

**LES FAILLITES RÉPÉTITIVES ET L'INTÉGRITÉ DE LA PROCÉDURE DE
FAILLITE CANADIENNE**

Thomas G.W. Telfer

University of Western Ontario
Faculté de droit

Le 31 octobre 2013

Document de recherche préparé par l'auteur pour la Fondation canadienne de l'insolvabilité dans le cadre de la Bourse de recherche commémorative Lloyd Houlden 2013.

LES FAILLITES RÉPÉTITIVES ET L'INTÉGRITÉ DE LA PROCÉDURE DE FAILLITE CANADIENNE

Thomas G.W. Telfer^{*}

« À mon avis, une troisième faillite, c'est une de trop. »

Re Hardy (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 95 (Ont. S.C.), au paragraphe 3.

« Et en pareil cas une troisième libération reviendrait à ouvrir la voie à une quatrième faillite. »

Re Resnick (1990), 80 C.B.R. (N.S.) 223 (Ont. S.C.), au paragraphe 4.

En 1965, M. Rogers déclare faillite. Ce ne sera pas la dernière fois. Depuis 25 ans, M. Rogers travaille pour un concessionnaire de voitures au Québec. Sa carrière se déroule plutôt sans histoire, si ce n'est qu'il omet de payer les montants d'impôt exigés par l'État. Pour Rogers, les arriérés d'impôt qui s'accumulent ne sont pas un casse-tête. Il a trouvé une bonne façon de régler le problème. Tirant la leçon de cette première faillite, en 1965, il réitérera l'expérience en 1975, en 1979, en 1984 et de nouveau en 1987¹.

^{*} University of Western Ontario, Faculté de droit. Ce document de travail a été rédigé grâce à la Bourse de recherche commémorative annuelle Lloyd Houlden et il est reproduit ici avec l'autorisation de l'auteur. Sa reproduction est interdite, en tout ou en partie, sans l'autorisation écrite de la Fondation canadienne de l'insolvabilité et de son auteur. Le texte de ce document ne saurait être considéré comme un avis juridique ou une opinion juridique quelconque. Je tiens à remercier, Robyn McLaren, étudiante en droit (University of Western Ontario), qui présentera sa thèse de doctorat en 2015, pour son aide à la recherche dans le cadre de ce projet. J'aimerais aussi remercier Sarah Gaudet et Stéphanie Cavanagh, du Bureau du surintendant des faillites (BSF), qui m'ont fourni des statistiques sur les faillites. Leona Luk du BSF a répondu à mes questions sur la position du BSF relativement aux faillites répétitives. Le présent document a été présenté dans le cadre de l'Annual Workshop on Commercial and Consumer Law, dont c'était la 43^e édition, à l'Université McGill, en octobre 2013. Je tiens à exprimer ma reconnaissance à Stephanie Ben-Ishai et à Anthony Duggan qui ont bien voulu formuler des commentaires sur une version antérieure du document.

¹ *Rogers (Trustee of) v. Canada (AG)*, 1989, 77 C.B.R. (N.S.) 315 (Cour supérieure du Québec), au par. 5.

Le tribunal estima que M. Rogers considérait la *Loi sur la faillite*² comme un moyen pratique de se débarrasser de ses arriérés d'impôt sur le revenu³.

[Traduction] Il n'y a rien à attendre de sa libération, que le juge lui donne avec ou sans conditions. Il a montré de manière répétée qu'il était incapable d'organiser ses affaires de façon à s'acquitter de ses responsabilités fiscales à l'égard de ses autres concitoyens. Il se moque de la loi et ne peut probablement pas être réhabilité. À l'audience, on lui a demandé ce qu'il envisageait de faire pour éviter une sixième faillite, s'il était libéré de la cinquième. Aucune réponse convaincante n'a été donnée⁴.

La cour a refusé d'accorder une libération à Rogers puisqu'il avait gravement mis à l'épreuve l'intégrité de la procédure de faillite⁵.

Bien que le nombre de faillites, en l'occurrence cinq, ne soit pas fréquent⁶, les faillites répétitives sont plutôt courantes. Toutefois, il n'y a pas eu d'étude globale sur les dossiers correspondants à une deuxième, troisième, quatrième ou cinquième faillite au Canada sous l'angle de la politique ou sur une base empirique. Le présent document regroupe les données empiriques récentes du Bureau du surintendant des faillites (BSF) et une analyse de la jurisprudence concernant les individus qui déposent des faillites répétitives.

La réhabilitation du failli est un thème classique et important de la procédure de libération de la faillite. Les personnes faisant faillite pour la première fois sont éligible à obtenir une libération d'office à l'issue de neuf mois seulement après la date de la

² L.R.C., 1985, chap. B-3.

