

INSOLVABILITÉ PERSONNELLE, CRÉDIT À LA CONSOMMATION ET PRÊT RESPONSABLE

Un mémoire de

Jacob Ziegel

Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Toronto

... du fait de mon appartenance à l'espèce
humaine, la mort de tout homme me touche.
C'est pourquoi je ne cherche jamais à savoir
pour qui sonne le glas; il sonne pour nous tous.

- John Donne (1572-1631), MEDITATION XVII

© *Jacob S Ziegel*, 2009. Recherche effectuée par l'auteur dans le cadre de la Bourse de recherche annuelle Lloyd Houlden de 2007. L'auteur tient à souligner l'importante contribution de Scott Ollivierre, doctorant de 3e année en droit (Univ. de Toronto), de Bryana Lee, étudiante au programme jumelé de doctorat en droit et de MBA (Univ. de Toronto), à la recherche, et celle du Professeur Ron Harris de la faculté de droit de l'université de Tel-Aviv, pour sa lecture attentive d'une version antérieure du présent mémoire et pour ses nombreuses suggestions toujours très utiles.

TABLE DES MATIÈRES

A. INTRODUCTION	3
B. CAUSES DE L'INSOLVABILITÉ CHEZ LES CONSOMMATEURS.....	11
C. HISTORIQUE DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION	15
I. Première époque : interdiction de l'usure.....	16
1. <i>La question de l'usure.....</i>	16
2. <i>Le prêt sur gage</i>	20
3. <i>La vente à tempérament</i>	23
II. Deuxième période : 1919 – 1945	25
III. Troisième période : de 1946 à aujourd'hui.....	28
1. <i>La vente à tempérament</i>	28
2. <i>Les cartes de crédit à usage multiple.....</i>	30
3. <i>Marché parallèle du crédit pour les consommateurs à faible revenu</i>	34
(a) <i>Différends portant sur l'article 347 et les modifications apportées en 2006..</i>	37
4. <i>Prêts sur les actifs immobiliers et hypothèques à risque</i>	38
IV. Conclusion générale sur l'historique du crédit à la consommation.....	40
D. QUAND LE PRÊT DEVIENT IRRESPONSABLE; SANCTIONS APPLICABLES ...	41
I. Aspects préliminaires	41
II. Le sens et les conséquences du prêt responsable.....	47
1. <i>L'Angleterre</i>	52
3. <i>La Suisse</i>	59
4. <i>Les États-Unis</i>	60
IV Responsabilité des prêteurs : La réponse canadienne.....	62
1. <i>Mesures antérieures à la faillite</i>	62
(a) <i>Portée des lois provinciales</i>	63
(b) <i>Le rôle du gouvernement fédérale.....</i>	67
(c) <i>Une meilleure solution à la problématique du prêt sur salaire ?</i>	69
2. <i>Mesures dans le cadre de la faillite</i>	71
E. CONCLUSION	75

A. INTRODUCTION

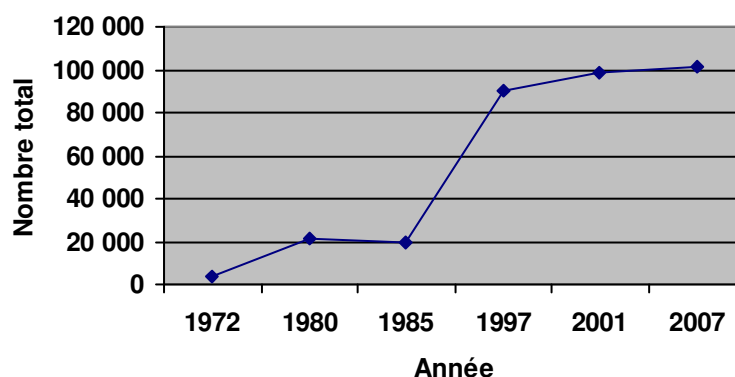
Les faillites de consommateur ont connu une très forte progression au Canada¹ au cours des trente dernières années. Jusqu'en 1972 où il s'élevait à 3 647, le nombre des faillites personnelles demeurait inférieur au nombre des faillites commerciales. Il allait ensuite connaître une croissance rapide pour atteindre les 21 025 cas en 1980. Entre 1985 et 1997, il allait augmenter de 450 %, et passer de 19 752 à 90 034 cas. En 2007, on enregistrait 101 206² cas de faillites individuelles, et ce nombre est en très forte progression depuis lors.³

TABLEAU 1
NOMBRE DE CAS D'INSOLVABILITÉ DE CONSOMMATEUR

¹ Malheureusement, on doit déplorer une absence d'homogénéité dans l'usage de la terminologie relative à la faillite et l'insolvabilité dans les juridictions de *common law*. Au Canada, on emploie le mot « faillite » pour décrire la procédure de liquidation franche prévue par la Partie III de la LFI, ce qui exclut les propositions commerciales ou de consommateur régies par les parties III.1 et III.2 de la LFI. Le mot « insolvabilité » englobe à la fois les procédures de liquidation et les propositions prévues par la LFI, et l'expression « insolvabilité de consommateur » est utilisée pour décrire tout cas d'insolvabilité où les dettes de consommation représentent au moins 50 % de l'endettement de la personne en cause. Dans le US Bankruptcy Code, l'expression générique « procédure de faillite » recouvre toute procédure en insolvabilité entreprise sous un chapitre quelconque du Code. Tout comme le Canada, l'Angleterre établit une distinction entre la faillite et les autres procédures en insolvabilité, mais ne semble pas faire de distinction entre les cas d'insolvabilité de consommateur et les autres cas d'insolvabilité personnelle. À moins que le contexte ne suggère une autre approche, le présent mémoire s'en tient à la terminologie de l'insolvabilité en usage au Canada.

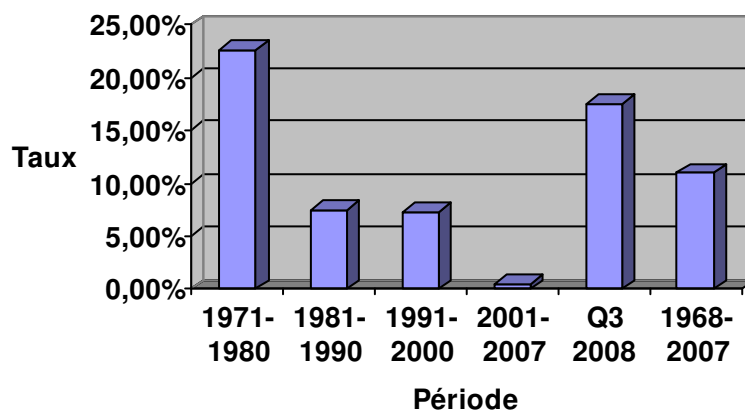
² Canada, Bureau du surintendant des faillites, *Statistiques : Comparaison internationale de taux de faillites et de propositions de consommateur* (Ottawa: Industrie Canada, 1999); Canada, Bureau du surintendant des faillites, *L'insolvabilité au Canada en 2007* (Ottawa: Industrie Canada, 2008).

³ En octobre 2008, les faillites de consommateur étaient en hausse de 27,2 % par rapport au même mois de l'année précédente. (Cependant, il n'est pas clair si le mot « proposition » englobe aussi bien les propositions commerciales que les propositions de consommateur. Voir Bankruptcy.com, *News Release*, 12/31/2008. Entre 1990 et 2007, les faillites de consommateur ont augmenté de 86,5 %. *Ibid.*, p.2.



Si l'on examine maintenant le taux annuel d'augmentation, le nombre de cas de faillite de consommateur a augmenté à un rythme annuel moyen de 11,1 %⁴ entre 1968 et 2007. L'augmentation la plus forte, soit de 22,6 %, est survenue entre 1971 et 1980, alors que ce taux n'était que de 7,5 % entre 1981 et 1990, 7,3 % entre 1991 et 2000, et 0,5 % entre 2001 et 2007.

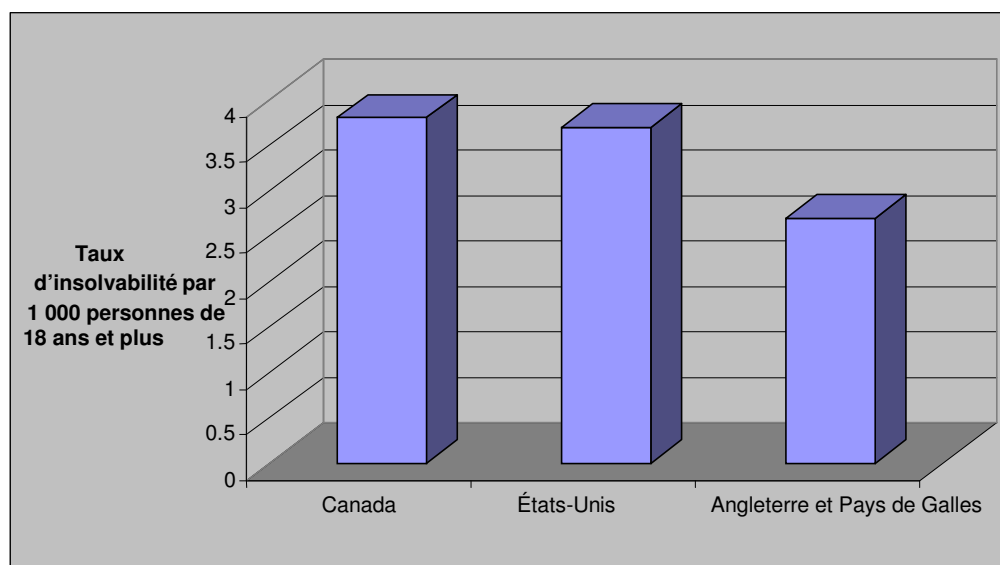
TABLEAU 2
CROISSANCE MOYENNE ANNUELLE DU NOMBRE DE CAS D'INSOLVABILITÉ DE CONSOMMATEUR



⁴ Canada, Bureau du surintendant des faillites, *Survol des statistiques sur l'insolvabilité au Canada jusqu'en 2006* (Ottawa: Industrie Canada, 2006) à la p. 20; Canada, Bureau du surintendant des faillites, *L'insolvabilité au Canada en 2007* (Ottawa: Industrie Canada, 2008).

Sur une base *per capita*, le taux d'insolvabilité en 1980 était de 1,1 pour 1000 résidents canadiens de 18 ans et plus, et de 3,8 en 2007⁵. À 7 pour 1000 en 2004, seul le taux américain était plus élevé, bien qu'il ait enregistré une baisse radicale après l'adoption du US Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) en avril 2005. En 2007, le taux d'insolvabilité américain s'établissait à 3,7 pour 1000⁶. Le taux comparable pour l'Angleterre et le Pays de Galles était de 2,7 pour 1000 en 2007⁷.

TABLEAU 3
COMPARAISON INTERNATIONALE DES TAUX D'INSOLVABILITÉ – 2007



En 2007, le Canada a eu le douteux honneur d'être le pays occidental à revendiquer le taux le plus élevé d'insolvabilités de consommateur. Il est tout aussi troublant de

⁵ *L'insolvabilité au Canada en 2007, supra.*

⁶ Tribunaux américains, *Bankruptcy Statistics*, en ligne : <http://www.uscourts.gov/bkruptcystats/statistics.htm>. Le nombre total des cas de faillite pour l'année terminée le 30 juin 2007 était de 751 056. À la même date en 2008, il atteignait les 967 831, en hausse de 28,9 % sur l'année précédente. *Ibid.*

⁷ The Insolvency Service, *Historical Insolvency Statistics*, en ligne : <http://www.insolvency.gov.uk/otherinformation/statistics/historicdata/HDmenu.htm>

constater que le ratio d'endettement des ménages sur le revenu disponible au Canada est passé de 91 % en 1990 à 127 % au troisième trimestre de 2006, alors que le revenu réel des Canadiens durant la même période n'augmentait que de 4,8%⁸. Il faut également s'inquiéter du fait que la proportion des personnes âgées parmi les débiteurs insolvable a été multipliée par 11 depuis 1999⁹.

De nombreux analystes reconnaissent qu'il existe une corrélation étroite entre la croissance du solde débiteur total du crédit à la consommation et le nombre de cas d'insolvabilité de consommateur¹⁰, ce que semble confirmer le tableau 4 dans le cas du Canada. L'endettement des consommateurs de source autre qu'hypothécaire a été multiplié par huit entre 1980 et 2007, pour passer de 46 610 milliards \$ en 1980, à 383 986 milliards \$ en 2007. Notons qu'une grosse partie de cette augmentation est attribuable aux cartes de crédit¹¹. Les statistiques canadiennes illustrent également l'incidence croissante de l'endettement des consommateurs sur tous les autres aspects de la performance économique du Canada. Le ratio dettes/avoirs est passé de 14,4 % en 1984 à 17,6 % en 1999. Le ratio dettes/revenus est passé de 73,8 % au premier trimestre

⁸ L'Institut Vanier de la famille, *L'état du budget de la famille*, (Ottawa: février 2007) p. 17.

⁹ *Ibid.* p. 18. Voir aussi Janis Sarra, « Growing Old Gracefully: An Empirical Investigation into Elderly Bankrupt Canadians », 2006, Annual Review of Insolvency Law, p. 783.

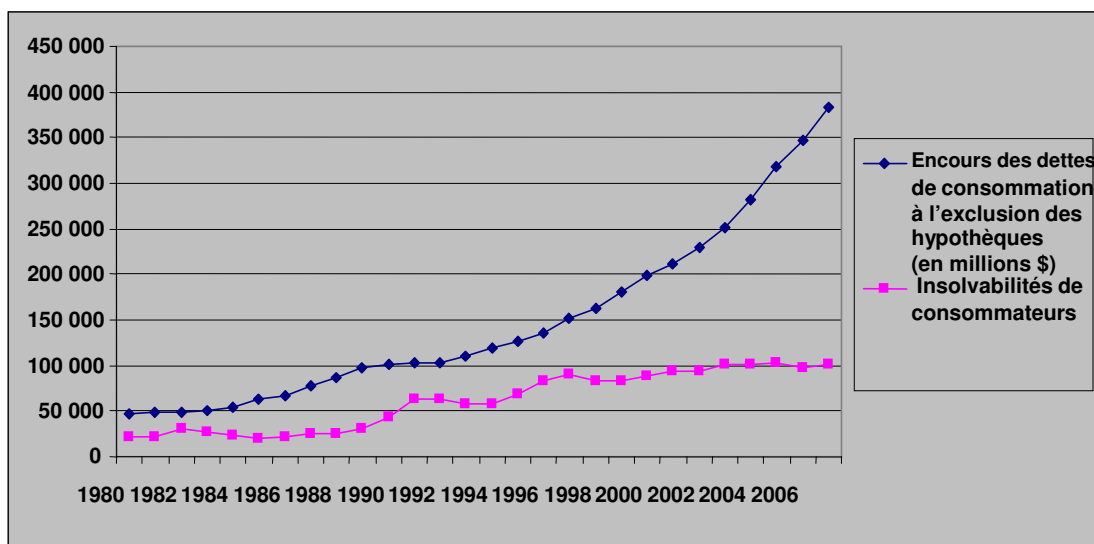
¹⁰ Voir entre autres RM Lawless, *The Relationship between NonBusiness Bankruptcy Filings and Various Basic Measures of Consumer Debt*, en ligne : <<http://www.law.missouri.edu/lawless/bus-bkr/filings.htm>>; D. Ellis, « The Influence of Legal Factors on Personal Bankruptcy Filings » (février 1998) *Bank Trends* (Washington DC); N Cebryk, Informetrica Limited, *Consumer Bankruptcies: Contributing Key Factors* (Ottawa, août 1999) (étude commandée par Industrie Canada), Tab. 3.1 et p.30); Ronald J. Mann, *Charging Ahead. The Growth and Regulation of Payment Card Markets* (Cambridge University Press, 2006), pp. 3et 69 (forte corrélation entre les dettes de cartes de crédit et les faillites de consommateur); mais voir aussi S Schwartz et L Anderson, *Analyse empirique d'un échantillon de Canadiens sollicitant la protection de la loi de la faillite*, (Ottawa: Industrie Canada, 1998), p 64, qui observe une « corrélation assez étroite » entre l'endettement personnel total et le nombre des faillites de consommateurs (coefficient de 0,95) mais qui prétend néanmoins qu'il faut demeurer très prudent face à celle-ci, et comparer avec T.A. Sullivan, E. Warren et J.L Westbrook, *The Fragile Middle Class: Americans in Debt* (Yale University Press, New Haven, 2000) (attribuant la plupart des faillites de consommateurs aux États-Unis au coût des soins médicaux, au divorce, et à des périodes sans revenus).

¹¹ Voir plus bas, Partie C, III, 2, Tableau 3.

de 1989 à 103,2% à la fin de 2003. Au cours de la même période, le taux d'épargne a chuté de 14,1 % des revenus à 1,3 %¹².

TABLEAU 4

CORRÉLATION ENTRE LE CRÉDIT À LA CONSOMMATION ET LES CAS D'INSOLVABILITÉ DE CONSOMMATEURS¹³



La réaction des milieux professionnels canadiens à la croissance des cas d'insolvabilité varie. Si l'on met de côté les cas d'infortune personnelle imprévisible (tels que le chômage, les difficultés conjugales ou la maladie grave), les conseillers en crédit et les syndics de faillite ont longtemps pensé que les consommateurs canadiens étaient nombreux à tout simplement ne pas savoir comment gérer leur budget. Cette perception est à l'origine de la mise sur pied de services-conseils bénévoles en crédit dans la grande région de Toronto et dans d'autres parties du Canada, et, de façon plus importante, à

¹² Le Bureau de la consommation du Canada, Industrie Canada, *Rapport sur les tendances en consommation* (Ottawa, 2004), ch. 7, p.3.

¹³ Statistique Canada, *Tableau 176-0027 - Encours du crédit à la consommation des principaux prêteurs, mensuel (dollars)*, CANSIM (base de données); *Survol des statistiques sur l'insolvabilité au Canada — jusqu'en 2006*, *supra*.

l'introduction de la consultation obligatoire dans les modifications apportées en 1992 à la *Loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI)¹⁴.

Les créanciers voient les choses différemment. Pour eux, il est beaucoup trop facile pour les consommateurs d'entreprendre des procédures en faillite et d'être rapidement libérés de leurs dettes sans avoir à faire une contribution significative (ou même aucune) à la réduction de celles-ci. C'est cette perception qui a mené à l'adoption d'un régime de paiement du revenu excédentaire dans les modifications apportées à la LFI¹⁵ en 1997 qui exigent du débiteur qu'il effectue les paiements requis selon les seuils de faible revenu établis par le surintendant des faillites. Ces dispositions demeurent en vigueur.

Il est frappant de constater que cette réaction à l'augmentation des statistiques d'insolvabilité repose sur le postulat que les créanciers ne sont pour rien dans ce phénomène, et qu'ils n'ont aucune responsabilité dans les pratiques de crédit qui mènent souvent les débiteurs à leur perte. La thèse du présent mémoire est à l'effet contraire : ce postulat est inexact, et les preuves abondent de la contribution des créanciers aux difficultés qu'éprouvent les débiteurs. L'auteur n'est pas le seul à s'inquiéter de la situation. Elle a fait l'objet récemment de nombreux rapports, études et témoignages aux États-Unis, en Europe et au Royaume-Uni, et elle est à l'origine de l'adoption de nouveaux textes visant à responsabiliser davantage les créanciers dans leurs activités de prêt¹⁶. Aux États-Unis, des préoccupations du même ordre ont souvent été exprimées par les groupes de défense des consommateurs, certains organismes d'entraide, et les

¹⁴ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.C. 1985, c. B-3, art.157.1 avec ses modifications.

¹⁵ Voir LFI, *ibid.*, art. 68 et cf. Jacob S. Ziegel, « What Can the US Learn from the Canadian Means Testing System? », 2007 U. Ill. L. Rev. 195.

