proposition de la nouvelle directive européenne en matière de crédit à la consommation. La disposition traitant du prêt responsable vise à prévenir le surendettement et l'exclusion économique qui en découle de même qu'à réduire le coût des services sociaux que fournissent les États membres. Inspirée du modèle belge, la proposition initiale revêt deux aspects : (1) l'obligation faite aux créanciers de consulter les bases de données sur le crédit avant d'octroyer le crédit et (2) une exigence relative à la conformité du crédit qui obligerait le créancier à s'assurer que le type et le montant du crédit étaient conformes aux besoins du débiteur. Cette proposition a soulevé la controverse. Bien que la proposition ait été édulcorée dans les ébauches plus récentes, le concept de prêt responsable demeure influent en tant que principe puisqu'il rejoint les discussions contemporaines concernant la responsabilité sociale des entreprises et les tentatives qui sont faites pour « responsabiliser » le côté de l'offre des marchés du crédit [notre traduction]⁴⁵⁵.

Si les mesures préventives ne sont pas respectées volontairement ou si les agences gouvernementales ne veillent pas à l'exécution des règles, il deviendra impératif d'envisager des sanctions et des mesures correctives dans l'administration des faillites inévitables afin de protéger les consommateurs vulnérables et de dissuader les entreprises de consentir irresponsablement des prêts.

Afin de remédier à la situation, Jacob Ziegel propose quatre mesures visant un équilibre plus évident entre les créanciers et les débiteurs⁴⁵⁶. D'abord, les rapports du syndic sur la libération du failli doivent indiquer tout comportement du créancier qui a eu pour effet d'aggraver les difficultés financières du failli. Ensuite, une modification législative devrait permettre au syndic de rejeter toute « réclamation abusive », laquelle s'entendrait

⁴⁵⁴ Ramsay, « Comparative consumer bankruptcy », *supra* note 108 aux pp 254-55.

⁴⁵⁵ *Ibid* citant Commission des communautés européennes, COM (2005) 483 final, *Proposition modifiée de Directive Du Parlement Européen Et Du Conseil relative aux contrats de crédit aux consommateurs modifiant la directive 93/13/CE du Conseil*, (7 octobre 2005) à la p 6, en ligne : [Commission européenne <ec.europa.eu/consumers/cons_int/fina_serv/cons_directive/2ndproposal_fr.pdf>](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fina_serv/cons_directive/2ndproposal_fr.pdf).

⁴⁵⁶ Ziegel, « Insolvabilité personnelle », *supra* note 16 aux pp 72-73.

[d']une réclamation contre un consommateur failli par suite d'un crédit imprévoyant octroyé par un créancier qui savait, ou qui aurait dû savoir, que son débiteur ne pourrait l'honorer, ou qu'il aurait de graves difficultés à honorer les obligations de son contrat, ou ses obligations envers d'autres créanciers, ou envers les membres de sa famille.

Il recommande aussi que la cour, saisie d'une opposition à la libération du failli, détermine si, et dans quel mesure, le surendettement du failli a été causé par une conduite abusive de la part du créancier. Enfin, lorsqu'un créancier manifeste une conduite susceptible de donner lieu à la présentation de réclamations abusives, le surintendant des faillites « peut rendre une ordonnance empêchant le créancier de déposer de telles réclamations qui demeurera en vigueur jusqu'à ce que, de l'avis du surintendant, le créancier ait mis fin aux abus à l'origine de ces réclamations »⁴⁵⁷.

Afin de créer une culture de prêt responsable au sein de l'industrie du crédit à la consommation, nous recommandons, d'une part, que les créanciers soient tenus de consulter les bases de données de crédit d'une façon soigneuse avant d'octroyer du crédit et, d'autre part, que le créancier s'assure que le genre et la quantité de crédit s'adaptent aux besoins du débiteur et que, à moins d'imprévu, ce dernier sera en mesure de le rembourser. Cette proposition se fonde tant sur la responsabilité sociale des entreprises que sur la volonté de rendre l'offre équitable sur les marchés du crédit.