³ *Rogers, supra*, note 1, au par. 8.

⁴ *Ibid.*, au par. 14.

⁵ *Ibid.*, au par. 8.

⁶ Un examen de la jurisprudence sur la question n'a démontré qu'un seul dossier comportant cinq faillites. Voir l'analyse ci-après, à la partie V.

faillite⁷. Toutefois, le droit canadien de la faillite a adopté traditionnellement comme principe qu'une faillite antérieure exclu la possibilité d'une ordonnance de libération absolue⁸. Les débiteurs ayant déclaré faillite à trois reprises ou plus n'ont pas droit à une libération absolue. En pareil cas, la cour doit refuser ou suspendre la libération ou rendre une ordonnance de libération conditionnelle⁹. En vertu des réformes récentes, les faillis qui en sont à leur deuxième faillite doivent attendre 24 ou 36 mois pour être admissibles à une libération d'office¹⁰. Le traitement différent d'individu ayant fait des faillites répétitives porte à croire qu'au-delà de la réhabilitation du failli, d'autres objectifs en matière de politique entrent en jeu. En effet, face aux faillites répétitives, la préservation de l'intégrité de la procédure de faillite canadienne pourrait bien l'emporter sur l'une des raisons d'être de la faillite, qui est la réhabilitation du débiteur¹¹, car l'intégrité du système de faillite implique la protection des créanciers et du public grâce à la suspension de la libération, à la libération assortie de conditions ou au refus de libération.

La partie I du présent document s'appuie sur les statistiques récentes du BSF qui donnent une idée de l'ampleur du problème des faillites répétitives. La partie II passe en revue la raison d'être du système, à savoir la réhabilitation du failli, à la lumière des faillites répétitives. La partie III examine les modifications apportées à la *Loi sur la*

⁷ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, chap. B-3, sous-alinéa 168.1(1)a)(i) [ci-après la LFI].

⁸ LFI, *supra*, note n° 7, à l'alinéa 172, et au sous-alinéa 173(1)j). Voir Edouard Martel, « The Debtor's Discharge from Bankruptcy », 1971, n° 17, vol. 4, *McGill L.J.*, 718, à la p. 738. On trouve trace de cette disposition dans la *Loi sur la faillite* de 1919. Voir *Loi sur la faillite* de 1919, L.C. 1919, chap. 36, art. 58 et 59.

⁹ LFI, *ibid.* Ces nouvelles dispositions seront examinées dans une section distincte.

¹⁰ *Ibid.*, aux sous-alinéas 168.1(1)b) (i),-(ii).

¹¹ *Re Pitre*, 2009, 60 C.B.R. (5^e) 108 (Sask. Q.B.), au par. 26. Voir également Frank Bennett, *Bennett on Bankruptcy*, 14^e éd., Toronto, CCH, 2012, à la p. 536.

faillite et l'insolvabilité (LFI) en 2009 et applicables aux faillis qui en sont à leur deuxième faillite. La partie IV analyse le cas des individus en étant à leur troisième faillite tandis que la partie V se penche sur les dossiers faisant état d'une quatrième et d'une cinquième faillite. La partie VI s'interroge sur la question de savoir si la consultation obligatoire prévue par la LFI est une solution permettant de résoudre le problème des faillites répétitives. La partie VII présente une conclusion dans laquelle l'auteur envisage des solutions possibles au problème des faillites répétitives.

I. L'ÉMERGENCE DU PROBLÈME DES FAILLITES RÉPÉTITIVES ET LES STATISTIQUES RÉCENTES

Les années 1980 marquent un point tournant dans la croissance du nombre de faillites répétitives au Canada. Une source suggère que le taux de faillites répétitives ne dépassait pas 2 ou 3 p. 100 à la fin des années 1970¹². En fait, on ne trouve que sept cas de faillites répétitives avant 1979¹³. Selon le rapport publié en 2013 par la Direction générale de la vérification et de l'évaluation (DGVE) intitulé *Évaluation de la consultation obligatoire*, alors que les faillites répétitives demeuraient « un phénomène plutôt marginal » dans les années 1970, le taux atteignait de 10 à 12 p. 100 de toutes les faillites enregistrées dans les années 1980, notamment « en raison de l'accès accru au

¹² George F. Redling, « Implementation Issues Regarding Bill C-22 », Ottawa, ministère de la Consommation et des Corporations, 1992, au par. 12. Voir également Wally Clare, « Repeat Bankruptcies of Consumer Debtors », 1990, 10:6-8 *Insolvency Bulletin* n° 201.