¹⁶ Voir la Partie D, III, plus bas.

universitaires spécialisés dans les questions d'insolvabilité et de crédit à la consommation¹⁷.

S'il était nécessaire que nous ayons la preuve, dans un contexte nord-américain, des conséquences dramatiques du prêt irresponsable, l'effondrement du marché des prêts hypothécaires à risque aux États-Unis¹⁸ est venu nous l'apporter depuis l'été de 2007. Il est désormais très clair que, dans une époque de mondialisation des marchés financiers et de titrisation des dettes, les négligences graves dans l'attribution des crédits dans une partie du monde vont se répercuter rapidement ailleurs et peuvent compromettre la solvabilité et l'intégrité de tout le système financier international. Tout au cours de 2007, des projets de loi ont été déposés au Congrès américain pour imposer des codes de conduite et des exigences réglementaires aux acteurs du marché hypothécaire américain¹⁹. Même si aucun de ces projets n'a été adopté, il y a tout lieu de croire que les efforts se poursuivront au cours de la 111^e législature du Congrès. Le Canada doit lui aussi tirer les leçons des excès américains et adopter des mesures prophylactiques pour responsabiliser les créanciers et s'éviter les traumatismes que vivent présentement les États-Unis.

Depuis l'adoption de *Loi sur la faillite* de 1919, le droit canadien de l'insolvabilité retient le concept de la conduite responsable pour libérer un débiteur de la faillite²⁰. Utilisée dans ce contexte, « conduite responsable du débiteur » signifie que le débiteur ne peut imprudemment accumuler des dettes tout en sachant qu'il ne pourra les rembourser, et qu'il ne peut dilapider ses avoirs pour rendre plus difficile à ses créanciers la tâche de

¹⁷ Voir la Partie D, III, 4, plus bas.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Voir LFI, *supra* note 14, art. 173. Comme c'est le cas pour beaucoup d'éléments que l'on retrouve dans la loi de 1919, ce concept est emprunté au Bankruptcy Act anglais, 1914 (U.K.), 4 & 5 Geo. V, c. 59.

faire valoir leurs réclamations. Il semblerait logique de conclure qu'une conduite responsable du prêteur soit la contrepartie nécessaire d'une conduite responsable du débiteur. Cependant, ce syllogisme soulève plusieurs difficultés que nous examinerons en détail plus avant dans le présent mémoire²¹. Signalons entre autre que le concept de conduite responsable du débiteur n'est pas enchâssé dans la législation canadienne actuelle en matière d'insolvabilité. Il faudrait donc en faire une norme discrétionnaire ou lui donner effet indirectement en imposant des obligations particulières aux créanciers, ou encore en restreignant les recours du créancier qui a agi de façon irresponsable. L'autre défi auquel sont confrontés les promoteurs de ce concept est qu'il ne sera guère facile à appliquer compte tenu des différentes formes de crédit à la consommation et des relations débiteur/créancier. Néanmoins, et pour les fins du présent mémoire, nous retiendrons que le sens donné à l'expression « prêt responsable » est que le prêteur ne doit pas accorder sciemment ou imprudemment à un consommateur plus de crédit que celui-ci n'est raisonnablement en mesure d'assumer et de rembourser, compte tenu de ses moyens financiers actuels et éventuels.

Le reste du présent mémoire procède comme suit : la Partie B passe en revue détaillée les causes de l'insolvabilité des consommateurs au Canada, et examine notamment le rôle du surendettement tel qu'on le découvre dans les bilans des débiteurs et dans les rapports des syndics aux créanciers. La Partie C retrace l'historique du crédit à la consommation dans le monde occidental et plus particulièrement en Amérique du Nord, et elle se divise en quatre sections. La Partie D examine le concept du prêt responsable, les cas d'irresponsabilité et les sanctions applicables en Europe de l'Ouest, aux États-Unis et au Canada lors d'une conduite irréfléchie de la part du créancier. La

²¹ Voir la Partie D, II, plus bas.

Partie D se penche aussi sur les recommandations et les modifications législatives mises de l'avant pour augmenter la responsabilité des créanciers (y compris les recommandations de l'auteur). En conclusion, la Partie E cherche à tirer quelques grandes lignes d'ensemble.

B. CAUSES DE L'INSOLVABILITÉ CHEZ LES CONSOMMATEURS

Un autre des postulats du présent mémoire est que l'excès de crédit constitue l'une des causes de l'insolvabilité chez les consommateurs. Il est dès lors pertinent de se demander dans quelle mesure les statistiques existantes soutiennent cette hypothèse, aussi évidente puisse-t-elle paraître au lecteur. La réponse est qu'il n'est pas facile d'isoler le lien de causalité qui existe entre le crédit à la consommation et l'insolvabilité des consommateurs, car d'autres facteurs jouent fréquemment un rôle dans les cas d'insolvabilité, tels que la perte d'un emploi, la diminution des revenus, la maladie, le divorce et la séparation, et (dans le cas des étudiants qui ont des prêts importants) l'incapacité de trouver un emploi lucratif à la fin des études qui permettrait à l'étudiant de rembourser les emprunts contractés. Malgré cela, on recense cinq études statistiques et de cas au cours des 25 dernières années au Canada qui ont tenté de tracer le profil des débiteurs et de leur endettement, de même que de dévoiler la source de leurs difficultés financières. Plusieurs de ces études, sinon la totalité, se sont appuyées sur les rapports préparés par les syndic au sens de l'article 170 de la LFI en vertu duquel le syndic est tenu d'indiquer ce qui, de son avis ou de celui du débiteur, est à l'origine de l'insolvabilité du débiteur²². Les résultats sont rapportés ci-dessous. Comme on peut le voir, il ne se dégage aucune constante, et la terminologie employée pour décrire les

²² Art. 170 LFI

causes de l'insolvabilité n'est pas uniforme. Cependant, les résultats mettent en relief l'importance de l'endettement :

**TABLEAU 1 : CAUSES DES FAILLITES DE CONSOMMATEUR:
ÉTUDES CANADIENNES**

	<i>Brighton/Connidis</i> ²³	<i>McGregor/Berry</i> ²⁴
Dettes de consommation	49,2 %	43,6 %
Perte d'emploi	15,2 %	30,4 %
Santé/Infortune	14,3 %	7,1 %
Activité commerciale	14,3 %	0,0 %
Difficultés familiales/conjugales	6,8 %	5,4 %

	<i>Schwartz et Anderson</i> ²⁵	
	Nb. de réponses	Pourcentage du total
Perte d'emploi/de revenus	277	18,8 %
Problèmes personnels	161	10,9 %
Remboursement des dettes	90	6,1 %
Incapacité générale de rembourser	96	6,5%
Cartes de crédit	86	18,8%
Aucun évènement ou dette en particulier ou « aucune réponse »	164	11,1%
Dettes envers le gouvernement	166	11,3%
Échec d'une petite entreprise	60	4,1%
Tous les autres événements et dettes	384	25,9%
Nombre total des événements et dettes déclencheurs	1 484	

²³ J.W. Brighton et J.A Connidis, *Consumer Bankrupts in Canada* (Consommation et Corporations Canada, 1982), Tableau 13, p. 33.

²⁴ *Bulletin sur l'insolvabilité*, vol. 19, N°. 1 et 2 (1998-99).

²⁵ S. Schwartz & L. Anderson, *Analyse empirique d'un échantillon de Canadiens sollicitant la protection de la loi de la faillite* (Industrie Canada, Ottawa, 1998), Tableau 29, p. 86, les 2 premières colonnes.

	<i>Iain Ramsay</i> ²⁶	
	Tous les débiteurs (%)	Débiteurs consommateurs seulement (%)
Perte d'emploi/diminution de revenus	24 %	28 %
Échec d'une petite entreprise	14 %	10 %
Surendettement	9 %	10 %
Revenus insuffisants	9 %	10 %
Perte de revenus et surendettement	9 %	8 %
Rupture conjugale et ...	8 %	6 %
Perte sur la vente de la résidence familiale/ Réclamation pour insuffisance	6 %	6 %
Perte sur un investissement immobilier	5 %	6 %
Caution	5 %	4 %
Perte d'emploi pour raisons de santé	4 %	3 %
Dettes fiscales	3 %	3 %
Mauvaise gestion des finances personnelles	2 %	3 %
Rupture conjugale	2 %	2 %
Autre	...	...
Total	100	100

²⁶ Iain Ramsay, « Individual bankruptcy: preliminary findings of a socio-legal analysis: [texte présenté à la *Conference on the Contemporary Challenges of Consumer Bankruptcies in a Comparative Context* tenue à la faculté de droit de l'Université de Toronto, les 21 et 22 août 1998.] » (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 15, à la p. 61.

**TABLEAU 2: PRINCIPALES CAUSES DE LA FAILLITE
SELON L'ÂGE (JANIS SARRA)²⁷**

	55-59	60-64	65-69	70-74	75+	Tout
Surendettement	26.50%	25.77%	27.68%	35.66%	37.75%	29.21%
Mauvaise gestion de l'argent	6.24%	9.23%	11.49%	11.19%	10.29%	9.39%
Perte du revenu d'emploi	15.81%	11.73%	10.70%	8.39%	4.90%	11.24%
Raisons de santé	15.59%	15.96%	16.45%	11.19%	10.78%	14.66%
Revenu insuffisant	10.24%	11.35%	13.05%	11.19%	15.20%	11.83%
Frais de déménagement	0.45%	0.96%	0.26%	0.35%	0.49%	0.54%
Échec d'une entreprise	7.35%	8.65%	6.53%	4.90%	3.43%	6.73%
Jeu	2.23%	2.50%	2.87%	2.10%	2.45%	2.44%
Insuffisance du revenu de retraite	1.11%	1.35%	1.31%	3.85%	1.96%	1.74%
Séparation ou divorce	5.79%	5.19%	3.39%	1.75%	4.41%	4.34%
Dettes fiscales	3.12%	3.27%	3.13%	5.24%	3.92%	3.58%
Enfant à charge	1.56%	1.73%	1.31%	1.40%	2.45%	1.63%
Fraude	1.11%	0.38%	0.52%	1.40%	1.47%	0.87%
Autre	2.90%	1.92%	1.31%	1.40%	0.49%	1.79%

Si nous mettons de côté les différences de terminologie et prenons pour acquis que « Dettes de consommation » dans les études Brighton/Connidis et McGregor/Berry, et « Remboursement des dettes », « Incapacité générale de rembourser », et les aspects « Crédit à la consommation » dans l'étude Schwartz/Anderson, ont grosso modo le même sens que « Surendettement » dans les études Ramsay et Sarra, on peut raisonnablement conclure que le crédit mis à la disposition des consommateurs par les institutions financières joue un rôle important (environ 30 % des réponses) dans toutes les études, à l'exception possible de l'étude Ramsay. Cette conclusion ne devrait pas nous surprendre. Comme nous l'avons vu plus haut, d'autres études ont également établi une corrélation étroite entre l'augmentation du volume de crédit à la consommation et les faillites de consommateur.²⁸ Bien entendu, l'importance du rôle joué par l'endettement de consommation dans les cas d'insolvabilité personnelle ne constitue pas pour autant une

²⁷ *Supra* note 9.

²⁸ *Supra* note 10.

preuve que les prêteurs se sont comportés de manière irresponsable en offrant du crédit hors insolvabilité. Qu'ils l'aient fait ou non sera fonction de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir de la situation du débiteur au moment où ils ont consenti le crédit, et des conditions auxquelles ils l'ont accordé. Ces questions essentielles sont au cœur du présent mémoire, et elles sont abordées dans la Partie D.

C. HISTORIQUE DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION

Pour comprendre le rôle joué aujourd'hui par le crédit à la consommation, son usage et ses abus, il est utile de voir quelle a été son évolution. Nous verrons que certains des problèmes actuels ont des racines profondes et correspondent à des thèmes familiers, alors que d'autres sont tout à fait modernes et sont en fait des sous-produits de l'informatique, des techniques contemporaines de mise en marché, et des nouvelles méthodes employées pour mettre le crédit à la disposition des consommateurs, notamment les cartes de crédit. L'origine de l'expression « crédit à la consommation » est postérieure à la Seconde Guerre mondiale. Avant la guerre, avocats, économistes et financiers parlaient des différents types de crédit à la consommation sans distinguer ce qu'ils avaient en commun. Aujourd'hui, on reconnaît que le crédit à la consommation englobe toute forme de crédit mis à la disposition des consommateurs pour leurs fins personnelles, familiales ou domestiques²⁹, et c'est le sens dans lequel nous utilisons cette expression dans le présent mémoire. De façon très large, et pour les fins de ce mémoire, on peut distinguer trois grandes époques dans l'histoire du crédit à la consommation. La première court des temps bibliques à la fin de la Première Guerre mondiale. La seconde

²⁹ Et c'est ainsi qu'il est généralement défini dans les textes de loi. Voir par exemple la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30 avec ses modifications, Partie VII, art. 66.

couvre la période de l'entre deux guerres, soit de 1919 à 1939. Et la troisième s'étend de 1945 à nos jours.

I. Première époque : Interdiction de l'usure, Prêt sur gage, et Début du crédit à tempérament

On conçoit aisément que cette première époque, très longue, soit très éloignée des réalités de la consommation du 21^{ème} siècle, sauf peut-être pour la seconde moitié du 19^{ème} siècle. Cela dit, cette première époque est importante pour au moins trois raisons. Tout d'abord, dans le monde occidental, les préoccupations soulevées par l'usure et le prêt usuraire allaient dominer en bonne partie toute la réflexion sur le bien-fondé de percevoir des intérêts sur un prêt. Ensuite, la mise en gage d'un bien auprès d'un prêteur (et notamment, au sommet de l'échelle, la mise en gage d'objets et en or et de bijoux) constituait la forme de garantie la plus répandue pour l'obtention d'un prêt. Enfin, les ventes à tempérament de biens de consommation durables firent leur apparition dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle, dans la foulée de la révolution industrielle. Ce développement laissait présager la vente d'automobiles, d'appareils ménagers, de meubles et d'appareils de divertissement qui allait tant marquer la période de l'entre deux guerres, de 1919 à 1939.

*1. La question de l'usure*³⁰

L'Ancien Testament interdit l'usure entre Israélites³¹, et cet interdit s'est propagé au Nouveau Testament où elle ne se limite pas aux prêts consentis entre

³⁰ Voir, de façon générale, « Usure » dans *Wikipedia, L'encyclopédie libre*, et Sydney Homer, *A History of Interest Rates* (New Brunswick, New Jersey, 1963).

³¹ L'Exode, 22:25; Le Lévitique, 25:35-37.

coreligionnaires³². Il a été repris par la suite par les Églises catholique et protestante et s'est étendu aux préceptes moraux et juridiques dans toute l'Europe. En plus de son fondement théologique, on mettait de l'avant deux raisonnements distincts pour justifier cette vigoureuse condamnation de l'usure. Le premier était qu'elle constituait une exploitation des emprunteurs dans le besoin, et l'autre, qui se réclamait de l'impressionnante autorité d'Aristote, était que l'argent, étant un corps inerte, ne pouvait générer par lui-même de l'argent. Sous l'influence de Saint Thomas d'Aquin et des principes de l'enrichissement sans cause et des dommages empruntés au droit romain, les érudits du Moyen-Âge allaient reconnaître un certain nombre d'exceptions³³. L'une d'entre elles visait les prêts à faible taux d'intérêt consentis aux pauvres par les Franciscains et ces institutions caritatives connues sous le nom de Monts-de-piété. Les exceptions étaient pratique courante dans les Cités-États de l'Italie, et on recourait volontiers à des fictions pour justifier tout type de contrat qui se trouvait à violer implicitement l'interdit contre l'usure³⁴.

En Angleterre, c'est sous le règne de Henri VIII que les intérêts marchands commencèrent à exiger le relâchement des règles sur l'usure. Une loi adoptée sous ce roi autorisait le prélèvement d'un intérêt sur un prêt pouvant atteindre 10 % si certaines conditions étaient respectées. Cette loi fut cependant révoquée en 1551-52 sous le règne d'Édouard VI, sous l'influence du nouveau courant protestant³⁵. Le débat devait se

³² St Luc 6:35, 19:23.

³³ Voir aussi les concepts de *damnum emergens* lorsque le prêteur peut démontrer qu'il a subi une perte du fait du prêt, et de *lucrum cessans* lorsqu'il peut démontrer qu'il a été privé d'un avantage quelconque. Sir William Searle Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 8 aux pp. 100 et ss.

³⁴ Malgré ces exceptions, Holdsworth, *ibid.* à la p. 107, insiste pour préciser que le commerce comptait encore pour très peu dans les prêts consentis, et que la grande majorité de la population demeurait encore très vulnérable à l'exploitation des prêteurs.

³⁵ *Ibid.* p. 109.

poursuivre³⁶ entre les factions opposées, et en 1571, sous la reine Elisabeth 1^{ère}, une nouvelle loi (13 Eliz. c.8) allait rétablir celle de Henri VIII et abroger celle d'Édouard VI³⁷. La reine Anne (12 Anne c.16, 1640) allait réduire le taux d'intérêt permissible à 5 pourcent, et cette loi, de même que les lois subséquentes sur le même sujet, allait exclure les transactions visées de l'interdit général sur l'usure. Le droit anglais allait demeurer dans cet état jusqu'en 1854 (il s'appliquait de concert avec la doctrine du recours en cas d'entente abusive) alors que toutes les lois sur l'usure furent révoquées sous l'influence de la philosophie utilitariste de Jeremy Bentham et de ses disciples qui préconisaient la liberté de marché dans les transactions financières. 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 dû intervenir. Cette intervention allait prendre deux formes. Tout d'abord, le Bills of Sales (1878) Amendment Act de 1882³⁸ allait régler de près les conditions auxquelles les prêteurs pouvaient prendre les biens du ménage de l'emprunteur en garantie du prêt consenti. Ensuite, en 1900, le Money-Lenders Act³⁹ allait attribuer aux tribunaux anglais le pouvoir de rouvrir des transactions et d'accorder un redressement lorsque, de leur avis, l'intérêt était excessif, ou que la transaction était oppressive et exorbitante. Un taux d'intérêt de 48 % constituait une preuve par inférence que la transaction était exorbitante⁴⁰.

³⁶ Pour un compte-rendu détaillé, voir N. Jones, *God And The Money Lenders: Usury And Law In Early Modern England*, Basil Blackwell (1991), plus particulièrement les chapitres 2 et 3.

³⁷ *Supra* note 33. Cependant, s'il faut s'en remettre à Holdsworth, la loi prévoyait également que, si une procédure était entreprise pour recouvrer l'intérêt permis (10%), l'intérêt payable pouvait être confisqué ! Holdsworth prétend cependant que la disposition sur la confiscation était demeurée lettre morte.

³⁸ 45 & 46 Vict., chapitre 43.

³⁹ 63 & 64 Vict., chapitre 51.

⁴⁰ La loi fut révisée en profondeur en 1927. Le Consumer Credit Act 1974 (U.K.), 1974, chapitre 39 abrogea la législation sur les prêteurs d'argent et remplaça le plafond sur les taux d'intérêt par un régime de

Au 19^{ème} siècle, le Canada connut une expérience similaire à celle de l'Angleterre sur le plan des conséquences de l'abolition du plafonnement des taux d'intérêt. Avant la Confédération, les taux d'intérêt n'étaient pas plafonnés⁴¹, au Haut-Canada et au Bas-Canada, mais ils l'étaient dans les Maritimes et allaient le rester après la Confédération, jusqu'en 1890. Cette année-là, les dispositions de la *Loi sur l'intérêt* qui avaient codifié les plafonds provinciaux en vigueur avant la Confédération furent abrogées⁴². La *Loi sur les prêteurs d'argent* fut adoptée en 1906⁴³ pour assurer la protection des petits emprunteurs et elle imposait un plafond de 12 % au taux d'intérêt annuel applicable à tout prêt de moins de 500 \$ consenti par un « prêteur d'argent ». La définition de prêteur d'argent apparaissait à l'article 2. Cette loi fut un « échec total »⁴⁴ en raison de son approche plutôt simpliste et de l'absence de toute obligation d'obtenir un permis et d'une définition du mot « intérêt »⁴⁵. La *Loi sur les petits prêts*, adoptée par le parlement canadien en 1939 et basée sur le Model Small Loans Act élaboré par la Russell Sage Foundation aux États-Unis⁴⁶, remédiait à plusieurs des faiblesses de la *Loi sur les prêteurs d'argent de 1906*. On considérait la *Loi sur les petits prêts* comme une réussite

permis pour les fournisseurs de crédit et la notion de l'« extortionate credit bargain » (art. 137 à 140). Les tribunaux anglais ont appliqué celle-ci de façon très restrictive, et elle a été remplacée par l'article 19 du Consumer Credit Act 2005. Voir la Partie D III. plus bas.