Conclusion

Nous espérons que notre étude historique sur la pathologie du crédit à la consommation, et notamment sur le surendettement des particuliers, suscitera une réflexion tant sur les forces économiques et idéologiques à l'œuvre dans nos sociétés contemporaines que sur la relation réciproque entre les créanciers et les débiteurs. Nous avons montré que le crédit a toujours entretenu un lien étroit avec le pouvoir, à la fois littéralement comme un moyen de financement des autorités au pouvoir, mais aussi avec les fondements des divisions sociales⁴⁵⁸.

Rappelons que l'accessibilité récente au crédit a été définie comme une démocratisation du crédit à la consommation. Paradoxalement, les consommateurs submergés par leur surendettement écrasant se trouvent souvent exclus aussi bien du marché du crédit que de la vie économique et sociale en général.

⁴⁵⁷ *Ibid* à la p 73.

⁴⁵⁸ Ramsay, « Comparative consumer bankruptcy », *supra* note 108 à la p 273.

Ainsi, l'insolvabilité des particuliers constitue, à l'origine, un problème économique individuel, mais dont le traitement devient rapidement politique à l'occasion d'une crise de surendettement. « Une chose est certaine : à l'échelle historique, la dette joue un rôle moteur dans de nombreux bouleversements sociaux et politiques »⁴⁵⁹. Les nouveaux régimes européens illustrent fort précisément l'influence considérable des difficultés financières avec lesquelles une société est aux prises.

Malgré la hausse du nombre de faillites et l'augmentation consécutive des pertes des créanciers causées par la faillite de leurs débiteurs, l'industrie du crédit à la consommation fait preuve d'une forme de désengagement à l'égard du régime actuel de la faillite au Canada. Les bilans financiers positifs des banques et des entreprises financières obligent à conclure qu'elles récupèrent leurs pertes ailleurs. Les prêteurs institutionnels cherchent à atténuer leur déficit et à prendre des mesures de gestion du risque par lesquelles tout consommateur, à risque ou non, se voit pénaliser.

Afin d'éviter un effondrement économique à l'image du sort qu'ont connu plusieurs anciennes civilisations, nous ne pouvons plus ignorer le consensus international selon lequel la prévention du surendettement est essentielle pour freiner la hausse de l'insolvabilité des consommateurs. Le prêt responsable et le rôle accru des créanciers dans la prévention et la correction des taux d'insolvabilité actuels se doivent de devenir une priorité sociale et gouvernementale.

Les lois modernes sur la faillite légalisent justement ce que les autorités et la jurisprudence antérieures ont d'abord cherché à sanctionner, à savoir le non-remboursement de la dette. La réhabilitation des personnes insolubles étant devenue une réalité légale, le temps est venu de protéger le consommateur avant même que son problème du surendettement ne vienne l'affliger. Contrairement aux anciennes civilisations qui n'ont pas su résoudre les causes du surendettement des particuliers, nos sociétés contemporaines doivent maintenant aborder un des problèmes fondamentaux à la source des crises économiques : le crédit, non pas son existence, mais plutôt son utilisation irresponsable tant par les débiteurs que par les créanciers. Les solutions que nous préconisons visent donc à résoudre cette problématique et à réaliser les deux objectifs complémentaires d'un régime d'insolvabilité, soit la gestion des risques des créanciers et la réhabilitation des débiteurs surendettés.

⁴⁵⁹ Éric Toussaint, *La longue tradition des annulations de dettes en Mésopotamie et en Égypte du 3^e au 1^{er} millénaire av. J-C*, Global Research, 2012, en ligne : <<http://www.mondialisation.ca/la-longue-tradition-des-annulations-de-dettes-en-m-sopotamie-et-en-egypte-du-3e-au-1er-mill-naire-av-j-c/>>.