¹³ *Re Beck*, 1925, 7 C.B.R. 556 (Cour supérieure du Québec); *Re Cruickshanks*, 1936, 18 C.B.R. 57 (N.S.S.C.); *Leger v. Hayes*, 1938, 20 C.B.R. 19 (Cour supérieure du Québec); *Re Handler (Good Wear Shoe Co)* (1946), 27 C.B.R. 108 (Ont. S.C.); *Re Volkman*, 1971, 18 C.B.R. (N.S.) 67 (Cour supérieure du Québec); *Re Cameron*, 1972, 18 C.B.R. (N.S.) 99 (Cour supérieure du Québec); *Laramée v. Diamond*, 1966, 10 C.B.R. (N.S.) 182 (Cour supérieure du Québec).

crédit » et de « l'émergence de produits financiers plus complexes¹⁴ ». En 2002, le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle estimait à 10 p. 100 le taux de dépôt de dossiers de faillites répétitives¹⁵. Or, si de nombreuses études empiriques ont été menées sur les faillites répétitives sous le régime du *Code de la faillite des États-Unis*¹⁶, très peu d'études canadiennes ont été consacrées expressément à ce sujet¹⁷. En outre, aucune étude canadienne n'a évalué le cas des deuxième, troisième, quatrième et cinquième faillites, en tant que catégories distinctes.

Les statistiques du Bureau du surintendant des faillites nous apprennent que le taux de faillites répétitives évalué à 10 p. 100 en 2002 par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle est maintenant périmé. Les statistiques les plus récentes, publiées en 2012, nous indiquent en effet que, pour ce qui concerne les faillites de consommateurs, le taux de faillites répétitives atteint 16,11 p. 100. Le taux s'est encore

¹⁴ Industrie Canada, *Évaluation de la consultation obligatoire*, Direction générale de la vérification et de l'évaluation, 2013, à la p. 1 [ci-après le rapport de la DGVE]. Clare fait état également d'un taux de 10 % en 1990. Voir Clare, *supra*, note 12. J. M. Ferron parle pour sa part d'un taux de 10 % en 1988. J.M. Ferron, « A Bankruptcy Policy », 2, 1990, 78 C.B.R. (N.S.) 28, par. 18.

¹⁵ Le *Rapport final du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle* (2002), à la p. 49, en ligne à l'adresse [http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/gtip.pdf/\\$FILE/gtip.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/vwapj/gtip.pdf/$FILE/gtip.pdf) [ci-après le rapport du GTIP].

¹⁶ Voir, par exemple, Lance Miller et Michelle M. Miller, « Repeat Filers Under the BAPCPA : A Legal and Economic Analysis » 2, 2008, *Norton Ann Survey of Bankr. L.*, n° 509, à la p. 509; J.M. Lown et B. Llewellyn, « Repeat Bankruptcy Filers », 2004, n° 19, *Papers of the Western Family Economics Association*, à la p. 37; J. Golmant & T. Ulrich, « Bankruptcy Repeat Filings », 2006, 14 *A.B.I. L.R.*, n° 169, à la p. 170; Jean Lown, « Serial Bankruptcy Filers No Problem », 2007, *A.B.I. J.*, n° 36, à la p. 36; Paul B. Lewis, « The Repeat Bankruptcy Filer : Some Economic Considerations », 2000, 10 *New Directions in Bankruptcy* 18, à la p. 18.

¹⁷ Clare, *supra*, note n° 12; Shelley Antel, *A Demographic and Financial Profile of Second Time Bankrupts*, mémoire de maîtrise (M.Sc.), Université du Manitoba, 1991, [non publié]; Ian D.C. Ramsay, « Individual Bankruptcy : Preliminary Findings of a Socio-Legal Analysis », 1999, 37:1-2 *Osgoode Hall L.J.* n° 15; Judith K. Strand, Tahira K. Hira et Richard B. Carter, « Repeat Consumer Bankruptcy: A Comparative Analysis with One-time Petitioners in the United States and Canada » (communication présentée à la AFCPE National Conference, Nashville, Tennessee, du 8 au 12 novembre 1994).

accru de 2010 à 2012¹⁸.

*Pourcentage du nombre total de faillites déposées par des consommateurs ayant à leur actif une ou plusieurs faillites auparavant*¹⁹ :

Année	Pourcentage du nombre total de faillites de consommateur
2010	14,99 %
2011	15,57 %
2012	16,11 %

Les statistiques provinciales révèlent qu'il y a un écart dans les taux de faillites répétitives à l'échelle du pays²⁰.

¹⁸ Si l'on prend en compte les débiteurs ayant déjà présenté une proposition de consommateur auparavant, dans le calcul du taux de faillites répétitives, on obtient un chiffre encore plus élevé. Ce taux s'établit à 20,5 % pour 2011-2012. Rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14, à la p. 11.