⁴¹ Il existait des limites sur les taux d'intérêt plus tôt au cours du siècle, mais elles furent abolies en 1856, sans doute en réponse à des pressions et à des sentiments semblables à ceux de l'Angleterre.

⁴² M.A. Waldron, *The Law of Interest in Canada* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), p. 9.

⁴³ Statuts Révisés du Canada 1937, chapitre 122.

⁴⁴ Waldron, *supra* note 42 à la p. 11.

⁴⁵ La loi a été abrogée par l'article 8 du chapitre 46 des S.C. 1956.

⁴⁶ Sur les origines de la législation américaine sur les petits prêts et le rôle joué par la Russell Sage Foundation dans sa promotion, voir le compte-rendu coloré de Lendol Calder dans *Financing the American Dream: A Cultural History of Customer Credit* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1999), chapitre 3.

exceptionnelle jusqu'à son abrogation *de facto* en 1981 et son remplacement par l'article 405.1 du Code criminel⁴⁷.

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 habilités⁴⁸. La situation allait changer au cours du premier quart du 20^{ème} siècle avec l'adoption par la plupart des États de la loi uniforme sur les petits prêts et ses taux beaucoup plus raisonnables.

Cet historique très condensé du traitement de l'usure dans les juridictions de *common law* est pertinent dans le contexte du présent mémoire car il éclaire l'éternel défi auquel sont confrontés les preneurs de décision dans le domaine du crédit à la consommation : comment protéger les emprunteurs vulnérables contre les prêts à taux exorbitant, si le jeu de la concurrence constitue la meilleure solution, et si le plafonnement des taux est inévitable dans ce segment de marché.

2. Le prêt sur gage

⁴⁷ L'art. 405.1 est maintenant devenu l'article 347 du Code criminel. Les motifs de l'abrogation et les effets désastreux de l'article 347 sont abordés dans la Partie D. IV. 1(b) ci-dessous.

⁴⁸ Pour une description saisissante des opérations des prêteurs sans permis dans la dernière portion du 19^{ème} siècle, voir Calder, *supra* note 46, chapitre 1, pp. 49 à 54.

La prise de biens mobiliers en garantie contre un prêt, communément appelée prêt sur gage lorsqu'elle est faite par un prêteur opérant dans un établissement ouvert au public, constitue le mécanisme de garantie le plus ancien dans la plupart des systèmes de droit⁴⁹. Pendant des siècles, il s'agissait également de la seule forme de garantie reconnue sur des biens immobiliers. Le prêt sur gage était déjà largement implanté depuis longtemps dans la société chinoise avant que la Bible n'y fasse allusion et qu'il devienne un instrument répandu en Europe de l'Ouest par le truchement du droit romain.

Ce qui caractérise le prêt sur gage, c'est le fait pour le prêteur de retenir en garantie du remboursement de son prêt le bien donné en gage. En vertu du droit romain et de la *common law*, le créancier-gagiste a le droit de vendre un bien gagé pour recouvrer la dette qui lui est due, mais il ne peut s'approprier de ce bien à son bénéfice personnel. Cependant, au Canada, les règles du jeu pour le prêt sur gage ont souvent changé, et les prêteurs peuvent conserver le bien à condition de donner au débiteur un avis préalable de son intention⁵⁰. Généralement, dans les juridictions de *common law*, une fois que le débiteur a renoncé à son droit de racheter le bien gagé, le prêteur le place en montre dans son établissement. En Angleterre, dans les siècles passés, les prêteurs sur gage prenaient même des vêtements en garantie. Aujourd'hui, ils sont surtout intéressés par des objets de grande valeur tels que les bagues en or, l'argenterie et les bijoux. Avant l'arrivée des banques et autres établissements de crédit, les membres de la monarchie laissaient régulièrement leurs valeurs en gage contre un prêt.

⁴⁹ On trouvera un historique très utile du prêt sur gage dans l'encyclopédie en ligne Wikipédia sous la rubrique « Pawnbroking », <http://en.wikipedia.org/wiki/Pawnbroking>. Voir également l'étude très estimée et fouillée de John Caskey, *Fringe Banking: Check Cashing Outlets, Pawn Shops and the Poor* (New York: Russell Sage, 1994), et tout particulièrement le chapitre 2.

⁵⁰ Voir par ex. : la *Loi sur le Prêt sur gages*, L.R.O. 1990, c. P.6, art. 21 et suivants. La raison de cet écart par rapport à la règle de *common law* (et aux dispositions sur les mesures d'exécution prévues dans les lois provinciales sur les sûretés mobilières) est qu'il n'y a souvent pas de marché pour les biens de consommation donnés en gage.

Mais cette pratique est révolue depuis bien longtemps et, en Amérique du Nord, les établissements de prêt sur gage sont généralement perçus comme des prêteurs de dernier ressort pour les particuliers à faible revenu qui ont besoin d'un prêt en attendant leur prochaine paie ou leurs prochaines prestations d'aide sociale. Le prêt sur gage est une solution qui attire les emprunteurs car les transactions sont réduites à leur plus simple expression et ils n'ont pas à faire la preuve de leur capacité financière. Au cours des 10 dernières années, et ce après une longue période de déclin, le prêt sur gage semble connaître un regain de popularité⁵¹, encore que cela soit sans doute davantage le cas aux États-Unis qu'au Canada, et il joue désormais un rôle important dans le marché alternatif du crédit (les services financiers parallèles) pour les emprunteurs à faible revenu.

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. C'est pourquoi les établissements de prêt sur gage sont réglementés en Angleterre depuis le 16^{ème} siècle, et aux États-Unis par les États depuis la seconde moitié du 19^{ème} siècle⁵². Le plus souvent, la loi réglemente le coût du prêt et les conditions dans lesquelles le prêteur peut s'approprier du bien laissé en gage. À l'heure actuelle, au Canada, seules l'Ontario et la Colombie-Britannique semblent encadrer ces activités par règlement. Cependant, dans plusieurs provinces, les municipalités se prévalent de leur pouvoir de réglementer 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 volés⁵³.

⁵¹ Cf. « When credit fails, pawn shops excel », *Globe & Mail*, 26 février 2008, B4

⁵² Caskey, *supra* note 49.

⁵³ Cette pratique est à l'origine de litiges et de l'allégation que les municipalités se trouvaient à abuser de leur pouvoir de réglementation. Voir par ex. *Cash Converters Inc. v. Oshawa (City)*, (2007) 86 O.R.(3d)

3. La vente à tempérament

La révolution industrielle et production de masse de biens durables allait faire du crédit à la consommation par le truchement de la vente à tempérament⁵⁴, ou le contrat de vente conditionnelle, pour reprendre l'expression anglaise⁵⁵, l'instrument idéal pour rendre ces biens accessibles d'abord aux familles de la classe moyenne, et ensuite aux familles et aux particuliers de la classe ouvrière⁵⁶. On dit que les marchands de meubles américains ont été les premiers à offrir la vente à tempérament à leurs clients⁵⁷. Les machines à coudre furent les premiers appareils ménagers technologiquement complexes et durables à pénétrer le marché américain par le truchement de la vente à tempérament. On reconnaît généralement à la société I.M. Singer & Company, le fabricant de la machine à coudre Singer, le mérite d'avoir popularisé ce mode de vente à l'échelle nationale⁵⁸. Le concept était simple. Le consommateur prenait immédiatement possession de l'appareil sur paiement d'une somme modeste et sur son engagement de payer le solde du prix de vente sur une période de temps convenue, bien plus courte que la durée de vie anticipée de l'appareil. Entre-temps, et jusqu'à ce que tous les paiements prévus aient été

401 (C.A.) et *Royal City Jewellers & Loans Ltd. v. New Westminster (City)* [2007], 11 W.W.R. 622 (B.C.C.A.).

⁵⁴ Ou, pour employer la terminologie technique, de la vente conditionnelle.

⁵⁵ En Angleterre, on utilisait une entente de location-achat, et non la vente conditionnelle courante au Canada et aux États-Unis car la cour d'appel du pays avait conclu, dans l'affaire *Lee v. Butler* [1892], 2 Q.B. 318, que, en vertu de l'article 9 du Factors Act, (1889 (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 45), l'acheteur sous conditions pouvait céder le titre de propriété des biens à un acheteur quelconque même si les biens n'étaient pas encore complètement payés. Les ententes de location-achat n'étaient pas couvertes par le Factors Act ni, plus tard, par le Sale of Goods Act de 1893 parce que, techniquement, le locateur n'avait pas convenu d'acheter les biens, mais disposait seulement d'une option à cet effet dans l'avenir. Voir *Helby v. Matthews* [1894], 2 Q.B. 262, et Royston Miles Goode & Jacob S. Ziegel, *Hire-Purchase and Conditional Sale* (Londres : British Institute of International and Comparative Law, 1965).

⁵⁶ Entre autres exemples familiers, citons les machines à coudre, les glacières, les pianos, les meubles, et les vélos.

⁵⁷ Calder, *supra* note 46 aux pp. 162 à 165; E.R.A. Seligman, *The Economics of Instalment Selling* (New York: Harper & Brothers Publishers, 1927), à la p. 14.

⁵⁸ Calder, *ibid.* à la p. 162.

effectués, le vendeur demeurait le propriétaire de l'appareil. Si l'appareil devait servir à des fins lucratives (comme c'est le cas pour les couturières qui achetaient des machines à coudre pour travailler à domicile), les gains tirés de ce travail seraient largement suffisants pour en acquitter le prix. Dans le cas des appareils ménagers tels que les glaciers et les fournaies, les économies de nourriture ou l'amélioration du confort domiciliaire compensaient largement leur prix d'achat. Des articles comme les vélos étaient particulièrement intéressants à acheter à tempérament car on pouvait les utiliser à la fois pour le loisir et comme mode de transport lorsqu'on n'avait ni chevaux, ni accès à un mode quelconque de transport en commun.

Cependant, les ventes à tempérament n'étaient pas toutes bien vues. Il existait un volume important de commerce de « bas niveau » auquel s'adonnaient des petites entreprises qui faisaient appel à des « démarcheurs ». Il s'agissait de vendeurs qui se déplaçaient d'appartement en appartement à la recherche de clients, et qui les accompagnaient au magasin qu'ils représentaient pour les convaincre d'acheter de la marchandise et des biens durables qu'ils pourraient ensuite payer à tempérament. D'autres camelots exploitaient des magasins ambulants⁵⁹. Il fallait également compter avec les « faux commerces » qui faisaient une mauvaise réputation aux ventes à tempérament, à tout le moins dans la région de New York. Ils se spécialisaient dans la vente de faux bijoux, utilisaient des moyens frauduleux, et pratiquaient l'intimidation pour se faire payer⁶⁰.

⁵⁹ *Ibid.* aux pp. 177 à 179; Seligman, *supra* note 57, aux pp. 19 à 23.

⁶⁰ Calder, *ibid.* aux pp. 178 à 179.

Il n'y a guère de doute que le démarchage de porte en porte se pratiquait couramment dans différentes régions du Canada⁶¹, mais on ne relève aucun cas comparable de fraude. Les quelques affaires de ventes à tempérament à s'être retrouvées devant les tribunaux au cours de la dernière partie du 19^{ème} siècle et avant la Première Guerre mondiale semblent surtout avoir porté sur la responsabilité de l'acheteur relativement au solde du prix de vente lorsque les biens avaient été repris pour cause de non-paiement, ou sur des litiges entre le vendeur et une tierce partie qui prétendait avoir acquis les biens de bonne foi sans connaissance antérieure du titre de propriété du vendeur. La législation canadienne et américaine de la fin du 19^{ème} siècle sur les ventes conditionnelles créait une obligation d'enregistrement aux vendeurs s'ils voulaient faire valoir leurs droits sur des biens avant qu'ils n'aient été entièrement payés⁶². Les premières lois contenaient également des dispositions timides qui protégeaient l'intérêt de l'acheteur dans les biens une fois qu'ils avaient été repris par le vendeur en cas de non-paiement. Ces dispositions allaient être tout aussi timidement renforcées au cours du siècle suivant⁶³.

II. Deuxième période : 1919 – 1945

⁶¹ L'auteur avait un ami à Saskatoon, un fourreur, qui entreprit sa carrière en 1939 en vendant des manteaux de fourrures et autres vêtements de porte en porte dans les petites collectivités de la Saskatchewan avant d'ouvrir un magasin de mode féminine très réputé à Saskatoon.

⁶² Voir Jacob S. Ziegel, « Uniformity of Legislation in Canada: The Conditional Sales Experience » (1961), 39 *Can. Bar Rev.*, p. 165.

⁶³ *Ibid.*, et Jacob S. Ziegel, « Retail Installment Sales Legislation: A Historical and Comparative Survey » (1962) 14 *Univ of Toronto L.J.* 143 à la p. 148. Voir aussi J. S. Ziegel, « The Legal Regulation of Consumer Credit » in Jacob S. Ziegel & R.E. Olley, eds., *Consumer Credit in Canada* (University of Saskatchewan, 1966), p.70.

La deuxième phase dans l'historique du crédit à la consommation au Canada a été marquée par les faits suivants. De 1919 jusqu'au début de la Grande Dépression, les ventes à tempérament gagnent du terrain, notamment dans le secteur de l'automobile. Les compagnies de finance ouvrent leurs portes et deviennent un acteur important dans le financement des biens durables et surtout des véhicules automobiles⁶⁴. L'entrée en scène d'intermédiaires dans le financement des ventes fut un bienfait partagé pour les consommateurs car elle est à l'origine du problème du « détenteur régulier » et autres du même genre. Les difficultés allaient empirer après 1945 à cause de l'habitude prise par les compagnies de finance d'utiliser billets à ordre et clauses butoir pour se tenir à l'écart des différends sur la qualité des biens ou sur tout autre aspect du contrat⁶⁵. Mais au départ, l'industrie de la vente à tempérament avait dû surmonter une crise morale, certaines personnalités influentes ayant dénoncé les dangers du crédit à la consommation pour l'économie et le bien-être des consommateurs. Elles attachaient en effet une connotation péjorative à la notion de crédit à la consommation et l'opposaient au crédit consenti aux entreprises qu'elles qualifiaient de productif et, partant, bon pour l'économie. Le professeur E.R.A. Seligman, économiste de renom à la Columbia University, se vit confier le mandat par GMAC d'examiner, en toute indépendance, le

⁶⁴ La plus importante d'entre elles, la General Motors Acceptance Corporation, fut mise sur pied à cette époque et elle allait se doter d'une filiale au Canada, comme allaient le faire d'autres importantes compagnies de finance américaines. Au Canada, la plus importante entreprise de ce genre était l'Industrial Acceptance Corporation (IAC). Il est intéressant de noter que Henry Ford Sr. ne croyait pas au crédit à la consommation et insistait pour vendre ses voitures au comptant. Calder, *supra* note 46, à la p. 191.

⁶⁵ Parmi les décisions importantes dans les débuts de la vente à tempérament, notons l'affaire *Killoran v. Monticello State Bank*, (1921), 61 R.C.S. 528. Dans les années qui allaient suivre 1945, le problème allait éventuellement être résolu par une modification apportée à la *Loi sur les lettres de change* et par des modifications à la législation provinciale en matière de protection du consommateur. Pour plus de détails, voir B. Geva, *Financing Consumer Sales and Product Defences in Canada and the United States* (Carswell Legal Pub. 1984).

principe de la vente à tempérament. Son rapport en deux tomes, publié en 1927⁶⁶, démontre en quoi les critiques étaient mal fondées, et allait restaurer la confiance dans le mécanisme de la vente à tempérament. Le professeur Seligman plaidait également très éloquemment qu'il n'y avait pas de différence entre le crédit à la consommation et le crédit à la production : les deux pouvaient être aussi bons que mauvais, selon l'usage qu'on en faisait.

La Grande Dépression eut évidemment l'effet d'une douche froide sur les ventes à tempérament, quoique M. Calder nous souligne que ceux qui avaient acheté des automobiles et des biens durables continuèrent à les payer très consciencieusement. Au Canada, les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan voyaient les choses différemment. Les deux adoptèrent une loi instituant un moratoire permettant aux débiteurs de suspendre tout paiement sur leurs cautions et autres prêts (elles allaient être déclarées par la suite en grande partie inconstitutionnelles) de même que des restrictions sur le recouvrement des dettes contractées lors d'une vente conditionnelle⁶⁷. Une des restrictions albertaines revêtait une importance particulière et allait ensuite être copiée par d'autres provinces (exception faite de l'Ontario). Elle prévoyait qu'en cas de défaut de l'acheteur partie à un contrat de vente conditionnelle, le vendeur pouvait soit reprendre possession des biens, soit poursuivre pour le solde du prix de vente, mais ne pouvait faire les deux⁶⁸.

⁶⁶ *Supra* note 57.

⁶⁷ Pour plus de détails, voir Goode & Ziegel, *supra* note 55 à la p. 14, note 35.

⁶⁸ Cette disposition législative est généralement connue en anglais sous le nom de « sue or seize restriction » En français : « poursuivez ou saisissez ».

Le troisième fait de l'après-guerre digne de mention est l'adoption d'une loi fédérale sur les petits prêts en 1939⁶⁹. Cette mesure visait à faciliter les petits prêts aux consommateurs à faible revenu à un taux suffisamment élevé pour encourager les entreprises américaines de prêt à la consommation à établir des filiales au Canada. Pour autant qu'on puisse en juger par les statistiques, la Grande Dépression *n'a pas* eu pour effet de provoquer une explosion du nombre des cas d'insolvabilité de consommateurs, volontaires ou non. Les raisons de ce phénomène n'ont pas fait l'objet d'une recherche exhaustive. On peut raisonnablement penser qu'il s'explique par la combinaison des facteurs suivants : les coûts d'une faillite dépassaient les moyens de la plupart des consommateurs, la faillite demeurait très stigmatisée socialement, les consommateurs demeuraient très circonspects face à l'utilisation du crédit.

III. Troisième époque : de 1946 à aujourd'hui

Il n'est guère surprenant, dans la perspective du présent mémoire, que la période qui a suivi la Deuxième Guerre mondiale ait été la plus importante dans l'histoire du crédit à la consommation. 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.

1. La vente à tempérament

Le passage d'une économie de guerre à une économie de paix et la demande refoulée pour des biens durables de toute catégorie, et notamment pour les véhicules automobiles, créaient également un besoin pour des services de financement des ventes.

⁶⁹ Stat. Can. 1939, c. 23.