¹⁹ Bureau du surintendant des faillites, Draft Report BKHQRA-2157 (version révisée), 28 mars 2013 [ci-après *Statistiques n° 1* du BSF]. Le nombre de faillites répétitives de consommateurs est déterminé d'après l'information fournie sur le formulaire intitulé *Fiche de renseignements sur l'actif*, qui est déposé par le syndic de faillite. Cette information est saisie dans le fichier électronique au moment du dépôt du dossier. Selon l'analyse du BSF, depuis septembre 2009, plus de 99 % des dossiers sont déposés par voie électronique. À l'occasion, quand des dossiers sont déposés conjointement, il peut y avoir des incohérences lorsque les données de la *Fiche de renseignements sur l'actif* sont saisies par voie électronique dans la base de données. Mais cela représente un très petit pourcentage du nombre total de dossiers de faillites de consommateur déposés.

²⁰ Bureau du surintendant des faillites, Draft Report BKHQRA-2308, 20 août 2013 [ci-après *Statistiques n° 2* du BSF]. Les statistiques provinciales ne présentent pas une ventilation régionale ni une analyse des régions urbaines ou rurales. Voir Janis P. Sarra, « Redressement économique : Comprendre l'augmentation du nombre de propositions de consommateur en vertu de la législation canadienne sur l'insolvabilité », 2008, aux p. 26 à 28, en ligne à l'adresse <http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/demande.html?Open&id=36FAED683F3356A78525768000692AC3&p=3&ref=http://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br03117.html>, où on peut commander le rapport en français, ou en ligne en version anglaise à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1399610.

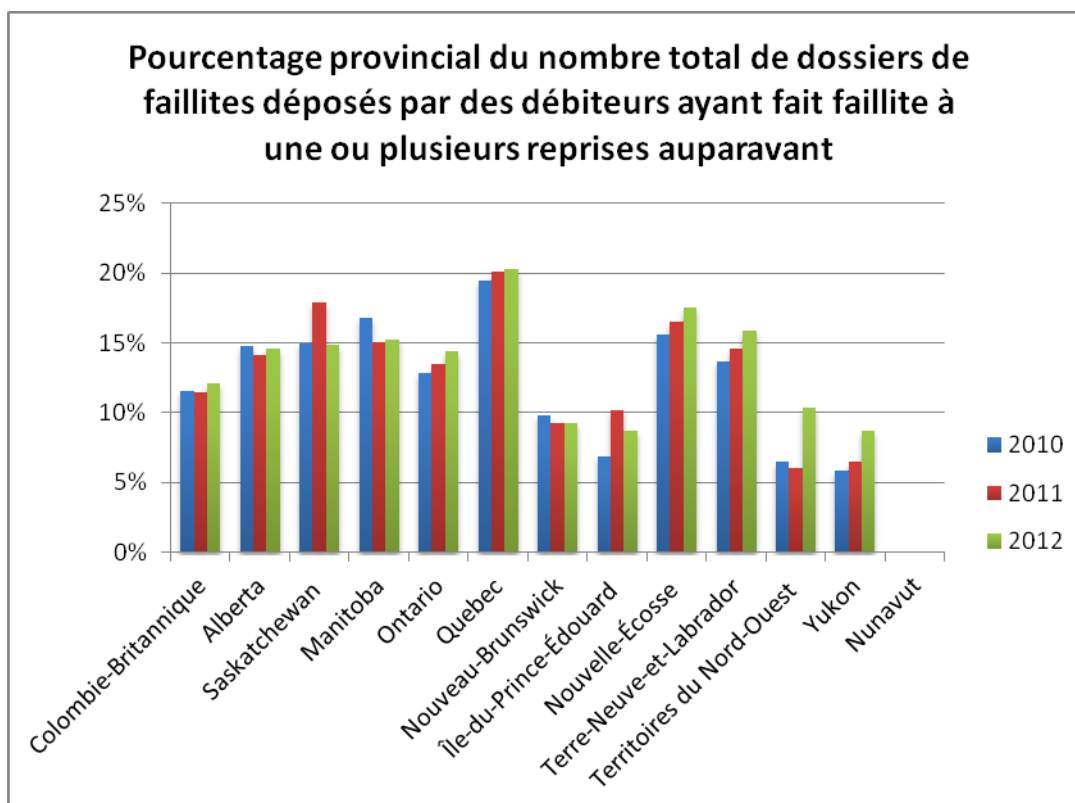


Tableau récapitulatif des statistiques du BSF, 2010-2012²¹

2010	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	92 694	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	13 897	14,99 %
2 ^e déclaration de faillite	12 773	13,78 %
3 ^e déclaration de faillite	1 058	1,14 %
4 ^e déclaration de faillite	59	0,06 %
5 ^e déclaration de faillite	7	0,01 %

²¹ Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

2011	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	77 993	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	12 145	15,57 %
2 ^e déclaration de faillite	11 045	14,16 %
3 ^e déclaration de faillite	1 010	1,29 %
4 ^e déclaration de faillite	84	0,11 %
5 ^e déclaration de faillite	6	0,01 %

2012	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	71 495	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	11 518	16,11 %
2 ^e déclaration de faillite	10 456	14,63 %
3 ^e déclaration de faillite	977	1,37 %
4 ^e déclaration de faillite	74	0,10 %
5 ^e déclaration de faillite	9	0,01

II. LE CADRE LÉGISLATIF ET LES OBJECTIFS CONCURRENTS EN MATIÈRE DE POLITIQUE

1. Les modifications de 2009

Avant les modifications de 2009, la LFI traitait tous les individus ayant fait des faillites répétitives de la même manière. En cas de faillite répétitive, le tribunal ne pouvait pas accorder la libération d'office. Tous les individus ayant fait des faillites répétitives étaient donc confrontés à la perspective d'un refus de libération du tribunal ou d'une ordonnance de suspension de libération ou de libération assortie de conditions²².

²² LFI, *supra*, note n° 7, alinéa 173(1) j), par. 172(2). L'alinéa 173(1) j) tire son origine de l'article 59 de la *Loi sur la faillite* de 1919. Voir *Loi sur la faillite* de 1919, L.C., chap. 36, art. 59. Cette loi s'inspirait de la

Les modifications de 2009 ont introduit un changement important concernant le traitement de la libération dans le cadre d'une deuxième faillite en accordant le droit à la libération d'office²³ aux individus en étant à leur deuxième faillite après une période d'attente de 24 ou 36 mois²⁴. Or, les individus en étant à leur deuxième faillite ne disposant pas de revenu excédentaire ont maintenant droit à une libération automatique 24 mois après la date de la faillite (à moins qu'il n'y ait une opposition). Quant à ceux qui ont un revenu excédentaire, ils peuvent obtenir une libération d'office 36 mois après la date de la faillite.

Les modifications tirent leur origine des recommandations formulées par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (GTIP) et par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, dans son rapport de 2003²⁵. Le GTIP recommandait la libération d'office pour les individus en étant à leur deuxième faillite après une période de 24 mois après la date de la faillite. La période d'attente était suggérée pour assurer le maintien « d'une conséquence discernable et transparente en cas

Loi sur la faillite de 1883 du Royaume-Uni. Voir Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), chap. 52, alinéa 28(3g). Voir U.K., H.C., Parliamentary Debates, vol. 277, col. 816, aux p. 831-832, 19 mars 1883, (M. Chamberlain).

²³ Les individus en étant à leur première faillite et ne disposant pas d'un revenu excédentaire ont droit à une libération d'office neuf (9) mois après la date de la faillite. Voir LFI, *supra*, note n° 7, sous-alinéa 168.1(1)a(i). Les individus en étant à leur première faillite et ayant un revenu excédentaire doivent attendre 21 mois avant d'obtenir une libération d'office. Voir LFI, *supra*, note n° 7, sous-alinéa 168.1(1)a(ii). Stephanie Ben-Ishai, « Discharge » dans Stephanie Ben-Ishai et Anthony Duggan, *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c.47 and Beyond*, Toronto, LexisNexis, 2007, à la p. 360.

²⁴ LFI, *supra*, note n° 7, alinéa 168.1(1)b). Voir Ben-Ishai, *ibid.*, à la p. 362.

²⁵ Rapport du GTIP, *supra*, note n° 15; rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003, à la p. 66.

de recours à la procédure de faillite pour la deuxième fois²⁶ » et parce qu' « elle permet de parvenir à une plus grande uniformité dans les sanctions visant les faillis qui déclarent faillite pour la deuxième fois lorsqu'aucune opposition à la libération n'est déposée »²⁷. Selon l'analyse article par article du projet de loi C-55, faite par le gouvernement, le nouveau régime a été conçu pour « simplifier la procédure de faillite »²⁸ en éliminant la nécessité de comparution devant le tribunal dans certains cas²⁹. Bien que les créanciers, le syndic ou le BSF puissent s'opposer à la libération d'office, les dispositions régissant la deuxième déclaration de faillite constituent un système par défaut et établissent un régime administratif sans la supervision du tribunal pour les faillis déclarant faillite une deuxième fois³⁰. Dans le cas d'une troisième, d'une quatrième et d'une cinquième faillites, en revanche, la supervision du tribunal continue de s'exercer.