Ces besoins allaient d'abord être satisfaits par les sociétés canadiennes de financement, et plus tard par les banques à charte qui offrirent des marges de crédit à leurs clients les plus sûrs. L'abolition en 1967⁷⁰ des plafonds sur les taux d'intérêt applicables aux prêts bancaires et la profitabilité des prêts à la consommation constituaient pour les banques autant d'incitatifs pour s'imposer davantage sur ce marché, avec le résultat que la position des sociétés de services financiers sur ce marché se mit à décroître rapidement après le début des années 1980. En leur qualité de financiers du crédit à la consommation, les banques et les autres intermédiaires avaient recours aux billets à ordre et aux clauses butoir pour se tenir à l'écart des différends entre vendeurs et acheteurs sur les biens vendus. Les plaintes de consommateurs prenaient tellement d'importance que les tribunaux canadiens sentirent le besoin d'intervenir dès 1962, avec l'arrêt clé du juge Kelly dans l'affaire *Federal Discount Corp. Ltd. v. St Pierre*⁷¹. Le Parlement fédéral est également intervenu en 1970 en ajoutant la Partie V à la *Loi sur les lettres de change* dont l'effet est de nier le statut de détenteur régulier aux cessionnaires d'un billet à ordre qui ont été avisés de sa nature⁷².

Le développement rapide des multiples formes de crédit à la consommation est également à l'origine de la controverse sur la transparence en matière de prêt qui a mobilisé l'attention des législatures canadiennes et américaines pendant une bonne partie des années 1960 et 1970. Les défenseurs des consommateurs prétendaient que, pour permettre aux consommateurs de comparer le coût du crédit de différents fournisseurs, il devrait être exprimé à la fois sous la forme du taux d'intérêt applicable et en espèces.

⁷⁰ S.C. 1966-67, chapitre 87.

⁷¹ (1962), 32 D.L.R. (3d) 86 (C.A. de l' Ont.).

⁷² Pour plus de détails, voir Jacob S. Ziegel et Benjamin Geva, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (Toronto: Emond Montgomery, 1981), au chapitre 16.

Malgré la forte résistance des compagnies de finance et des autres entreprises spécialisées dans le crédit à la consommation, la controverse devait se résoudre par l'adoption de mesures favorisant la transparence autant au niveau des provinces que du fédéral⁷³.

2. Les cartes de crédit à usages multiples⁷⁴

On divise généralement les cartes de crédit en deux catégories : les cartes de crédit à usages multiples qu'on peut utiliser chez tout marchand accrédité par l'émetteur de la carte, et les cartes de crédit de détail qu'on ne peut utiliser que dans les établissements de l'émetteur. Le concept de la carte de crédit fut d'abord évoqué dans un roman du 19^{ème} siècle. Il devait par la suite devenir réalité sous la forme de disques de métal émis par des grands commerces de détail à leurs entreprises clientes pour permettre aux employés de celles-ci d'acheter des marchandises sans avoir à payer en espèces. On attribue généralement à Diners Club le mérite d'avoir été, en 1960, le premier émetteur de carte de crédit à usages multiples. Visa et MasterCard ne devaient faire leur apparition qu'au début des années 1970.

⁷³ Pour plus de détails, voir *ibid.* aux p. 1187 et suiv., et Goode & Ziegel, *supra* note 55 aux pp. 56 à 60. Le Canada a été l'un des premiers pays de l'Occident à adopter des règles sur la transparence des conditions de prêt.

⁷⁴ Chose surprenante, on ne trouve pas de texte exhaustif sur les aspects juridiques et autres de l'utilisation des cartes de crédit au Canada; on retrouve également très peu d'articles dans les périodiques académiques. On trouve un très bon survol de la réalité des cartes de crédit dans Wikipedia sous la rubrique « cartes de crédit ». Malheureusement, le site web de Google sous la rubrique cartes de crédit au Canada est plutôt décevant, et il est rempli de publicités diverses. L'Association des banquiers canadiens publie des statistiques annuelles sur l'utilisation des cartes de crédit au Canada. On peut trouver des renseignements détaillés sur les conditions d'émission des cartes de crédit auprès de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada, *Frais de service sur les transactions effectuées par cartes de crédit* (Ottawa : 2006). Cependant, l'ACFC ne fait pas état des plaintes, à moins qu'il ne s'agisse d'une infraction à une loi fédérale. De la même façon, l'ACFC ne suit pas les taux de délinquance dans le remboursement de la dette de cartes de crédit, non plus que le rôle joué par l'endettement sur carte de crédit dans les faillites de consommateur. La chronique d'Ellen Roseman dans le *Toronto Star* aborde souvent la question des plaintes relatives aux cartes de crédit.

Il n'y a aucun doute que les cartes de crédit à usages multiples ont exercé une influence déterminante sur le recours au crédit à la consommation au Canada depuis l'introduction de Visa et MasterCard à cette époque, et que cela continuera à être le cas dans l'avenir. Entre 1977 et 2007, le nombre de cartes VISA et MasterCard émises a augmenté de 782% et est passé de 8,2 millions à 64,1 millions. De façon encore plus marquante, la valeur nette en dollars des transactions est passée de 4,04 milliards \$ à 275,21 milliards \$, soit une augmentation de 6 812 %⁷⁵. Les cartes de crédit semblent manifestement avoir la cote chez les Canadiens, tout comme c'est d'ailleurs le cas chez les Américains, les Britanniques, et les autres consommateurs ailleurs dans le monde. On peut les utiliser au pays ou à l'étranger dans tout établissement accrédité, à concurrence de la somme autorisée; on peut les utiliser pour acheter des biens ou des services dans une monnaie étrangère; et on peut les utiliser pour obtenir une avance de fonds en dollars canadiens ou dans une devise quelconque. C'est cependant leur flexibilité même qui les rend fatalement attrayantes aux yeux des consommateurs insolubles. Nous avons noté plus haut l'étroite corrélation observée par les chercheurs entre le nombre des faillites de consommateur et l'augmentation des soldes impayés sur les cartes de crédit. Dans son étude récente sur l'incidence des faillites chez les Canadiens d'âge moyen et âgés⁷⁶, la professeure Janis Sarra note la place importante des cartes de crédit dans le type d'endettement chez cette catégorie de faillis. Elle observe en effet que plus de 85 % des faillis avaient des dettes de cartes de crédit et que l'endettement hypothécaire et les cartes de crédit constituaient les plus importantes sources de pression financière sur les

⁷⁵ Association des banquiers canadiens, *Credit Card Statistics October 2007*, en ligne : Canadian Bankers Association <<http://www.cba.ca/en/content/stats/DB038%20-%20Visa%20%20MCI%20Statsb%20-%20Updated%20for%202007.pdf>>. , disponible en anglais seulement.

⁷⁶ *Supra* note 9, à la p. 793.

débiteurs. Contrairement à ce qu'on aurait pu croire, ses données démontrent⁷⁷ que les faillis du troisième âge (75 ans et plus) supportaient, au moment de la faillite un plus haut niveau d'endettement moyen de carte de crédit (15 640 \$) que les débiteurs de la tranche d'âge des 55 à 59 ans (13 338\$)⁷⁸, et que l'endettement de carte de crédit comptait pour 75 % de l'endettement total des personnes du troisième âge⁷⁹.

Ces statistiques soulèvent la question morale sinon juridique de savoir si les émetteurs de carte de crédit ont l'obligation de décourager une utilisation abusive des cartes de crédit, et nous aborderons cette question plus loin dans le présent mémoire. On a également accusé les émetteurs de carte de crédit d'autres abus, surtout aux États-Unis, et notamment les suivants :

1. L'expédition par millions de demandes de carte de crédit non sollicitées, souvent avec la suggestion qu'une carte sera émise sur simple appel du récipiendaire;
2. Le ciblage de jeunes étudiants dans l'expédition de demandes non sollicitées;
3. L'offre de taux d'appel pour encourager les titulaires de cartes de crédit à opter pour un autre émetteur;
4. L'augmentation de la limite autorisée autrement qu'à la demande du titulaire de la carte;
5. La modification du taux d'intérêt applicable sans préavis;

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 794, Tableau 1. La professeure Sarra note également que les débiteurs du troisième âge étaient davantage endettés même s'ils ne bénéficiaient d'aucun revenu d'emploi. Elle suggère que ces personnes ne parviennent pas à ajuster leur style de vie à leur revenu et qu'elles utilisent leurs cartes de crédit pour combler la différence.

⁷⁸ Ces chiffres doivent être comparés aux données comparables de Richard Archambault qui démontrent qu'en 2003, les faillis canadiens avaient en moyenne une dette de 7 808 \$ US, alors que la dette moyenne des faillis américains s'élevait à 17 738 \$. Voir à ce sujet « Comparing the Credit Card Balances of Canadian and American Bankrupts in 2003 » *OSB Newsletter 2004-6*, p. 3 (traduction non disponible). À des fins de comparaison, M. Archambault a converti en dollars américains les chiffres en dollars canadiens. Cependant, les taux de change ont beaucoup fluctué en 2007 et 2008, et il serait important d'en tenir compte dans toute appréciation qu'on peut faire des chiffres de M. Archambault.

⁷⁹ *Supra* note 9, à la p. 798, Tableau 2.

6. L'imposition de lourdes pénalités lorsque le titulaire n'effectue pas le paiement mensuel minimum requis ou lorsqu'il est en défaut envers tout autre émetteur⁸⁰;
7. Le maintien au strict minimum du paiement mensuel requis (suffisant pour payer l'intérêt accumulé, mais guère davantage), de façon à encourager le titulaire à supporter son solde indéfiniment⁸¹;
8. Frais d'intérêt excessifs.

En Amérique du Nord, ces plaintes émanent surtout de sources américaines et ont fait l'objet d'auditions par le Congrès⁸². Quelques-unes de ces préoccupations - et peut-être même la majorité d'entre elles - s'appliquent sûrement au Canada, même s'il n'y a pas eu d'enquêtes fédérales ou provinciales à l'instar de celles qui

⁸⁰ Cette pratique tire son origine de ce qu'on appelle une « clause de défaut universel ». Cependant, Citicorp et certains autres émetteurs américains ont annoncé au début de 2007 qu'ils retireraient cette disposition de leurs conventions de cartes de crédit.

⁸¹ Le professeur Elizabeth Warren a qualifié cette pratique, de même que certaines autres encore plus vicieuses, comme des moyens pour les émetteurs de maximiser les revenus qu'ils tirent des taux d'intérêt et de leurs frais divers. Voir à ce sujet le témoignage de celle-ci : *Testimony of Elizabeth Warren before the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs of the United States Senate on Hearing: Examining the Billing, Marketing, and Disclosure Practices of the Credit Card Industry, and their Impact on Consumers*, le 25 janvier 2007.

⁸² Voir entre autres : Center For Responsible Lending, *Risking Homes to Pay Off Credit Cards* (Washington: Novembre 2005); Center For Responsible Lending, *Subprime Lending is a Drain on Home Ownership* (Washington : Mars 2007); Center For Responsible Lending, *The Plastic Safety Net: The Reality Behind Debt in America* (Washington : Octobre 2005); Demos Action Network, *Credit Card Industry Practices in Brief* (Washington: October 2005); Christian Weller, Center For American Progress, *Pushing the Limit: Credit Card Debt Burdens American Families* (Washington : 2006); Michael Donovan [Donovan Searles LLC], Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, « *Prepared Statement on the Hearing on 'Examining the Billing, Marketing, and Disclosure Practices of the Credit Card Industry, and their Impact on Consumers'* » (25 janvier 2007); Kathleen Keest [Center for Responsible Lending], House Committee on Financial Services, Subcommittee on Financial Institutions and Consumer Credit, *Oversight Hearing on Abusive Credit Card Practices* (June 7, 2007); Robert D. Manning [College of Business, Rochester Institute of Tech.], Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, « *Prepared Statement on the Hearing on 'Examining the Billing, Marketing, and Disclosure Practices of the Credit Card Industry, and their Impact on Consumers'* » (25 janvier 2007); Edmund Mierzwinski [Consumer Program, US Public Interest Research Group], House Committee on Financial Services, Subcommittee on Financial Institutions and Consumer Credit, *Oversight Hearing on Abusive Credit Card Practices* (7 juin 2007); et Elizabeth Warren [Professeur de droit, Harvard Univ.], Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, « *Prepared Statement on the Hearing on 'Examining the Billing, Marketing, and Disclosure Practices of the Credit Card Industry, and their Impact on Consumers'* » (25 janvier 2007).

se sont déroulées aux États-Unis⁸³. Au Canada, on compte très peu de différends sur les cartes de crédit à s'être rendus devant les tribunaux⁸⁴, mais cette parcimonie est sans doute davantage due au coût des procédures qu'à l'absence de motifs de se plaindre. C'est certainement la conclusion qu'on peut tirer du fait que deux grandes banques canadiennes font présentement face à des actions collectives en Ontario pour cause de frais de crédit non autorisés, ou de violation du plafond en matière de taux d'intérêt prévu à l'article 347 du Code criminel⁸⁵.

3. Marché parallèle du crédit pour les consommateurs à faible revenu

L'émergence d'un marché parallèle du crédit très distinct pour les consommateurs à faible revenu constitue l'une des caractéristiques importantes de l'évolution du crédit à la consommation au Canada depuis le début des années 1990. Le prêt sur salaire effectué par des entreprises qui se spécialisent dans cette activité constitue certainement le développement le plus important et le plus visible de cette tendance, mais d'autres sources de financement telles que le prêt sur gage, les services d'encaissement de chèques, les contrats de location avec option d'achat, le prêt sur titre, l'escompte du remboursement d'impôt, sont autant de manifestations de ce même phénomène. Ces services ont en commun de viser surtout des consommateurs qui n'ont pas de carte de crédit ou qui ont perdu le droit de l'utiliser et qui ne se sentent pas à l'aise dans un

⁸³ L'ACFC publie des données sur les plaintes qu'elle reçoit en matière de cartes de crédit, mais ces données se limitent aux plaintes relatives au non-respect par les émetteurs des obligations que la loi leur impose. Pour une discussion plus approfondie, voir la Partie D. IV. 1(b), plus bas.

⁸⁴ Les recherches par ordinateur effectuées par l'assistant de recherche de l'auteur, Scott Ollivierre, n'ont pas permis de glaner beaucoup d'information sur les plaintes déposées. Voir cependant plus haut la note⁷⁴ concernant les plaintes reçues par Ellen Roseman.

⁸⁵ Voir *Markson v. MBNA Canada Bank* [2007] ONCA 334, et *Casano v. Toronto-Dominion Bank* [2007] ONCA 781.

établissement bancaire qui dessert la classe moyenne ou qui vivent dans un quartier mal desservi par les banques à charte canadiennes⁸⁶.

Les entreprises de prêt sur salaire se sont développées aux États-Unis à partir des années 1980, et se sont installées au Canada dès le milieu des années 1990⁸⁷. Le pays compte maintenant environ 1 300 établissements de prêt sur salaire dont le chiffre d'affaires estimatif avoisine les 2 milliards \$⁸⁸. Un grand nombre de ces établissements se trouvent dans (ou près) des quartiers à faible revenu, ou encore dans des petits centres

⁸⁶ La question de savoir dans quelle mesure les Canadiens à revenu plus élevé ont également recours au prêt sur salaire fait l'objet d'un débat encore ouvert. Les auteurs d'une étude effectuée à Ottawa prétendent qu'il faut « rejeter l'hypothèse selon laquelle le SFA dessert essentiellement les personnes les plus désavantagées de la société ». Nous estimons qu'environ 15 % de la clientèle du SFA se classerait sous les seuils de faible revenu avant impôt (SFR) tels que définis par Statistique Canada. Voir à ce sujet le Public Interest Advocacy Centre, Ottawa, *Fringe Lending and "Alternative" Banking: The Consumer Experience* (Nov. 2002). D'un autre côté, certains chercheurs de Winnipeg étaient convaincus que le phénomène du prêt sur salaire était surtout limité aux particuliers à faible revenu. Voir Jerry Buckland et Martin Thibault, *The Rise of Fringe Financial Service Alternatives. In Winnipeg's North End: Client Experiences. Firm Legitimacy and Community-Based Alternatives*. Rapport préparé par la Winnipeg Inter-City Research Alliance for the SSHRC and CHMC (Août 2003). Le United Way de Toronto retient essentiellement la même position dans un important rapport sur les familles indigentes de son territoire. Voir United Way of Greater Toronto, *Losing Ground. The Persistent Growth of Family Poverty in Canada's Largest City* (Nov 2007). La réponse précise à cette question pourrait faire une différence dans la mesure où elle pourrait avoir une incidence sur celle de savoir si les taux d'intérêts applicables aux prêts sur salaire devraient être réglementés au Canada.

⁸⁷ Ceci ne veut pas dire qu'il n'existe pas d'entreprises canadiennes de prêt sur salaire. Cependant, la grande majorité des entreprises de ce genre oeuvrant au Canada semblent être des filiales d'entreprises américaines. ACORN Canada prétend que la Banque Royale du Canada et la Banque Toronto-Dominion détiennent des actions dans un certain nombre d'entreprises de prêt sur salaire et critique ce fait en raison du conflit qui existe entre l'obligation de ces banques de répondre aux besoins de la clientèle à faible revenu et leur intérêt à diriger cette même clientèle vers les entreprises de prêt sur salaire. Voir le rapport de ACORN Canada, *A Conflict of Interest: How Canada's Largest Banks Support Predatory Lending* (Ottawa: March 2007) aux pp. 6 et suivantes. ACORN est un regroupement de services communautaires qui militent pour une réforme des services de crédit à la consommation destinés aux particuliers à faible revenu.

⁸⁸ Voir Association canadienne des prêteurs sur salaire, Communiqué de presse, « L'Association canadienne des prêteurs sur salaire accueille favorablement la réglementation » (6 octobre 2006), en ligne : Association canadienne des prêteurs sur salaire, http://www.cpla-acps.ca/french/pr_2006_05_fr.php. le chiffre de 2 milliards \$ apparaît plutôt modeste en regard des 2 017,8 milliards \$ nets de transactions traitées par Visa et MasterCard en 2006. Cependant, il faut garder à l'esprit, en premier lieu, que, pour la plupart des Canadiens, les cartes de crédit constituent un mode de paiement davantage qu'une facilité de crédit, et, en deuxième lieu, que le prêt sur salaire moyen varie entre 300 et 500 \$. Sur cette base, un chiffre d'affaires annuel de 2 milliards \$ se traduit par quatre millions de prêts.

commerciaux⁸⁹. Le prêt moyen varie entre 300 et 500 \$ pour 10 jours et coûte à l'emprunteur de 12 à 18 \$ par tranche de 100 \$, ce qui représente un taux variant entre 305 et 650 % sur une base annualisée⁹⁰. Le taux de renouvellement des prêts⁹¹ est très élevé, ce qui fait que le coût d'un emprunt même très modeste peut doubler dans un très court laps de temps⁹².

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. Cependant l'emprunteur doit démontrer au prêteur qu'il a un emploi rémunéré, ou bien qu'il a droit à des prestations d'aide sociale ou d'un régime de retraite en provenance d'une source fiable. L'emprunteur doit également remettre au prêteur un chèque postdaté pour le montant du prêt et des intérêts que le prêteur dépose si le prêt n'est pas remboursé à la date convenue, ou s'il n'est pas renouvelé.

La pratique du prêt sur salaire a fait l'objet de nombreuses critiques parmi lesquelles nous retiendrons les plus importantes : 1. Les coûts d'emprunt sont trop élevés et peuvent laisser l'emprunteur plus mal en point qu'il ne l'était avant le prêt. 2. Le taux

⁸⁹ On ne trouve encore dans aucune ville canadienne une concentration d'établissements offrant des prêts sur salaire comparable à celle qu'on observe dans certaines villes des États-Unis, 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. Voir John Leland, « Non-Profit Payday Loans? Yes, to Mixed Reviews » *New York Times* (28 août 2007) en ligne : *New York Times* <<http://www.nytimes.com/>>.

⁹⁰ Le rapport manitobain, *infra* note 91, à la p. 39, suggère que le coût moyen d'un prêt est de 25 \$ par tranche de 100\$, ce qui équivaudrait à un taux annualisé de 912 %.

⁹¹ Selon le rapport de ACORN Canada, *supra* note 87, à la p. 4 qui cite une étude de Ernst & Young, chaque premier emprunteur sur salaire finit par renouveler son prêt en moyenne 15 fois. D'autres études évoquent un renouvellement de 8 à 10 fois. Voir la *Loi sur la Régie des services publics* du Manitoba, . *Maximum Charges for Payday Loans*. Décret No 39/08, 4 avril 2008, p. 39 (RSP Manitoba).

⁹² Voir le National Consumer Law Center, *Utilities and Payday Lenders: Convenient Payments, Killer Loans* (Juin 2007), et cf. « Provinces Need the Power to Keep Lenders in Check » *Vancouver Sun* (1^{er} mai 2006), en ligne : *Vancouver Sun* <<http://www.canada.com/vancouver/index.html>> commentant une décision de la cour des petites créances d'Ottawa portant sur deux cas de prêt sur salaire. L'un de ces prêts était un prêt de 280 \$ qui, avec les intérêts et pénalités, atteignait 551 \$ au bout d'un mois.

de renouvellement des prêts est trop élevé. 3. Les prêteurs sur salaire utilisent des méthodes de recouvrement très agressives⁹³. La première critique est sans doute la plus forte, et nous l'examinerons plus loin⁹⁴ dans le contexte plus large de la réglementation des taux d'intérêt dans les transactions de crédit à la consommation. Il en va de même pour la question connexe de l'opportunité de mettre sur pied des plans sans but lucratif de prêts à faible coût pour les consommateurs indigents dans les cas méritoires⁹⁵.

(a) Différends portant sur l'article 347 et les modifications apportées en 2006

Il semblerait que quelque 30 recours collectifs soient en cours contre des entreprises de prêt sur salaire de la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Ontario au moment d'écrire ces lignes (décembre 2008), alléguant tous que les entreprises ont enfreint l'article 347 du Code criminel, et demandant la condamnation des défenderesses à une restitution ou autre forme de redressement. L'article 347 (anciennement art. 405.1) fut adopté par le Parlement en 1981 et impose un plafond de 60 % par an au coût de ces prêts et à d'autres formes de crédit, tant pour les consommateurs que les entreprises. Dans le but de faciliter le prêt sur salaire, le Parlement a modifié l'article 347 en 2007⁹⁶. Cette modification prévoit que l'article ne s'applique pas dans les provinces qui ont adopté une loi (a) exigeant l'obtention d'un permis pour faire des prêts sur salaire, (b) prévoyant la possibilité de réglementer le coût des prêts, et (c) restreignant la durée de ces prêts à un maximum de 62 jours. La majorité des provinces ont choisi de se prévaloir de

⁹³ Pour une analyse publique récente de ce qu'on appelle les « Défauts du prêt sur salaire », voir RSP Manitoba, *supra* note 91., aux pp. 238 à 240.

⁹⁴ *Infra*, Partie D, IV, 1(b), (c).

⁹⁵ Voir la Partie D, IV, 1, (c), plus bas.

⁹⁶ L.C. 2007, chapitre 9.

cette possibilité, et ont adopté, ou sont sur le point de le faire, une loi encadrant le prêt sur salaire⁹⁷.

4. Prêts sur les actifs immobiliers et hypothèques à risque

Pour des raisons historiques, les lois (et les statistiques) canadiennes en matière de crédit à la consommation ne couvrent pas les prêts sur les actifs immobiliers, laissant le soin à d'autres textes de le faire. Sur le plan fonctionnel, il n'existe aucune différence entre le prêt hypothécaire garanti par un actif immobilier et le prêt garanti par une voiture, des meubles ou des appareils ménagers. La distinction, s'il faut la faire, réside essentiellement dans la qualité de la garantie et la solvabilité de l'emprunteur. Et la distinction s'est encore rétrécie au cours des dix dernières années en raison de la popularité croissante des prêts sur actifs immobiliers et de la croissance fulgurante des prêts hypothécaires à risque. Nous aborderons le cas de ces derniers plus loin⁹⁸, car ils constituent un exemple frappant des conséquences des pratiques de prêt irresponsables. À une moindre échelle, les prêts sur des actifs immobiliers peuvent aussi devenir un piège pour les emprunteurs, et c'est pourquoi nous leur consacrerons quelques lignes⁹⁹.

⁹⁷ Pour plus de détails sur la législation provinciale, voir S. Ben-Ishai, « Regulating Payday Lenders in Canada: Drawing on American Lessons », *Append A* (2008) 23 BFLR 323. L'Ontario est la plus récente province à avoir légiféré en matière de prêt sur salaire (voir Stat. Ont. 2008, c. 9.). Le Québec est peu susceptible de le faire car les articles 8 et 325 de sa *Loi sur la protection des consommateurs* empêche un prêteur d'exiger un intérêt annuel de plus de 35 %. La constitutionnalité du plafond québécois n'a jamais été contestée quoique ce dernier semble aller à l'encontre de l'article 347 du Code criminel et de la compétence exclusive du gouvernement fédéral en matière de taux d'intérêt. En l'absence de services de prêt sur salaire, les sources alternatives de financement utilisées par les Québécois ne semblent pas évidentes quoiqu'on ait évoqué la possibilité que les prêteurs sur gage et les Caisses Populaires Desjardins combler le vide.

⁹⁸ Voir la Partie C, III, 4, plus bas.

⁹⁹ Cf. U.S. Federal Deposit Insurance Corporation, « Putting Your Home on the Loan Line is a Risky Business. », online: Federal Deposit Insurance Corporation <<http://www.fdic.gov/consumers/consumer/predatorylending/index.html>>, et le Center for Responsible Lending, *Risking Homes to Pay Off Credit Cards* (Washington : novembre 2005).

Un prêt sur un actif immobilier est un prêt consenti au propriétaire d'une maison, garanti par la valeur nette qu'il détient dans celle-ci¹⁰⁰. Cette forme de financement a gagné en popularité au cours de la dernière décennie en raison de l'appréciation rapide de la valeur des maisons à travers le pays. Avant l'éclatement de la crise financière en Amérique du Nord en 2008, ce genre de prêt faisait l'objet d'une très large publicité¹⁰¹, et on le présentait à l'emprunteur comme une « solution intelligente, sûre et libre de tout stress » à ses problèmes financiers. D'autres publicités vantaient les mérites de ce genre de prêt pour rétablir un dossier de crédit amoiché, consolider des dettes, procéder à des rénovations domiciliaires, ou prendre des vacances qui seraient autrement hors de portée dans des lieux exotiques. L'envers de la médaille de ces prêts était l'abondance des frais de mise en place, honoraires juridiques et frais de courtage qu'ils supposaient, sans compter que le taux d'intérêt était souvent plus élevé que celui d'un prêt hypothécaire conventionnel. Notons aussi que ce prêt devait être remboursé, et si la valeur de la maison venait à baisser (une éventualité tout ce qu'il y a de plus vraisemblable dans la conjoncture actuelle), le propriétaire de la maison pourrait être contraint à la vendre pour rembourser le prêt.

Un nouvel instrument financier, l'« hypothèque inversée », constitue une variante du prêt sur actif immobilier, et s'adresse plus particulièrement aux propriétaires du troisième âge¹⁰². L'hypothèque inversée diffère du prêt sur actif immobilier en ce que les avances ne sont pas remboursables avant le décès du propriétaire, la vente de la maison,

¹⁰⁰ Aux États-Unis, le prêt sur actif immobilier est également appelé refinancement avec retrait de la valeur nette. Dans ce genre de situation, le propriétaire d'une maison remplace son hypothèque actuelle par un emprunt d'un montant supérieur à ce qu'il doit sur sa maison. La portion de la différence reçue en espèces sert souvent à acquitter d'autres dettes. Center for Responsible Lending, *ibid.*, à la p. 1.

¹⁰¹ Voir Wikipedia, « Home Equity », en ligne : Wikipedia <http://en.wikipedia.org/wiki/Home_equity>.

¹⁰² En fait, en vertu des plans existants publicisés, les propriétaires doivent être âgés de 60 ans ou plus.

ou le déménagement du propriétaire¹⁰³. Du point de vue du propriétaire, une hypothèque inversée est encore plus risquée qu'un prêt sur actif immobilier parce que, dans un marché à la baisse, les avances reçues peuvent absorber la plus grande partie de la valeur de la maison, et son propriétaire se retrouve privé de ce qui serait autrement son actif le plus important pour couvrir ses dépenses futures. Le propriétaire aurait mieux fait de vendre sa maison et de déménager dans une autre, moins chère, ou dans un appartement¹⁰⁴.

IV. Conclusion générale sur l'historique du crédit à la consommation

Le survol que nous venons de faire, tout simplifié et résumé soit-il, illustre toute l'évolution du crédit à la consommation au Canada depuis son rôle modeste et périphérique à l'époque qui précédait la Confédération. Il constitue maintenant un phénomène économique, social et juridique de premier rang, mais qui génère tout autant de coûts qu'il procure de bénéfices. Un de ces coûts est que l'accès facile au crédit à la consommation sous l'une quelconque de ses nombreuses manifestations peut conduire le consommateur au surendettement et à l'insolvabilité. Les questions qu'il faut poser sont celles de savoir quelle responsabilité la société canadienne et le droit canadien devraient imposer aux créanciers pour réduire, sinon éviter, les effets de cette conséquence

¹⁰³ Voir Google sous « Home Equity and Reverse Mortgage Loans ». Cette rubrique est encombrée de pages de publicité vantant les mérites des produits annoncés. Chestnut Park, « Reverse Mortgages » *Newsletter: Welcome Home* (Mars/Avril 2008) 2, sub., observe que les frais d'intérêt sur les hypothèques inversées sont coûteux et composés deux fois l'an. Le coût de remboursement d'un prêt de 200 000 \$ sur quinze ans peut dépasser les 600 000 \$. (L'article n'explique pas comment on parvient à ce chiffre.)

¹⁰⁴ En toute justice pour les prêteurs canadiens qui pratiquent l'hypothèque inversée, il faut noter qu'ils exigent généralement de l'emprunteur qu'il obtienne une opinion juridique indépendante avant de signer l'acte d'hypothèque.

négative, et comment il serait possible d'y parvenir. C'est l'examen de ces questions pleines de défis qui constitue l'essentiel de la suite du présent mémoire.

D. QUAND LE PRÊT DEVIENT IRRESPONSABLE; SANCTIONS APPLICABLES

I. Aspects préliminaires

Le principe voulant que le prêteur ait l'obligation de s'assurer que le consommateur a les moyens d'emprunter ou d'acheter à crédit sans s'engager au delà de sa capacité, et que les conditions de la transaction sont équitables, ne s'impose pas comme allant de soi. Les créanciers ont toujours prétendu qu'ils ne sont pas responsables du bien-être du débiteur, et que, en tant qu'adulte, celui-ci doit voir à la bonne gestion de ses affaires. Ce raisonnement est conforme aux principes généraux de la *common law* applicables aux contrats dans lesquels les parties négocient en toute indépendance, et en l'absence de toute obligation fiduciaire l'un envers l'autre. Dans un tel cas, la règle traditionnelle impose comme seules obligations au créancier celles d'éviter d'induire le consommateur en erreur et de respecter les termes du contrat¹⁰⁵.

Cependant, la *common law* a fait bien du chemin depuis l'adoption de ces principes inspirés du laisser-faire du 19^{ème} siècle, et basés sur une structure de marketing simple et l'absence de tout public consommateur définissable. De nos jours, les lois fédérales et provinciales témoignent d'une reconnaissance généralisée de la très grande disparité si facile à observer dans le pouvoir de négociation, les connaissances et les

¹⁰⁵ Cf. la déclaration fréquemment citée du maître des rôles Jessel dans l'affaire *Printing & Numerical Registering Company v. Sampson* (1875) L.R. 19 Eq. 462, à la p. 465, également citée par John D. McCamus dans *The Law of Contract* (Toronto: Irwin Law, 2005), p.24, note 58: « ... s'il est un principe posé par plus d'une politique d'intérêt public, c'est bien que les personnes majeures dotées de toutes leurs facultés aient la liberté absolue de contracter, et que les tribunaux fassent respecter les contrats négociés de plein gré. »

moyens qui prévaut entre créanciers et consommateurs¹⁰⁶. Or depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on enregistre une poussée pour redresser ce déséquilibre dans une foule de lois et de programmes qui sont souvent mal appliqués quand ils ne restent pas tout simplement lettre morte. Les tribunaux ont retenu le concept du caractère abusif pour maintenir l'ordre dans les transactions entre commerçants et consommateurs et entre créanciers et débiteurs. Plusieurs provinces ont reconnu ce développement dans leurs lois en donnant aux tribunaux un pouvoir très large d'annuler les transactions basées sur des représentations mensongères ou abusives¹⁰⁷.

De plus, le crédit à la consommation a un certain nombre de caractéristiques qui justifient l'intervention du législateur et l'imposition aux prêteurs de normes de probité et de respect des principes de l'équité dans leurs transactions. Une de ces caractéristiques est l'impact de la publicité et des techniques modernes de mise en marché. La publicité a envahi les médias et presse constamment les consommateurs d'acheter des marchandises ou de s'abonner à un service à « très, très » bas prix. Si l'argent pose problème, le crédit est accessible, moyennant un acompte raisonnable (et parfois même aucun). Quant au paiement des intérêts, il peut être différé d'un an. Et puis, il y a aussi cette si amicale carte de crédit qui peut faire paraître l'achat sans douleur. L'illusion peut exister même si le consommateur est déjà à la limite de ses moyens et ne devrait pas assumer d'autres obligations financières¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cf. Jacob S. Ziegel, « The Future of Canadian Consumerism » (1973) 51 Can. Bar Rev. 191, à la p. 191.

¹⁰⁷ Voir aussi la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, chapitre 30, Annexe A, Part III, et Jacob S. Ziegel et A.T. Duggan (eds.), *Commercial and Consumer Sales Transactions*, 4th ed. (Toronto: E. Montgomery Publications, 2002), à la p. 122.

¹⁰⁸ Cf. Ron Harris et Einat Albin, « Bankruptcy Policy In Light of Manipulation in Credit Advertising » (2006) 7 Theoretical Inquiries 431; Oren Bar Gill, « Seduction by Plastic » (2004) 98 Nw L. Rev. 1373, et R.J. Mann, op cit., supra note 10, chapitres 4 et 5.

Un phénomène connexe est celui de la dissonance cognitive qu'on observe chez les consommateurs dans leur comportement face à des transactions de crédit. Comme l'ont expliqué économistes et psychologues du comportement, les consommateurs ont un grand besoin de gratification instantanée et une tendance à diminuer ou ignorer le risque de ne pouvoir faire face à leurs obligations financières¹⁰⁹. C'est pourquoi il est nécessaire que la loi vienne au secours des consommateurs surendettés et impose davantage de responsabilités aux prêteurs.

Il y a aussi d'autres raisons qui justifient une intervention du législateur. Le surendettement et les pratiques de prêt irresponsables ont des répercussions (sociales et financières) sur la famille du débiteur, les autres créanciers du débiteur, et la collectivité dans son ensemble¹¹⁰. Ils peuvent également mettre en péril la stabilité financière de tout un pays, comme l'illustre si bien la crise des prêts hypothécaires à risque. Ce sont ces répercussions qui empêchent les créanciers de prétendre qu'ils devraient pouvoir assumer davantage de risques de crédit du moment qu'ils sont disposés à assumer les pertes. À ce raisonnement, il faut opposer le fait que le prêteur irresponsable ne se trouve pas, dans les faits, à absorber seul toutes les pertes.

Les retombées de la catastrophe des prêts hypothécaires à risque en Amérique du Nord et outre-mer constituent un exemple si saisissant des conséquences néfastes des

¹⁰⁹ Voir entre autres Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986) et Jason Kilborn, « Behavioral Economics, Overindebtedness and Comparative Consumer Bankruptcy: Searching for Causes and Evaluating Solutions » (communication présentée à la conférence du CEGLA, juin 2005). Chose surprenante, ce texte très facile d'accès est souvent ignoré dans les rapports gouvernementaux sur le phénomène du surendettement des consommateurs.

¹¹⁰ Cf. Harris & Albin, *supra* note 108, à la p. 449, et U.K. Department of Trade and Industry, *Fair, Clear, and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century*, CM 6040 (Londres 2003), à la p. 57, discussion sur les exigences du prêt responsable [Rapport DTI].

pratiques de crédit irresponsable qu'elles méritent d'être examinées de plus près¹¹¹. Le marché potentiel des prêts hypothécaires à risque a toujours été immense¹¹² mais il était largement délaissé par les prêteurs avant 1995. Il a alors commencé à s'animer, puis à s'emballer après l'an 2000. En mars 2007, le solde impayé sur les prêts hypothécaires atteignait 1 300 milliards de dollars US. Cette croissance phénoménale peut s'expliquer par les facteurs suivants. Les emprunteurs étaient encouragés à emprunter parce que la mise de fonds requise était faible (quand il y en avait une), que le taux d'intérêt initial était bas et qu'il était de plus bonifié par l'utilisation de taux d'appel, sujets malgré tout à d'importantes majorations après l'expiration de la période initiale. La croissance très rapide de la valeur de l'immobilier résidentiel entre les années 2000 et 2005 encourageait également les emprunteurs à penser qu'ils pourraient toujours refinancer leur hypothèque ou vendre leur maison à profit s'il le fallait. Les courtiers hypothécaires allaient également jouer un rôle important dans la crise en ne fournissant pas toujours des rapports précis sur le profil financier des emprunteurs, suivis dans leurs pratiques trompeuses par les évaluateurs qui étaient disposés à surévaluer fortement les maisons.

¹¹¹ Autrefois très réduite, la bibliographie sur les prêts hypothécaires à risque a connu une véritable explosion depuis 2007. Voir à ce sujet la rubrique « Crise des subprimes » dans Wikipédia http://fr.wikipedia.org/wiki/Crise_des_subprimes. Consulter aussi Souphala Chomsisengphet & Antony Pennington-Cross, « The Evolution of the Subprime Mortgage Market » (2006) 88 *Federal Reserve Bank of St. Louis Review* 31, Edward M Gramlich, *Subprime Mortgages. America's Latest Boom and Bust* (Urban Institute Press 2007), et les rapports d'enquête (« The Reckoning ») énumérés dans le *New York Times*, édition électronique, 12/25/2008, « Subprime's Mainstream Push: Wall Street's Feeding Frenzy » *The Globe and Mail*, 22 décembre 2008, p. B1 et suivantes, et plusieurs autres articles sur la crise des prêts hypothécaires à risque parus dans le *New York Times* et le *Globe & Mail* depuis l'été 2007. (Les actes d'un symposium qui devaient être publiés dans la *Utah Law Review*, ne l'avaient pas encore été au 31 décembre 2008, empêchant l'auteur d'en prendre connaissance.)

¹¹² Pour une analyse de la position canadienne, voir Benjamin Tal, « Sub-Prime as Prime Target. The Surging Non-Conforming Mortgage Market in Canada » *Consumer Watch Canada*, (10 octobre 2006), en ligne : CIBC World Markets <http://research.cibcwm.com/economic_public/download/cwcd-102006.pdf> et comparer avec l'évaluation subséquente du même auteur dans « Mortgage Risk – Canada vs. US » *Consumer Watch Canada* (16 mars 2007), en ligne : CIBC World Markets <http://research.cibcwm.com/economic_public/download/cwcd-070316.pdf>. L'auteur semble avoir changé de position sur le potentiel des prêts hypothécaires à risque à la lumière de la détérioration de la situation aux É.-U.

Mais le rôle des prêteurs hypothécaires a été encore plus déterminant. Dans le contexte de faibles taux d'intérêt qui a suivi l'an 2000, ils ont découvert qu'il existait un marché pour les titres adossés à des créances immobilières (TACI) qui leur permettait de les refiler à des acheteurs avides en Amérique du Nord et outre-mer. La plupart des grandes banques d'investissement participaient à cette activité et profitaient du fait que les agences de notation de crédit accordaient la cote triple A à ces instruments de placement.