2. Objectifs concurrents en matière de politique

L'un des objets le plus souvent cités de la loi sur la faillite est de permettre la réhabilitation du débiteur « comme citoyen, libre de dettes passées »³¹. Le système de faillite permet par conséquent à un débiteur malchanceux mais honnête de [Traduction]

²⁶ Rapport du GTIP, *Ibid.*, à la p. 57.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Projet de loi C-55 : Analyse article par article, loi édictant la *Loi sur le programme de protection des salariés*, et modifiant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, à l'article 100. En ligne à l'adresse http://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/h_cl00790.html.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Bennett, *supra*, note n° 11, à la p. 535.

³¹ *Industrial Acceptance Corp v. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109, au par. 34, le juge Estey. Voir également *Vachon c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 2 R.C.S. 417, au par. 39, le juge Beetz; *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325, au par. 17, le juge Gonthier.

« réintégrer la vie professionnelle du pays en tant que citoyen utile libéré du poids écrasant de ses dettes »³². La Cour d'appel de l'Ontario dans *Banque de Montréal v. Giannotti*³³ cite le passage qui suit du commentaire de Houlden et Morawetz sur le droit canadien de la faillite : [Traduction] « La loi permet à un débiteur honnête qui a été malheureux en affaires d'obtenir une libération lui permettant de prendre un nouveau départ et de retrouver sa place dans le milieu des affaires »³⁴.

L'hypothèse qui sous-tend la réhabilitation est que le débiteur sera en mesure de prendre un « nouveau départ »³⁵ sans avoir recours de nouveau à la faillite. La Cour suprême des États-Unis dans *Local Loan Co. v. Hunt*³⁶ a mis l'accent sur la nature de ce nouveau départ :

[Traduction] L'un des objectifs principaux de la *Loi sur la faillite* est de « décharger le débiteur honnête du poids oppressant de l'endettement et de lui permettre de repartir dans la vie sans avoir à s'acquitter des obligations et responsabilités découlant de ses revers de fortune... Cet objet de la loi a été maintes et maintes fois souligné par les tribunaux comme étant à la fois dans l'intérêt public et dans l'intérêt privé, dans la mesure où il donne au débiteur honnête mais malchanceux qui consent à se départir des biens qu'il possède au moment de la faillite, une nouvelle possibilité dans la vie, et le champ libre pour des initiatives futures, sans la pression et le découragement que suscitent les dettes antérieures³⁷.

L'idée du « champ libre pour des initiatives futures » suppose que le débiteur réintégrera la vie économique et sociale et qu'il reprendra sa place dans la communauté sans avoir de nouveau recours à la faillite.

³² Roderick J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law*, Toronto, Irwin Law, 2009, à la p. 274. Voir également *Re Murray*, 1971, 15 C.B.R. (N.S.) 252 (B.C.S.C.), aux par. 13-15.

³³ 2000, 51 O.R. (3d) 544 (C.A.), MacPherson J.A.

³⁴ *Ibid.*, au par. 11.

³⁵ *Re Newsome*, [1927] 3 D.L.R. 828, au par. 11 (Ont. S.C.).

³⁶ 292 US 234, 1934, à la p. 244.

³⁷ *Ibid.*

La réhabilitation est souvent un objectif abandonné en cas de faillite répétitive. Les dispositions particulières de la LFI qui portent sur les faillites répétitives donnent à penser que d'autres facteurs, deviennent alors pertinents. Dans le cas de faillites répétitives, [Traduction] « on observe un changement dans l'objectif du tribunal qui abandonne le volet réhabilitation pour se préoccuper de l'intégrité du système, de la protection des créanciers et de la nécessité d'agir comme un frein pour empêcher d'autres faillites par la suite »³⁸. La Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Willier*³⁹ a reconnu ce changement dans les objectifs en matière de politique :

[Traduction] Lorsqu'une personne en est à sa troisième faillite, l'objet et l'intention de la loi changent, et l'on passe de l'idée réparatrice, qui est d'aider les débiteurs honnêtes mais malchanceux, pour adopter un objectif de protection de la société, visant plus particulièrement les créanciers potentiels trop peu méfiants. Les bonnes intentions et les espoirs de ce genre de faillis sont relégués au second rang face à la nécessité de protéger d'autres personnes de leur incompétence financière avérée, de leur négligence et de leur insouciance⁴⁰.

Les objectifs concurrents de réhabilitation et de protection de l'intégrité du système de faillite sont toutefois difficiles à concilier, car si d'une part le but est de préserver l'intérêt public ou l'intégrité du système de faillite en refusant la libération, en imposant une suspension ou en rendant une ordonnance de libération conditionnelle, d'autre part toutes ces mesures nuisent à la réhabilitation du débiteur. À vrai dire, [Traduction] « le fait que le débiteur continue d'utiliser la procédure de faillite porte à croire que sa réhabilitation

³⁸ *Pitre, supra*, note n° 11, au par. 26. Voir également *Re Chaban*, 1996, 143 Sask. R. 136 (Q.B.), au par. 7; *Marshall v. Bank of Nova Scotia*, 1986, 62 C.B.R. (N.S.) 118 (B.C.C.A.); *Nelson (Trustee of) v. Nelson*, 1995, 33 C.B.R. (3d) 292 (Sask. Q.B.); *Re Alousis*, 2000, 20 C.B.R. (4^e) 169 (Ont. S.C.J.); *Re Atkin*, 1987, 65 C.B.R. (N.S.) 296 (Ont. S.C.).

³⁹ 2005, 14 C.B.R. (5^e) 130 (B.C.S.C.).

⁴⁰ *Ibid.*, au par. 12.

n'a pas été un succès »⁴¹. La nouvelle libération d'office pour les individus en étant à leur deuxième faillite après 24 ou 36 mois offre toutefois un compromis équilibré entre les deux objectifs concurrents que sont la réhabilitation et l'intégrité du système. La libération administrative d'office remplit une fonction de réhabilitation tandis que la période d'attente envoie un signal d'alarme indiquant qu'il y a une conséquence au recours au système de faillite pour la seconde fois. Le passage de la réhabilitation du failli à la protection de l'intégrité du système de faillite traduit le souci de maîtriser le risque moral.

3. Le risque moral et les faillites répétitives

D'un point de vue économique, la libération de la faillite offre aux particuliers libérés une forme d'assurance sur la consommation⁴². Cette situation crée un risque moral⁴³ qui pose problème. La libération de la faillite, par conséquent, [Traduction] « réduit la motivation des individus à limiter leur consommation et à éviter de contracter

⁴¹ Karen Gross, *Failure and Forgiveness : Rebalancing the Bankruptcy System*, New Haven, CT, Yale University, 1997, à la p. 110.

⁴² Anthony Duggan, « Consumer Bankruptcy in Canada and Australia : A Comparative Overview », 2006, *Ann. Rev. Insol. L.* 857, à la p. 860 citant Michelle White, « Abuse or Protection? Economics of Bankruptcy Reform under BAPCAPA » [2007], *Ill. L. Rev.* 275, à la p. 276. Voir également Giacomo Rojas Elgueta, « The Paradoxical Bankruptcy Discharge : Rereading the Common Law-Civil Law Relationship », 2013 (disponible à SSRN 2298486), aux p. 37 et 38; Ning Zhu, « Household Consumption and Personal Bankruptcy », 2011, 40:1 *J. Legal Stud.* 1; Richard M. Hynes, « Optimal Bankruptcy in a Non-Optimal World », 2002, 44 *B.C.L. Rev.* 1, à la p. 1; Michael D. Sousa, « The Principle of Consumer Utility: A Contemporary Theory of the Bankruptcy Discharge », 2009, 58 *U. Kan. L. Rev.* 553, à la p. 608; Adam Feibelman, « Consumer Bankruptcy as Development Policy », 2009, 39 *Seton Hall L. Rev.* 63, à la p. 92.

⁴³ Pour une définition du risque moral (« moral hazard »), voir Thomas Jackson, « The Fresh Start Policy in Bankruptcy Law », 1985, 98 *Harv. L. Rev.* 1393, à la p. 1402.

des obligations qu'ils ne pourront pas honorer »⁴⁴. On peut faire valoir qu'avec la possibilité de libération, les débiteurs seront incités à [Traduction] « contracter davantage de dettes et à avoir recours de manière stratégique à l'avantage du nouveau départ »⁴⁵. En fait, le problème du risque moral peut être beaucoup plus répandu en cas de faillite répétitive. On a fait valoir que l'argument du risque moral [Traduction] « repose sur l'hypothèse que le débiteur possède de l'information sur la procédure de faillite et la possibilité d'être libéré de ses dettes »⁴⁶. Alors que le problème du risque moral est bien moindre pour une personne faisant faillite pour la première fois et n'ayant aucune connaissance précise de la procédure de faillite⁴⁷, le failli récidiviste peut être en mesure de tirer parti de son expérience d'une première faillite pour ensuite déclarer faillite de manière stratégique.