Le marché des prêts hypothécaires à risque a subitement commencé à s'effondrer à l'été 2007 en raison de la multiplication rapide des forclusions, des effets de l'ajustement des taux d'intérêt hypothécaires sur les propriétaires, et du refroidissement du marché hypothécaire. Cette baisse allait se communiquer rapidement aux marchés financiers. Dans l'ensemble, on estime qu'environ 200 milliards de dollars US auraient été radiés de la valeur totale des actifs titrisés. Les projections indiquent que des sommes équivalentes pourraient être perdues en 2008 et 2009, et que le total des pertes pourrait atteindre les 1000 milliards \$. Les investisseurs canadiens dans le papier commercial adossé à des actifs (PCAA) entaché par des infusions réelles ou soupçonnées de prêts hypothécaires à risque titrisés se firent également emporter dans ce maelstrom pour une somme atteignant presque les 32 milliards \$ CAN. Des procédures furent entreprises en Ontario au début de 2008 sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) pour procéder à une restructuration des obligations des émetteurs afin que ces investissements soient liquidés d'une façon ordonnée. Cette

restructuration fut d'abord approuvée par la vaste majorité des investisseurs, puis confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario¹¹³.

L'effondrement du marché des hypothèques à risque a également eu des conséquences très pénibles sur les collectivités aux États-Unis. Plusieurs milliers de personnes y sont menacées de perdre leurs maisons, et les maires des villes touchées ont déploré l'effet psychologique de toutes ces forclusions et les pertes de revenus de taxes immobilières. Des projets de loi ont été présentés au Congrès pour venir au secours des propriétaires menacés¹¹⁴ et d'autres ont fait leur chemin au cours du 110^{ème} Congrès visant essentiellement à resserrer la réglementation sur le marché hypothécaire américain et sur ses principaux acteurs¹¹⁵. Des critiques ont été adressées aux organismes de réglementation pour ne pas avoir utilisé les pouvoirs dont ils disposaient pour prévenir la crise financière¹¹⁶, de même qu'au sénateur Schumer de l'État de New York pour avoir utilisé sa séniorité au Sénat pour protéger Wall Street contre un renforcement de la réglementation, et au cabinet du Président Bush pour avoir fortement incité les administrateurs de Fannie Mae et Freddie Mac d'adopter des normes d'assurance

¹¹³ (2008) 296 D.L.R. (4th) 135. Voir Tara Perkins, « ABCP players to seek bankruptcy protection », *The Globe and Mail* (15 mars 2008) p. A8; *In the Matter of a Plan of Compromise and Arrangement Involving Metcalfe & Mansfield Alternative Investment II Corp. et al.* Cour supérieure de justice de l'Ontario, Dossier No 08-CL-7440, 24 avril 2008; et Geoff R Hall, « Asset Backed Commercial Paper and the Intention of Parliament » (2008) 47 CBLJ 54. Cependant, une crise a éclaté en décembre 2008 lorsque les banquiers étrangers ont menacé de retirer leur soutien aux accords de refinancement à moins que le gouvernement fédéral canadien n'y participe également à titre de garant de dernier ressort. Le gouvernement fédéral a fini par céder à la pression après avoir obtenu le soutien des gouvernements de l'Ontario et du Québec. Voir aussi, Jim Middlemiss, « Dejà vu in asset-backed commercial paper saga », *National Post*, 23 décembre 2008. En ligne : <<http://www.financialpost.com/story.html?id=1109339>>

¹¹⁴ Voir entre autres S.2135 et S.2136 (« Helping Families to Save their Homes »), déc. 2007 et S. 2452 (« Home Ownership Preservation and Protection Act 2007 »), 12 déc. 2007.

¹¹⁵ Voir le Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act 2007, 110th Cong., 1st Sess., H.R. 3915.

¹¹⁶ Le sénateur Barack Obama, comme il l'était encore à cette époque, résuma un sentiment largement répandu lorsqu'il déclara dans un discours à New York le 27 mars 2008, que « lorsque les activités de prêt hypothécaire à risque prirent une allure dangereuse et insoutenable, tout un assortiment d'organismes de réglementation se montrèrent incapables de protéger les Américains, ou refusèrent de le faire. » Michael Powell, « Obama lays out plans for regulating market » *New York Times* (28 mars 2008) en ligne : [New York Times <http://www.nytimes.com>](http://www.nytimes.com).

libérales pour les prêts hypothécaires à risque. Au moins une action oblique a été entreprise contre les dirigeants d'un important prêteur hypothécaire¹¹⁷, et les observateurs s'attendent à une avalanche de procès à venir.

II. Le sens et les conséquences du prêt responsable

Un peu plus tôt dans ce mémoire¹¹⁸, l'auteur a tenté de définir le prêt responsable en soumettant qu'un prêteur agit de façon responsable lorsque, selon ce qu'il sait ou devrait savoir de la situation personnelle et financière du consommateur, et notamment de ses autres engagements financiers, il a des motifs raisonnables de croire que le consommateur s'acquittera des obligations que lui impose le contrat. Il convient maintenant d'aborder certaines des difficultés soulevées par ce critère, et aussi de voir s'il y aurait lieu de l'étendre à d'autres aspects de la relation prêteur/emprunteur, ou si son usage devrait être limité à la phase initiale de l'octroi du crédit.

La difficulté d'imposer au prêteur dans tous les cas l'obligation de se renseigner sur la situation de l'emprunteur réside dans la transformation fondamentale qu'elle entraînerait dans les pratiques du prêt sur gage et du prêt sur salaire telles qu'on les connaît aujourd'hui. Un des aspects les plus attrayants de ces prêts pour les emprunteurs est justement qu'ils *n'ont pas* à répondre à des questions sur leurs antécédents de crédit, ni à expliquer pourquoi ils ont besoin de ce prêt. Qui plus est, et comme nous l'avons vu, les prêteurs sur gage et sur salaire exigent des garanties sur leurs prêts et ne comptent pas

¹¹⁷ Voir « Judge Says Countrywide Officers Must Face Suit by Shareholders » *New York Times*, édition électronique, 15 mai 2008.

¹¹⁸ Voir la Partie A, plus haut.

sur leur droit de poursuite en cas de défaut de l'emprunteur¹¹⁹. L'exemption du prêt sur gage et du prêt sur salaire aurait-elle pour effet de miner les exigences du prêt responsable, ou bien cette exemption de l'obligation d'agir de façon responsable est-elle justifiable en raison du fait qu'il s'agit de prêts à court terme et d'un service particulier pour les emprunteurs à risque ?

Cette exigence imposée au prêteur de s'assurer que l'emprunteur soit en mesure de rembourser le prêt soulève également les difficultés suivantes. Il sera en effet très difficile au prêteur de la satisfaire dans le cas des prêts consentis aux étudiants pour financer leurs frais de scolarité et de subsistance car ces prêts ne deviennent remboursables que lorsque l'étudiant obtient son diplôme ou termine son cours. Le même problème se pose lorsque le prêteur sait que l'emprunteur a besoin du prêt pour couvrir des dépenses médicales, s'occuper d'un membre de sa famille atteint de maladie, ou pour couvrir ses frais de subsistance parce qu'il est sans emploi, pour prendre quelques exemples courants. La réponse dans le premier cas est sans doute que le grand intérêt sociétal à promouvoir les études supérieures et la préparation des jeunes à une carrière doit l'emporter sur toute préoccupation relative à la capacité des étudiants à rembourser leur prêt parce qu'il n'y a pas de débouchés pour les compétences acquises avec ce prêt. Dans le second cas, l'intérêt public a sûrement un rôle à jouer, notamment lorsque les emprunteurs vivent dans un pays (comme les É.-U.) qui n'offre pas de couverture médicale universelle à ses citoyens¹²⁰.

¹¹⁹ Cette observation doit être tempérée dans le cas du prêt sur salaire car, si le chèque de l'emprunteur n'est pas honoré, le prêteur peut, et la chose s'est produite, intenter de ce fait un recours en justice.

¹²⁰ Les statistiques américaines démontrent que la carte de crédit sert souvent à couvrir des dépenses médicales et à permettre à l'emprunteur de joindre les deux bouts en cas de difficultés financières dues à une perte d'emploi ou à une baisse importante du revenu familial. Voir *passim* TA Sullivan, E Warren et JL Westbrook, *The Fragile Middle Class: Americans in Debt*, (Yale University Press, New Haven, 2000).

Le second exemple soulève également la question du sens à donner au prêt responsable dans le cas des cartes de crédit à usages multiples. L'émetteur de la carte a-t-il l'obligation constante de s'assurer que le maintien de la marge à son niveau d'origine est justifié ? On peut raisonnablement croire que l'émetteur n'a aucune obligation du genre, du moment que le titulaire de la carte effectue régulièrement le paiement mensuel requis. Il en irait différemment si le titulaire était systématiquement en défaut de payer le minimum mensuel, et si l'émetteur demeurait passif et laissait le titulaire accumuler de nouvelles dettes. Il faut également envisager d'un oeil plus critique le comportement de l'émetteur lorsqu'il a, à l'origine, émis la carte sans qu'elle ait été demandée, ou lorsque la limite de crédit est sans commune mesure avec le revenu connu du titulaire, et, *a fortiori*, lorsque l'émetteur a augmenté la limite sans que le titulaire ne l'ait demandé, un phénomène assez fréquent, comme nous l'avons vu.

Le principe du prêt responsable devrait-il aussi s'appliquer au coût du crédit ? Les économistes de tendance libérale prétendent depuis longtemps que la réglementation du coût des prêts fait plus de mal que de bien, et qu'il faut laisser les conditions du marché et la concurrence fixer le taux¹²¹. Les défenseurs des consommateurs répondent à cela que, dans le marché financier parallèle, il n'y a pas véritablement de concurrence, et que si les gouvernements refusent d'imposer des plafonds, les tribunaux devraient avoir le pouvoir d'intervenir pour le faire. Les critiques des pratiques des émetteurs de cartes de crédit favoriseraient également l'introduction d'une protection judiciaire ou législative contre les pénalités et les frais prohibitifs et autres pratiques déraisonnables qui ont pour effet de

¹²¹ Cf. Barry Scholnick, « Regulation, Competition and Risk in the Market for Credit Cards », (2000) 26 Canadian Public Policy 171.

faire grimper considérablement le coût du crédit dès lors que le titulaire est le moins, ou simplement techniquement, en retard dans ses paiements.

Ce dernier exemple soulève également la question de l'opportunité d'appliquer le principe du prêt responsable à toutes les étapes d'une convention de crédit, et à tous les aspects du comportement du créancier, et celle de savoir qui devrait être responsable d'élaborer les normes et de les faire respecter. Les premiers promoteurs du prêt responsable¹²² s'attardaient surtout, sinon exclusivement, à la formation de la relation de crédit. Cependant, ils écrivaient à une époque où le crédit était beaucoup moins développé qu'il ne l'est maintenant, et où la carte de crédit à usages multiples n'existait pas encore. Il semble tout aussi évident que des abus de la part des créanciers peuvent survenir à n'importe quel moment dans le cours d'une relation de crédit, et que les autorités devraient pouvoir intervenir dès que la chose paraît nécessaire. Pour des raisons de certitude et de prévisibilité, cette intervention devrait être législative (dans le cas du Canada, aux paliers fédéral et provincial) pour ne pas laisser aux tribunaux la tâche d'élaborer *ex post facto* une théorie du comportement inadmissible. Il importe peu que nous justifions le besoin de préciser ces règles de comportement par le principe du prêt responsable ou par le fait que le consommateur est vulnérable. Ce qui est important, c'est de reconnaître que, dans un contexte de crédit à la consommation, la négociation entre les parties, ou le jeu des rapports de force, n'est pas en mesure de régler plusieurs des aspects de la relation créancier/débiteur car c'est le créancier qui a presque toutes les cartes en main.

¹²² Voir par ex.: Vern Countryman, « Improvident Credit Extension: A New Legal Concept Aborning? » (1975) 27 Me. L. Rev. 1.

À ce stade-ci, il est également nécessaire d'aborder une autre question. Lorsque le consommateur fait faillite, quel doit être le rôle du tribunal de faillite dans la discipline du comportement du consommateur ? La réponse semble varier selon qu'on est dans un pays unitaire ou de type fédéral comme le Canada ou les États-Unis. Dans un pays unitaire, l'Angleterre par exemple, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la législature ait examiné le rôle joué par les règles du crédit à la consommation, dans un contexte de faillite et en dehors de celui-ci, et qu'elle ait pris des mesures pour s'assurer que les règles s'articulent en toute harmonie. On ne peut entretenir la même attente dans un pays à structure fédérale où, comme c'est le cas pour le Canada, la responsabilité de réglementer les conventions de crédit est partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, mais où le gouvernement fédéral détient la compétence exclusive de fixer les règles en matière de faillite¹²³. La question qui se pose dans ce dernier cas est de savoir s'il est souhaitable que le gouvernement fédéral vienne suppléer aux règles provinciales en introduisant dans la LFI des dispositions qui donneraient au tribunal de faillite le pouvoir de refuser ou de réduire une réclamation lorsqu'il estime que le prêteur a agi de façon irresponsable. Nous examinerons cette question dans la conclusion de ce mémoire.

III. Nouveaux développements en matière de droit comparé et autres

Le Canada et les États-Unis ne sont pas les seuls à faire face au problème du surendettement et des pratiques de prêt qui viennent l'exacerber. Ces questions font également l'objet d'une attention croissante par les pays de l'Europe de l'Ouest (à la fois

¹²³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), reproduite dans L.C. 1982, Annexe II, No. 5, art. 91(21).

au sein et en dehors de l'Union Européenne), et en particulier par le Royaume-Uni¹²⁴. Dans cette section, nous examinerons brièvement ces développements afin de déterminer quelles leçons le Canada pourrait en tirer. Nous attirerons également l'attention sur les voix importantes qui se font entendre aux États-Unis en faveur d'une réglementation des émetteurs de cartes de crédit et des pratiques dans ce domaine, et d'une réforme dans le marché parallèle. Il faut également ajouter à cela les importantes mesures de redressement envisagées dans les projets de loi venant réglementer les prêts hypothécaires à risque, dont nous avons déjà parlé, et la forte probabilité que des projets de loi au même effet soient présentés au cours de la session du 111^{ème} Congrès si les projets de loi au feuillet ne parviennent pas à obtenir l'aval des législateurs.

1. L'Angleterre

Le crédit à la consommation s'est développé très rapidement en Angleterre depuis le début des années 1990, et l'encours du crédit des ménages dépassait les mille milliards £ à la fin de 2006. Le ratio endettement personnel/revenu disponible (140 %) est plus élevé qu'au Canada, tout comme, d'ailleurs, l'était la proportion des paiements en retard en date de septembre 2005¹²⁵. Malgré les stigmates très lourds qui s'attachent encore à la

¹²⁴ Les pays hors de l'hémisphère occidental sont de plus en plus confrontés à ces défis. C'est notamment le cas de la Corée du Sud, du Japon et de l'Afrique du Sud. Pour ce qui est de cette dernière, voir RP Goodwin-Groen, *The National Credit Act and Its Regulations in the Context of Access to Finance in South Africa* (FinMark Trust, South Africa, nov. 2006). Pour le Japon, voir Kent Anderson, « Japanese Insolvency Law after a Decade of Reform », (2006) 43 CBLJ 2, et pour la Corée du Sud, voir Soogeun Oh, « Personal Bankruptcy in Korea: Challenges and Responses », (2006) 7 Theoretical Inquiries 597.

¹²⁵ Elle atteignait les 8,5 % au R.-U. Voir Department of Trade and Industry, *Tackling Over-indebtedness: Annual Report 2006* (Londres : 2006), p. 9.

faillite en Angleterre et le coût élevé des procédures, le nombre des faillites, qui atteignaient 106 645 à la fin de 2007¹²⁶, est quatre fois plus élevé qu'il y a dix ans.

Agences d'aide sociale, regroupements de citoyens consultatifs, et services-conseils en crédit ont tous exprimé leurs vives préoccupations devant les consommateurs surendettés de plus en plus nombreux qui venaient solliciter leur appui. Le gouvernement britannique a réagi avec une impressionnante kyrielle de rapports consacrés au phénomène du surendettement¹²⁷. Ceux-ci établissaient le nombre de familles fortement surendettées à seulement 7 %, un autre 6 %, mais guère davantage, éprouvant certaines difficultés à honorer leurs engagements financiers¹²⁸. Les rapports commandités par le gouvernement attribuent généralement les problèmes d'endettement aux faibles revenus, à l'insuffisance des compétences budgétaires et à des changements de situation personnelle ou familiale. On ne considère pas que les mauvaises pratiques des prêteurs constituent un facteur important¹²⁹. Cependant, le relâchement dans les pratiques de cartes de crédit, les frais cachés et les fortes pénalités en cas de retard dans les paiements ont attiré de nombreuses critiques, tout comme les activités illégales de prêt et de consolidation de dettes.

¹²⁶ Le nombre de cas d'insolvabilité personnelle était de 24 441 en 1997 et de 106 645 en 2007. Voir The Insolvency Service, *Individual Insolvencies in England and Wales (Not Seasonably Adjusted)*, en ligne : <http://www.insolvency.gov.uk/otherinformation/statistics/historicdata/IndividualInsolvencies.xls>.

¹²⁷ Voir entre autres R.-U., Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, *Tackling Overindebtedness: Annual Report 2007* (Londres: 2007); *Fair, Clear, and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century*, *supra* note 110; R.-U., Department of Trade and Industry, *Over-indebtedness in Britain: A DTI Report on the MORI Financial Services Survey 2004* (Londres : 2005); *Tackling Over-indebtedness: Annual Report 2006*, *supra* note 125; The Griffiths Commission on Personal Debt, *What Price Credit?* (Londres, 2005) [le rapport Griffith].

¹²⁸ Comme nous l'avons vu plus haut, *supra* n. 1, les statistiques britanniques d'insolvabilité ne distinguent pas les cas d'insolvabilité personnelle des cas d'insolvabilité qui concernent les entreprises à propriétaire unique et les débiteurs à leur compte.

¹²⁹ La Commission Griffith semble avoir un point de vue moins serein, *supra* note 127, chapitre 4.

La réponse du gouvernement britannique à ces nombreux défis a été très impressionnante. En effet, sur les plans autres que législatif, il a fortement augmenté son soutien financier aux services-conseils en matière d'endettement et incité les « High Street banks » à offrir des services aux emprunteurs à faible revenu (les emprunteurs « exclus ») qui ne satisfont généralement pas aux critères usuels d'admissibilité. Le gouvernement a également fait quelques pressions sur les plus importants regroupements de prêteurs orientés sur le prêt à la consommation pour qu'ils se dotent de règles de conduite responsable de crédit et de traitement équitable des consommateurs.

La performance en matière de législation est tout aussi impressionnante. Les premières lois sur la location-achat rendant illégales les méthodes brutales de perception et de saisie furent adoptées en 1938 pour être ensuite révisées en profondeur en 1964. Elles furent remplacées en 1974 par le *Consumer Credit Act* (CCA 1974)¹³⁰. Sa portée était beaucoup plus grande que la législation sur la location-achat de l'avant-guerre, et entre autres caractéristiques, elle introduisait des dispositions obligeant les prêteurs et les fournisseurs de biens et services à crédit de faire preuve de transparence dans la divulgation des conditions de leurs prêts. La loi de 1974 allait être considérablement modifiée par le *Consumer Credit Act of 2006* (CCA 2006)¹³¹. Avec ces modifications, la CCA comporte les principales dispositions suivantes :

- Tous les prêteurs professionnels et les fournisseurs de biens et services à crédit sont tenus d'obtenir un permis;
- L'Office of Fair Trading (OFT) a le pouvoir d'imposer des conditions pour l'émission des permis, et des sanctions civiles en cas d'infraction à la CCA;

¹³⁰ (U.K.), 1974, c. 39

¹³¹ (U.K.), 2006, c. 14.

- Toutes les conventions de crédit sont assujetties à des normes de transparence mises à jour;
- Un poste de protecteur du consommateur a été créé pour permettre aux consommateurs de porter plainte sans frais contre leurs créanciers; et surtout
- Les tribunaux anglais ont désormais le pouvoir d'intervenir en cas d'opérations ou de pratiques inéquitables pour modifier les conditions ou accorder les redressements requis.

Ce dernier point mérite une attention spéciale. Règle générale, les taux d'intérêt ne sont plus réglementés en Angleterre depuis l'abrogation des lois sur l'usure en 1854. À la place, les gouvernements britanniques successifs s'en remettaient aux lois sur les prêteurs d'argent qui donnaient aux tribunaux le pouvoir de sanctionner les transactions exorbitantes ou irresponsables. Ces dispositions ont été remplacées par les articles 137 à 140 de la CCA de 1974 donnant aux tribunaux le pouvoir de rouvrir les transactions de crédit jugées exorbitantes¹³². Les tribunaux ont utilisé ce pouvoir avec beaucoup de réserve, et seuls 35 recours ont été intentés en vertu de ces dispositions de 1974 à 2003¹³³. Néanmoins, le gouvernement britannique a choisi de ne pas imposer de plafonds aux taux d'intérêt mais plutôt de remplacer le concept de transaction exorbitante par les très larges pouvoirs attribués aux tribunaux dans la CCA de 2006 leur permettant de modifier, annuler ou accorder tout redressement jugé nécessaire s'ils en viennent à la conclusion que la relation entre les parties était inéquitable¹³⁴.

¹³² *Supra* note 130, art. 137 à 140.

¹³³ Voir aussi R.-U., Office of Fair Trading, *Protecting Vulnerable Consumers: A Note by the Office of Fair Trading in Response to the DTI's Consultation Document on Extortionate Credit* (Londres : 2003).

¹³⁴ Voir l'art. 140A de la CCA, complété par l'art. 19 de la CCA de 2006.

L'administration britannique a également lancé une vigoureuse campagne d'éradication du prêt illégal. Elle estime que le pouvoir très vaste d'exiger des permis que lui attribue la CCA de 1974 et les modifications apportées en 2006 vont lui permettre de faire pression sur les prêteurs ciblés par les plaintes sans qu'il soit nécessaire pour le gouvernement d'entreprendre des poursuites ou de menacer les créanciers en infraction de leur retirer leur permis.

2. *L'Union Européenne*

En raison des restrictions de crédit imposées par les gouvernements d'Europe de l'Ouest, à l'exception du Royaume-Uni, le crédit à la consommation n'a pas joué un rôle important dans la plupart des économies de ces pays avant 1980. Il allait alors connaître une croissance rapide et, à partir des années 1990, les gouvernements ont commencé à s'inquiéter de l'augmentation du surendettement chez les consommateurs¹³⁵. Cependant, contrairement à la réaction dans certains pays de *common law*, la libéralisation du régime de faillite pour les consommateurs n'était pas vue comme une solution au problème. Les gouvernements du continent s'attardèrent surtout à améliorer les services-conseils en crédit et à imposer de longues périodes de surveillance étroite aux débiteurs lorsque les libérer de leurs dettes apparaissait comme la seule solution¹³⁶.

¹³⁵ Notez cependant que le niveau d'endettement variait beaucoup d'un pays à l'autre de l'Union Européenne; par exemple, il était faible en Italie et au Portugal, mais il était élevé aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède. Voir aussi Amparo San Jose, European Credit Research Institute, « Briefing on Consumer Credit, Indebtedness and Overindebtedness in the EU » (Communication préparée pour la séance du Parlement Européen sur la directive relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs, 29 avril 2003).

¹³⁶ Voir aussi Jacob S. Ziegel, *Comparative Consumer Insolvency Regimes: A Canadian Perspective* (Oxford : Hart, 2003), chapitre 7.

En débutant par une directive qui date de 1987, la Commission Européenne s'est elle aussi mise à jouer un rôle dans l'harmonisation de certains aspects des lois de ses États membres en matière de crédit à la consommation. En 2002, la Commission émettait ses propositions pour une directive révisée¹³⁷ tenant compte des nombreux changements au volume et à la nature du crédit à la consommation survenus depuis la directive antérieure, de l'insatisfaction généralisée suscitée par le projet antérieur et du besoin d'assurer une meilleure harmonisation des dispositions législatives des États membres pour favoriser une concurrence plus vive entre les fournisseurs de crédit à la consommation. Ces propositions renfermaient un certain nombre de dispositions clé, dont les suivantes :

- L'obligation pour les États membres d'assurer l'accès à des banques de données publiques ou privées contenant de l'information sur manquements des consommateurs à leurs engagements de crédit, et d'astreindre les créanciers à consulter la base centralisée de données avant de conclure un contrat de crédit;
- L'obligation pour les créanciers et leurs intermédiaires d'expliquer aux consommateurs les différentes facilités de crédit offertes par le créancier et, conformément au principe du prêt responsable, le devoir des créanciers de vérifier si le consommateur sera en mesure de faire face à ses nouveaux engagements financiers ;
- Le devoir des créanciers de divulguer pleinement toutes les conditions du contrat, le coût du crédit, et les frais applicables;

¹³⁷ Union européenne, Commission des Communautés européennes, *Proposition de directive relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs*, 2002, C 331 E.

- L'obligation pour les personnes offrant des facilités de crédit ou leurs intermédiaires de s'enregistrer et d'obtenir un permis.

Les réactions à ces propositions allaient être très partagées et celles-ci seraient modifiées plusieurs fois avant d'être soumises au Parlement européen où elles furent passablement malmenées. Mais ultimement, après bien des marchandages sur les modifications à apporter, elles furent approuvées avec leurs modifications le 16 janvier 2008, et sanctionnées par le Conseil européen en avril 2008¹³⁸. Fait important à noter, on avait retenu le principe de la responsabilité des créanciers dans l'octroi des prêts aux consommateurs, et l'obligation pour les premiers de consulter les bases de données pertinentes avant de prendre leur décision. Ainsi, l'article 28 des propositions modifiées stipule que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour promouvoir des pratiques responsables à toutes les étapes de la relation de crédit, que les créanciers ne doivent pas faire preuve d'irresponsabilité en octroyant un prêt sans avoir vérifié la solvabilité de l'emprunteur, et que les États membres doivent déterminer le régime des sanctions applicables aux créanciers en cas d'infraction.

Malgré l'adoption de la directive par le Parlement européen et le soutien général de ses objectifs, certains observateurs demeurent sceptiques quant au résultat et entretiennent des doutes à savoir si la directive débouchera sur le développement d'un marché du crédit à la consommation à l'échelle de toute l'Union¹³⁹.

¹³⁸ Voir la Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

¹³⁹ Les principales critiques sont, tout d'abord, que la directive ne traite pas de certains aspects importants du crédit à la consommation et, ensuite, que la directive n'aborde pas les très grandes différences qui subsistent encore dans la réglementation des pays de l'Union Européenne. Voir H. Micklitz, N. Reich, et Peter Rott, *Understanding EU Consumer Law*, plus particulièrement le §5.33 (Kluwer 2008) et l'European Coalition for Responsible Credit (ECR), *News Bulletin*, 2 mai 2008. Les témoins qui ont comparu devant le *Select Committee on Responsible Lending and the EU Directive On Harmonization* (2006) de la Chambre

3. La Suisse

La Suisse n'est pas membre de l'UE. Néanmoins, elle est allée plus loin que ses voisins de l'UE et s'est dotée d'une version très exigeante du principe du prêt responsable. Ce développement est survenu avec l'adoption d'une loi fédérale en 2001 intitulée *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* (LCC 2001)¹⁴⁰. Les principales caractéristiques de la loi sont les suivantes. Les prêteurs professionnels doivent obtenir un permis des autorités fédérales. Avant d'octroyer un crédit ou d'émettre une carte de crédit à un consommateur, le prêteur doit vérifier le revenu du débiteur et ses dépenses courantes, et être convaincu que le débiteur aura un revenu excédentaire suffisant pour honorer ses engagements envers le créancier, compte tenu de ses obligations familiales et financières préexistantes. Dans le cadre de cette vérification, le créancier doit également consulter le nouveau centre de renseignements établi en vertu de la loi pour vérifier l'étendue des obligations du débiteur envers d'autres créanciers. Si la vérification démontre que le revenu discrétionnaire du débiteur sera insuffisant pour honorer ce nouvel engagement, la demande de crédit devra être rejetée. Les règlements d'application de la loi peuvent établir différents critères d'admissibilité selon le type de débiteur. Si le crédit est accordé, le créancier doit communiquer cette information au centre de renseignements. Le créancier doit également porter tout retard de paiement à l'attention

des Lords ont également indiqué que, selon leur expérience, il y avait très peu de transactions internationales de crédit à la consommation entre les divers États-membres de l'UE.

¹⁴⁰ Voir encore Bernd Stauder, « La prévention du surendettement du consommateur: La nouvelle approche de la LCC 2001 », dans Pierre-Louis Imsand, éd., *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation* (Cediac 2002).

du centre de renseignements lorsque les arriérés représentent au moins dix pour cent de la valeur de l'obligation contractée.

Toute contravention du prêteur à la loi entraîne des sanctions importantes¹⁴¹. S'il s'agit d'une contravention grave, le prêteur perd le montant du crédit qu'il a consenti, y compris les intérêts, et le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés, en application des règles sur l'enrichissement illégitime prévues au Code civil. Si le prêteur contrevient à la loi de manière peu grave, il ne perd que les intérêts et les frais.

Il ne semble pas y avoir de rapport sur le fonctionnement de la loi de 2001, et on ne signale aucune affaire devant les tribunaux en première instance¹⁴².

4. Les États-Unis

Vu tout ce qui a été dit dans ce mémoire sur les pratiques américaines d'octroi de crédit, on ne s'attendrait guère à voir les États-Unis parmi les pays désireux d'adopter le principe du prêt responsable. Cette impression négative est renforcée par la longue, et éventuellement victorieuse, bataille menée par l'industrie américaine du crédit pour l'adoption du Bankruptcy Abuse and Consumer Protection Act 2005 (BAPCPA) et ses dispositions draconiennes restreignant la possibilité pour les consommateurs de se prévaloir des dispositions usuelles de la faillite du Bankruptcy Code.

Cependant, il y a un revers à cette médaille, et c'est sur celui-ci que je souhaite attirer l'attention dans la présente section de mon mémoire. Dans la foulée de feu le

¹⁴¹ Texte de la loi, art. 32.

¹⁴² Renseignements fournis à l'auteur par le ministère de la Justice, à Berne, et par feu le professeur Bernd Stauder. Selon le prof. Stauder, la loi de 2001 a été adoptée à la demande des grands prêteurs pour les aider à surmonter les difficultés posées par la myriade de lois en vigueur au niveau des cantons.

professeur Vern Countryman de la faculté de droit de Harvard¹⁴³, plusieurs personnes (et notamment des avocats, des universitaires et des juges), regroupements et organismes¹⁴⁴ aux États-Unis ont combattu pendant des années pour la reconnaissance du principe de la responsabilité en matière de crédit à la consommation, et pour l'adoption de lois à cet effet. Jusqu'ici, leurs voix n'ont pas porté. Les poches profondes des prêteurs ont empêché le Congrès, tout au moins au niveau fédéral, d'adopter des lois le moins hostiles aux intérêts de l'industrie du crédit. Cependant, il se peut que la crise financière occasionnée par l'effondrement du marché des hypothèques à risque vienne changer la donne. Si l'un ou l'autre des projets de lois actuellement devant le Congrès, le projet de loi HR 3915 ou le projet de loi S.2452, est redéposé au cours de la prochaine législature du Congrès¹⁴⁵ pour remédier aux abus généralisés observés dans le marché des hypothèques à risque, les perspectives de voir le prêt responsable imposé dans d'autres secteurs du marché du crédit à la consommation s'en trouveront grandement améliorées. La professeure Elizabeth Warren a plaidé que les problèmes du crédit à la consommation revêtaient tellement d'aspects différents que la démarche fragmentaire traditionnelle était devenue insuffisante. Selon elle¹⁴⁶, il est désormais nécessaire de mettre en place une sorte de commission sur la sécurité des produits financiers qui ferait pour eux ce que la Consumer Product Safety Commission fait pour eux en matière de sécurité des produits

¹⁴³ *Supra* note 122. Pour un article plus ancien offrant une preuve empirique très forte du laxisme dans les pratiques de crédit dans la vente de voitures d'occasion, voir Ronald L. Hersbergen, « The Improvident Extension of Credit as an Unconscionable Contract » (1974) 23 Drake L. Rev. 225.

¹⁴⁴ Il est significatif que l'un des chefs de file parmi les organismes dédiés aux questions de prêt soit le Center for Responsible Lending. Pour certains des mémoires et publications du centre dans le domaine du crédit à la consommation, voir *supra* note 82.

¹⁴⁵ Apparemment aucun des deux projets de loi n'a dépassé le stade de l'étude en comité, ce qui est sans doute attribuable à une opposition partisane et ne constitue guère un jugement sur leur mérite intrinsèque. Voir aussi l'excellent *Report of the Committee on Financial Services on H.R. 3915, 100th Congress, 1st Sess.* (Washington, D.C.: 2007).

¹⁴⁶ Elizabeth Warren, « Unsafe At Any Rate » (2007) *Democracy: A Journal of Ideas*, 8.

de consommation. Elle aurait aussi pu parler de la Securities and Exchange Commission (SEC) fédérale, établie de longue date, pour donner plus de poids à son argumentation¹⁴⁷. En tout état de cause, il faut espérer que sa proposition recevra toute l'attention qu'elle mérite.

IV Responsabilité des prêteurs: La réponse canadienne

Ceci nous amène, enfin, à ce que nous devrions faire au Canada pour rétablir l'équilibre entre les obligations des débiteurs et celles de leurs créanciers. Étant donné l'ampleur et la complexité du canevas, il n'est guère possible de faire plus qu'esquisser les diverses solutions possibles. Au départ, il faut établir une distinction entre les solutions qui s'offrent aux consommateurs *avant* qu'ils ne deviennent insolvable, et celles qui s'offrent à eux *après* qu'ils le soient devenus. Bien sûr, les mesures prophylactiques antérieures à la faillite ont une grande importance car, si elles sont structurées et appliquées adéquatement, elles peuvent réduire substantiellement le nombre des faillites de consommateur.

1. Mesures antérieures à la faillite

Une des complications que l'on rencontre dans la mise en place de mesures avant la faillite tient à la compétence constitutionnelle importante de nos deux ordres de gouvernement en matière de crédit à la consommation. Le gouvernement fédéral tire sa compétence de son autorité exclusive sur les banques (*Loi constitutionnelle*, art. 91(15)),

¹⁴⁷ Souvenons-nous que la SEC a été mise sur pied en 1933 en réponse à une crise qui n'est pas sans rappeler celle des hypothèques à risque que traversent actuellement les marchés financiers nord-américains. Cependant, la SEC n'échappe pas non plus à la critique d'avoir fait preuve de passivité en ne décelant ni interdisant les pratiques abusives de l'industrie des valeurs mobilières.

les lettres de change et les billets à ordre (art. 91(18)), l'intérêt de l'argent (art. 91(19)), le droit criminel (art. 91(27)), les télécommunications interprovinciales (art. 92(10a)), et la réglementation du trafic et du commerce interprovinciaux (art. 91(2)). La principale source de la compétence des provinces est leur pouvoir de légiférer en matière de droits de la propriété et de la personne. Cette liste tend à démontrer que le gouvernement fédéral dispose largement de l'autorité la plus grande, et il est sans doute vrai qu'en cas de conflit, les règles fédérales l'emporteront. De la même façon, toute intervention provinciale dans un domaine donné peut être complètement repoussée si la loi tombe dans un champ de compétence fédérale¹⁴⁸. Cependant, en pratique, le gouvernement fédéral n'a pas cherché à s'imposer avec toute la force dont il dispose dans le champ du crédit à la consommation, et les provinces conservent une marge de manoeuvre importante.

(a) Portée des lois provinciales

Plusieurs, et dans certains cas la plupart, des dispositions importantes en matière de crédit à la consommation se trouvent dans les lois provinciales sur la protection des consommateurs¹⁴⁹. Elles couvrent des aspects comme la constitution du contrat (y compris la convention de carte de crédit), la divulgation des conditions de prêt, les rabais en cas de remboursement anticipé du solde débiteur, les garanties implicites et les conditions des ventes de marchandises à crédit, l'évitement des clauses butoir lorsque la

¹⁴⁸ Comme il en a été pour une bonne part des lois instituant un moratoire adoptées par les provinces des Prairies pendant les années 1930 pour soulager les emprunteurs et les municipalités du lourd fardeau de leur endettement, et qui ont été annulées pour le motif qu'elles empiétaient sur la compétence exclusive du gouvernement fédéral à légiférer en matière de taux d'intérêt et de banques.

¹⁴⁹ Voir par ex. la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, avec ses modifications, et Règl. de l'Ont. 17/05.

convention de crédit a été cédée à une tierce partie, les restrictions à la saisie des garanties lorsque le débiteur est en défaut, de même que certaines conditions préalables d'ordre général à la réalisation des garanties des créanciers en vertu de la Partie V des lois provinciales sur les sûretés mobilières lorsque le débiteur est en défaut¹⁵⁰.

Les dispositions qu'on trouve désormais dans cinq provinces¹⁵¹ et qui donnent aux tribunaux des pouvoirs très larges pour annuler des ententes avec des consommateurs pour cause d'assertions mensongères ou de pratiques déloyales de la part d'un fournisseur de biens ou de services¹⁵² revêtent un intérêt tout particulier dans la perspective du présent mémoire. Les dispositions de la Partie III de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (supra) constituent l'incarnation la plus récente de cette approche non limitative, et illustrent à la fois ses forces et ses faiblesses.

L'article 14(1) de la Partie III de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario stipule que toute assertion fausse, trompeuse ou mensongère constitue une pratique déloyale. Cette disposition n'a que peu de rapport avec le comportement d'un créancier qui prend avantage de l'ignorance de son débiteur ou de sa situation de besoin, mais qui ne commet aucune manoeuvre frauduleuse ou trompeuse au sens classique. L'article 15(1) frappe plus près de la cible. En effet, il énonce que « constitue une pratique déloyale le fait de faire une assertion abusive ». Le paragraphe (2) prévoit ensuite que, pour établir le caractère abusif d'une assertion, il peut être tenu

¹⁵⁰ L.R.O. 1990, ch. P.10. La toute nouvelle loi provinciale sur le prêt sur salaire n'apparaît pas dans cette liste car elle a déjà fait l'objet de commentaires plus haut. Voir *supra* note 97.

¹⁵¹ La Colombie-Britannique, l'Alberta, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et l'Île-du-Prince-Édouard. Pour les citations, voir McCamus, *supra* note 105, ch. 11 à la note 275.

¹⁵² Les « services » sont définis très largement dans l'article 1 de la *Loi de l'Ontario sur la protection du consommateur*, *supra* note 107, et englobent « tout ce qui n'est pas des marchandises, y compris tout service, droit ou avantage ».

compte notamment du fait que la personne qui la fait, son employeur ou son mandant 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 consommation.

Ces dispositions n'ont pas été conçues pour protéger les consommateurs dans une transaction de crédit. Cependant les alinéas c) et d) semblent tout à fait capables de s'appliquer à des situations familières de vente à crédit¹⁵³. Mais force est de constater qu'il existe très peu de cas rapportés de jurisprudence où ils aient été utilisés à cette fin. Il y a deux raisons à cela. La première – et la moins importante – est que tous les exemples d'« assertions abusives » dans le paragraphe 15(2) reposent sur l'embêtante preuve d'une « assertion » faite par le créancier. La seconde – et encore plus démoralisante – raison est que le type de consommateur qui a le plus besoin de la protection n'a pas les moyens d'entreprendre un recours judiciaire. En vertu de la partie XI de la LPC, le ministre et ses fonctionnaires ont des pouvoirs très vastes : ils peuvent :

- Ordonner à la personne qui fait une assertion fausse, mensongère ou trompeuse de cesser de faire cette assertion (art. 109)¹⁵⁴;
- Enjoindre à une personne d'observer la Loi si celle-ci se livre à une activité qui contrevient à une de ses dispositions (art. 111);
- Accepter l'engagement volontaire d'une personne accusée d'enfreindre la Loi (art. 114); et, en dernier ressort,

¹⁵³ Telles qu'elles sont décrites dans l'étude devenue un classique de David Caplovitz, *The Poor Pay More: Consumer Practices of Low Income Families* (New York : Free Press, 1967).

¹⁵⁴ Dans son libellé actuel, l'article 109 n'est pas suffisamment vaste pour s'appliquer aux comportements abusifs dans lesquels on ne retrouve pas d'assertions fausses ou trompeuses selon l'article 109 de la LPC de l'Ontario.

- Obtenir contre la personne qui enfreint la Loi une ordonnance lui enjoignant de l'observer (art. 115).

On retrouvait des pouvoirs semblables dans la *Loi sur les pratiques de commerce de l'Ontario*, qui a précédé la LPC, et ils n'ont guère servi¹⁵⁵. On voudrait croire qu'un nouveau détergent lave plus propre, mais la chose n'apparaît guère vraisemblable.

(b) *Le rôle du gouvernement fédéral*

Le gouvernement fédéral occupe une position privilégiée pour jouer un rôle déterminant dans la réglementation de la plupart des types et des nombreux aspects du crédit à la consommation, vu la portée de ses compétences constitutionnelles, son contrôle presque total sur les pouvoirs et les activités des banques, des sociétés de prêt et de fiducie à charte fédérale de même que sur certaines autres institutions financières, et son contrôle sur les fonds hypothécaires mis à la disposition des consommateurs en vertu de la *Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*¹⁵⁶.

Or la performance du gouvernement fédéral est très inégale. Il a commis une erreur importante en abrogeant la *Loi sur les petits prêts* en 1981¹⁵⁷ et en la remplaçant par les dispositions sur l'usure, mal conçues et inapplicables, de l'article 347 du Code criminel¹⁵⁸. Hélas, le gouvernement fédéral a également abdiqué ses responsabilités en 2006 en laissant les provinces réglementer les entreprises de prêt sur salaire – le meilleur moyen de créer de la confusion et des incohérences dans la fixation des taux et

¹⁵⁵ Cf. W.A.W. Neilson, « Administrative Remedies: The Canadian Experience with Assurances with Voluntary Compliance in Provincial Trade Practices Legislation », (1981) 19 Osgoode Hall L.J. 153.

¹⁵⁶ L.R.C. 1985, c. C-7.

¹⁵⁷ *Loi abrogeant la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel*, S.C. 1980, c. 44, abrogation de la *Loi sur les petits prêts*, SRC 1939, c. 23.

¹⁵⁸ *Supra*, Section C.III.3(a).

l'administration des nouvelles lois provinciales. Le gouvernement fédéral ne semble pas non plus avoir exercé jusqu'ici ses pouvoirs de prévenir les cas d'abus et de publicité trompeuse en matière de prêts sur des actifs immobiliers (autrement que dans le cas des prêts effectués par les banques à charte fédérale), et de s'assurer, par le truchement du contrôle qu'il exerce sur la SCHL, et autrement, que les abus signalés par la crise des prêts hypothécaires à risque ne se propageront pas au Canada.

D'un autre côté, le gouvernement fédéral mérite des félicitations pour avoir su imposer de vigoureuses exigences de transparence en matière de prêts à la consommation et de conventions de cartes de crédit réglementés par la *Loi sur les banques*¹⁵⁹, améliorer l'accès des personnes à faible revenu aux services bancaires au détail, exiger des banques qu'elles donnent un préavis de la fermeture de leurs succursales, et permettre aux collectivités locales d'exprimer leurs préoccupations avant qu'une décision finale ne soit prise¹⁶⁰. À n'en pas douter, sa contribution la plus valable à la protection des intérêts du consommateur aura été la création de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada en 2001 (ACFC)¹⁶¹. Celle-ci a été mise sur pied sur la recommandation du Groupe de travail sur l'avenir des institutions financières, dont le rapport soulignait fortement le besoin de mieux « responsabiliser les consommateurs »¹⁶². L'ACFC a des responsabilités en matière d'information, de surveillance, de recherche et d'application de

¹⁵⁹ L.C. 1991, c. 46, avec les modifications apportées par L.C. 2001, c. 9, Partie VIII.

¹⁶⁰ *Ibid.*, art.459.2

¹⁶¹ *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, c. 9 [Loi sur l'ACFC]; Règlement sur les cotisations des institutions financières (Agence de la consommation en matière financière du Canada), DORS/2001-474 [Règlement de l'ACFC sur les cotisations]; Règlement sur les violations désignées (Agence de la consommation en matière financière du Canada), DORS/2002-101.

¹⁶² Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens, *Changement, défis et possibilités* (Ottawa : Septembre 1998), à la p. 207.

la Loi. Disposant d'un important budget annuel¹⁶³ financé par une cotisation annuelle imposés aux banques dont le capital versé est supérieur à 1 milliard \$¹⁶⁴, elle peut se montrer très efficace dans l'exercice de ses responsabilités, et n'est donc pas à la merci des caprices du gouvernement fédéral. Les quatre responsabilités de l'Agence sont importantes, mais celle dont l'incidence est la plus grande est son pouvoir de faire respecter la Loi. L'Agence procède à une enquête en cas de plainte, et si celle-ci est fondée, elle oblige l'institution financière en infraction à y remédier, et à restituer aux consommateurs touchés les sommes en cause. L'Agence a également le pouvoir d'imposer des amendes pouvant atteindre un maximum de 200 000 \$ si l'auteur est une institution financière, et a exercé ce pouvoir contre des récidivistes, et parfois même contre des institutions dont c'était la première infraction¹⁶⁵. Bref, avec un leadership fort, un profil plus élevé, et davantage de soutien de la population, l'ACFC a le potentiel de devenir pour le Canada ce que la professeure Elizabeth Warren a recommandé pour les États-Unis : une agence complète de protection du consommateur.

(c) Une meilleure solution à la problématique du prêt sur salaire ?

L'ACFC n'a aucune autorité en matière de prêt sur salaire, mais l'article 459.3 de la *Loi sur les banques* apporte un élément de solution, tout partiel soit-il, au problème. La brièveté des prêts sur salaire, la faible importance des montants en cause, et leurs frais d'administration plutôt élevés, sont sans doute une indication que le coût de ces prêts

¹⁶³ Les recettes totales de l'Agence en 2006 se sont élevées à 7 291 772 \$ sur lesquelles les cotisations comptaient pour 7 291 054 \$; en 2005, ces recettes étaient de 7 168 323 \$, et les cotisations comptaient pour 7 157 400 \$. Voir le *Rapport annuel de l'ACFC 2005-2006*, à la p. 55.

¹⁶⁴ Voir la Loi sur l'ACFC, *supra* note 161, art. 18(3), et le Règlement de l'ACFC sur les cotisations, *supra* note 161.

¹⁶⁵ L'information sur le traitement réservé aux plaintes par le commissaire est très détaillée, et on peut la trouver sur le site Web de l'Agence.

demeurera toujours élevé, à tout le moins si on l'exprime en pourcentage. La solution serait donc la mise sur pied d'institutions communautaires sans but lucratif, calquées sur le modèle des Monts-de-Piété établis de longue date en Europe continentale¹⁶⁶. L'article 459.3 de la *Loi sur les banques* entre ici en jeu pour les raisons suivantes. Cet article s'applique aux banques dont le capital versé dépasse le milliard de dollars, et les oblige à publier une déclaration annuelle indiquant leur contribution à l'économie et à la société canadiennes¹⁶⁷. Ni l'article de la Loi ni ses règlements d'accompagnement¹⁶⁸ ne précisent le type ou le montant de la contribution susceptible de répondre aux exigences de la Loi, et on ne sait pas si la disposition existante a eu des effets bénéfiques significatifs sur le comportement des institutions bancaires. Nous suggérons en toute humilité que ce comportement serait bien meilleur si les banques canadiennes, seules ou ensemble (ou peut-être parfois les deux) étaient astreintes à faire l'une des deux choses suivantes : (a) mettre sur pied un réseau pancanadien d'établissements de prêt sur salaire pour les emprunteurs vraiment indigents référés par une agence de service social; ou (b) contribuer une somme annuelle aux frais d'exploitation d'un tel réseau. De plus, il y aurait lieu de faire pression sur les gouvernements provinciaux pour que les prestations d'aide sociale versées aux familles dans le besoin soient suffisantes pour couvrir les frais de première nécessité et soient indexées à l'inflation, et pour que le salaire minimum soit

¹⁶⁶ Une autre possibilité serait de faire appel à l'expérience des personnes impliquées dans l'octroi de micro-prêts aux indigents des pays en voie de développement. Voir Muhammad Yunus, *Banker to the Poor. Microlending and the Battle Against World Poverty* (Public Affairs 2003). Cependant il semble douteux qu'une expérience adaptée aux pays en voie de développement pourrait facilement être transmissible dans un pays développé comme le Canada où les défis sont très différents.

¹⁶⁷ La déclaration annuelle, généralement connue sous le nom de Déclaration d'engagement envers la collectivité (DEC), est sans doute inspirée du Community Reinvestment Bank Act 1977 des États-Unis. Voir 12 USC 2901. Pour un exemple récent de DEC émise par une grande banque canadienne, voir la Banque Toronto-Dominion, *Rapport sur les responsabilités 2008*, en ligne : Groupe Financier Banque TD http://www.td.com/francais/responsabilite/crr2008/pdf/2008_tdcrr_report.pdf

¹⁶⁸ D.O.R.S. /2002-133.

indexé automatiquement à l'inflation. Ce qui ne veut pas pour autant dire que ce genre de mesures serait susceptible d'éliminer le besoin d'avoir des entreprises de prêt sur salaire à fins lucratives, ou de réglementer leurs activités. Elles apporteraient cependant un appui aux emprunteurs les plus méritoires, et fourniraient aux autorités compétentes une expérience des plus valables dans la réglementation des activités et des coûts des entreprises commerciales de prêt sur salaire.

2. Mesures dans le cadre de la faillite

Vu que le présent mémoire s'intéresse beaucoup à l'incidence du crédit à la consommation sur l'insolvabilité des consommateurs, il est également indiqué d'examiner le rôle que les dispositions de la LFI pourraient jouer dans l'incitation aux pratiques de prêt responsable et dans la sanction des créanciers au comportement irresponsable. Comme nous l'avons vu plus haut¹⁶⁹, les dispositions actuelles de la LFI sont biaisées. Le paragraphe 170 (1) impose au syndic de préparer un rapport à l'intention des créanciers (et du tribunal s'il doit y avoir une audition) sur les causes de la faillite du débiteur, sa conduite après la faillite, la question de savoir s'il a effectué les paiements de revenu excédentaire prévus par l'article 68, et s'il a assisté aux séances obligatoires de consultation. Le syndic n'est pas tenu¹⁷⁰ de préciser si les difficultés financières du débiteur sont attribuables en tout ou en partie à la conduite du créancier, et si ce dernier a enfreint une loi fédérale ou provinciale quelconque sur la protection du consommateur.

¹⁶⁹ *Supra*, Partie A.

¹⁷⁰ Ni même autorisé ?

Le même biais subsiste si le syndic ou un créancier s'oppose à la libération du failli¹⁷¹. Comme le stipule l'article 172 de la LFI¹⁷², sur preuve des faits qui y sont mentionnés, le tribunal *refuse* la libération, la suspend, ou l'octroie sous conditions. Tous les faits énumérés dans cet article (pas moins de 15) portent sur la situation financière du débiteur ou sur la conduite du débiteur dans la gestion de ses dettes. L'article ne contient aucune référence à la conduite du créancier ou à la possibilité que celle-ci aurait pu être la cause de l'insolvabilité du débiteur, ou y contribuer¹⁷³.

Pour redresser le déséquilibre de la LFI dans le traitement des débiteurs et des créanciers, l'auteur suggère les modifications suivantes :

1. Le rapport sur les causes de la faillite du débiteur que le syndic prépare en vertu du paragraphe 170(1) devrait préciser si, de l'avis du syndic, la conduite du créancier a contribué aux difficultés financières du débiteur, et le cas échéant, de quelle façon.
2. Il faudrait ajouter une nouvelle catégorie de réclamations dans la LFI, la « réclamation abusive », qui se définirait entre autre comme une réclamation

¹⁷¹ Du fait des modifications de 2005 et 2007 apportées à la LFI, les dispositions sur la libération ont gagné en complexité. Cependant, le principe demeure celui de l'article 167 en vertu duquel la personne dont c'est la première faillite est admissible à la libération après neuf mois à moins d'opposition ou de revenu excédentaire entre les mains du failli.

¹⁷² L'article 172 se lit comme suit :

(1) À l'audition de la demande de libération, le tribunal peut accorder ou refuser une ordonnance de libération absolue, ou il peut suspendre l'exécution de l'ordonnance pour une période déterminée, ou accorder une ordonnance de libération subordonnée à des conditions relativement à des recettes ou à un revenu pouvant dans la suite échoir au failli ou relativement aux biens qu'il a subséquemment acquis.

Le tribunal peut refuser ou suspendre la libération ou l'accorder conditionnellement

(2) Sur preuve de l'un des faits mentionnés à l'article 173, le tribunal, selon le cas :

- a) refuse la libération;
- b) suspend la libération pour la période qu'il juge convenable;
- c) exige du failli, comme condition de sa libération, qu'il accomplisse les actes, paie les montants d'argent, consente aux jugements ou se conforme aux autres conditions que le tribunal peut ordonner.

¹⁷³ Je reconnais que le biais observable dans l'article 172 a un caractère historique et que, dans les faits, un petit nombre seulement des demandes de libération font l'objet d'une opposition. Néanmoins, la discrimination demeure, et elle est inadmissible.

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.

3. L'alinéa 135(2) *a*) de la LFI devrait être modifié pour prévoir qu'un syndic peut rejeter « toute réclamation, et notamment une réclamation abusive », selon la définition de la Loi.
4. Devant une opposition à la libération d'un failli présentée en vertu de l'article 173, le tribunal devra déterminer si, et dans quelle mesure, le surendettement du failli résulte de la conduite abusive du créancier.
5. Lorsque le surintendant des faillites estime qu'un créancier a une conduite susceptible de donner lieu à la présentation de réclamations abusives contre des consommateurs en faillite, il 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. L'ordonnance du surintendant pourra être portée en appel devant le tribunal de la faillite selon les règles habituelles.

Ces propositions pourront sembler originales, et elles sont de nature à susciter une vigoureuse opposition de la part des créanciers. Cependant, elles ne sont que l'application du principe du prêt responsable que l'on retrouve dans la Directive de l'Union européenne et les dispositions sur les pratiques commerciales de cinq provinces canadiennes. Il est également souhaitable d'enchâsser ce principe dans

les dispositions de la LFI pour souligner l'importance que le Parlement du Canada accorde au bon comportement des prêteurs et la place considérable que prennent les réclamations de crédit à la consommation dans la plupart des faillites de consommateur. S'il existe des dispositions provinciales correspondantes qui imposent aux prêteurs d'agir de façon responsable, le syndic pourra s'en prévaloir également, mais il est important de voir à ce qu'il ait à sa disposition au moins une série de normes législatives.

Mis à part leur caractère innovateur apparent, il faut s'attendre à ce que les syndics de faillite s'opposent à mes propositions pour toute une gamme de motifs. Ils prétendront peut-être que leur obligation première en vertu de la LFI est de protéger les intérêts des créanciers, et non pas de trouver de nouvelles raisons pour rejeter leurs réclamations. Ils pourront aussi argumenter que la vérification de la conduite des créanciers pour déterminer s'ils ont agi de façon responsable les placera dans une situation conflictuelle, et qu'ils ne peuvent servir deux maîtres à la fois. Ou encore prétendre que l'évaluation de la conduite d'un créancier est un exercice qui comporte une part très élevée de subjectivité, et à l'occasion duquel des hommes et des femmes de bonne foi peuvent aboutir à des conclusions divergentes. L'auteur est convaincu qu'il existe des arguments très persuasifs à l'effet contraire. En effet, les syndics sont déjà tenus de vérifier le bien-fondé factuel et juridique des réclamations des créanciers, et il n'y a aucune différence intrinsèque entre le fait de rejeter une réclamation parce qu'elle contrevient aux dispositions sur l'usure de l'article 347 du Code criminel, et de la rejeter parce que le créancier a fait preuve d'imprudence dans l'octroi du prêt au tout départ, ou,

pour prendre un autre exemple, en laissant un débiteur délinquant accumuler des dettes exorbitantes sur sa carte de crédit.

De plus, le syndic n'a pas d'obligation envers un créancier individuel, mais envers la masse des créanciers. Il est sûrement dans l'intérêt des créanciers que leurs réclamations ne soient pas diluées ou minées par des créanciers qui n'ont pas respecté les normes les plus élémentaires de la prudence, dont la conduite peut avoir mis à risque le bien-être des familles des débiteurs, du milieu dans lequel ils vivent, et des débiteurs eux-mêmes. Le souci de ne pas placer le syndic en situation de conflit (en supposant qu'il soit justifié au départ) n'est pas non plus très crédible dans la mesure où les syndicats canadiens ont toute liberté pour publiciser leurs services et encourager les débiteurs à les consulter au sujet de leurs difficultés financières. Vu la crise financière actuelle et ses origines dans l'excès de risque assumé sur des prêts hypothécaires de qualité insuffisante, la société ne verra pas d'un mauvais oeil qu'on demande aux syndicats de jouer un modeste rôle dans la sanction de la conduite des créanciers sur les marchés contemporains.

E. CONCLUSION

Le crédit à la consommation a une longue histoire, Depuis ses débuts dans les sociétés agricoles de l'Antiquité jusqu'à ce rôle de premier plan qu'il joue dans le soutien des économies de plusieurs pays industrialisés. Cependant, l'intérêt que revêt pour les consommateurs le crédit à la consommation lorsqu'il leur permet de payer à crédit les biens et services qu'ils achètent, et pour les prêteurs et les fournisseurs de crédit qui en tirent des profits importants, est à l'origine de nombreux abus. La thèse du présent mémoire est que si, au Canada, les abus des débiteurs sont traités depuis longtemps dans

le contexte de l'insolvabilité, il existe un important besoin pour les prêteurs et les fournisseurs de crédit d'agir de façon responsable. S'il subsistait encore quelques doutes sur cette deuxième proposition, ils ont certainement été dissipés par la débâcle des prêts hypothécaires à risque. La question n'est plus de savoir si les prêteurs et les fournisseurs de crédit devraient être tenus responsables, mais de voir comment articuler ce principe dans des textes de loi, pour couvrir à la fois les circonstances de l'octroi du prêt, et celles de l'insolvabilité dans laquelle le prêt a précipité le débiteur.

Par contre, l'auteur soutient que le prêt responsable n'est pas une réponse adéquate à la problématique des besoins en crédit des consommateurs à faible revenu. Comme nous l'avons vu, le défi consiste en ce cas à réunir le gouvernement à divers paliers ainsi que le secteur privé pour qu'ils mettent au point des solutions imaginatives aux problèmes existants. Le défi n'en est que plus grand parce qu'il concerne ceux des membres de la société canadienne qui sont les plus démunis et qui ont le moins d'influence politique. Par ailleurs, nous aurons tous un prix élevé à payer si les problèmes abordés dans ce mémoire ne sont pas réglés correctement. Comme John Donne est venu le dire il y a cinq siècles, nous appartenons tous à l'espèce humaine, et lorsque sonne le glas, il sonne pour nous tous.