Par conséquent, la LFI cherche à éviter le problème du risque moral en établissant que [Traduction] « certaines normes de moralité commerciale ... doivent être respectées »⁴⁸. Ces normes de moralité commerciale sont stipulées au paragraphe 173(1) de la LFI. Si l'un des facteurs énoncés est prouvés, le tribunal ne peut accorder une libération absolue et doit refuser ou suspendre la libération ou rendre une ordonnance de libération conditionnelle⁴⁹. Comme le fait valoir le juge Estey dans *Industrial Acceptance*

⁴⁴ Adam Feibelman, « Defining the Social Insurance Function of Consumer Bankruptcy », 2005, 13 *A.B.I. L. Rev.* 129, à la p. 167; Richard M. Hynes, « Why (Consumer) Bankruptcy », 2004, 56, *Ala.L. Rev.*, 121, à la p. 154; Hynes, *supra*, note n° 42; Sousa, *supra*, note n° 42.

⁴⁵ Elgueta, *supra*, note n° 42; Zhu, *supra*, note n° 42.

⁴⁶ Sousa, *supra*, note n° 42, à la p. 609. Voir également Feibelman, *supra*, note n° 42, à la p. 94.

⁴⁷ Sousa, *ibid.*

⁴⁸ Wood, *supra*, note n° 32, à la p. 275.

⁴⁹ LFI, *supra*, note n° 7, au par. 172(2).

v. *Lalonde*⁵⁰ [Traduction] « la libération n'est cependant pas une question de droit et les dispositions des articles [172] et [173] indiquent clairement que dans certains cas le débiteur doit subir une période de probation »⁵¹.

Par conséquent, une libération absolue ne peut être accordée lorsque la faillite est précipitée [Traduction] « par des spéculations téméraires et hasardeuses, par une extravagance injustifiable dans son mode de vie, par le jeu ou par négligence coupable à l'égard de ses affaires commerciales. »⁵². Une faillite antérieure ou le dépôt d'une proposition est un facteur pertinent en vertu de l'alinéa 173(1) j) et également une entorse à la norme de la moralité commerciale de la LFI⁵³. Il s'ensuit qu'un débiteur ayant déclaré faillite trois fois ou plus se heurte à la perspective d'un refus, d'une suspension ou d'une ordonnance de libération conditionnelle. Les modifications de 2009 ont modifié les normes de la moralité commerciale pour les individus en étant à leur deuxième faillite en offrant une libération automatique après 24 ou 36 mois seulement. L'obstacle à la libération d'office en présence d'un individu en étant à sa troisième faillite ou plus et les nouvelles dispositions régissant la deuxième faillite répondent en partie au problème du risque moral. Toutefois, l'existence ou non d'un problème de risque moral, dans tout cas particulier, pourrait bien être liée à

⁵⁰ [1952] 2 R.C.S. 109.

⁵¹ *Ibid.*, au par. 34.

⁵² Wood, *supra*, note n° 32, à la p. 275; Hynes, *supra*, note n° 44, à la p. 154; Ben-Ishai, *supra*, note n° 23, à la p. 359.

⁵³ Voir *Gurniak v. Royal Bank of Canada*, 2011, 83 C.B.R. (5^e) 87 (S.K.Q.B.), au par. 27, (l'al. 173(1) j) de la LFI énonce un fait motivant le refus.)

la cause des faillites répétitives⁵⁴.

Selon certains, il y a deux types de faillis récidivistes : [Traduction] « ceux qui ont un comportement compulsif et les récidivistes structurels »⁵⁵. Un débiteur compulsif [Traduction] « accordera toujours trop d'importance à la consommation immédiate et sous-estimera les coûts qui s'ensuivront »⁵⁶. Autrement dit, le premier type de failli récidiviste tout simplement [Traduction] « ne peut s'arrêter de vivre au-dessus de ses moyens »⁵⁷. Comme il est indiqué au tableau 1, l'utilisation excessive du crédit est la raison dominante indiquée comme cause de la faillite à la fois par ceux qui font faillite pour la première fois et par les faillis récidivistes. Cet état de choses porte à croire qu'il y a un problème de risque moral important lorsque la cause de l'échec est le mauvais usage du crédit.

⁵⁴ Statistiques n° 2 du BSF, *supra*, note n° 20. Les raisons des difficultés financières sont indiquées textuellement à la réponse à la question 14, « Donnez les raisons de vos difficultés financières » sur le formulaire 79, Bilan. Le BSF a choisi 17 raisons classiques à l'origine des difficultés financières comme le montre le tableau 1. En utilisant un programme de nettoyage et d'analyse des données, on a fait correspondre les réponses fournies à la question 14 et les raisons expliquant les difficultés financières retenues par le BSF. Les données pour les prêts d'études, les prêts à des amis, le cautionnement de prêt pour d'autres ou l'échec attribuable à une saisie-arrêt ne sont pas indiquées au tableau 1. Les dossiers peuvent indiquer plus d'une raison expliquant les difficultés financières. Pour une étude antérieure portant sur les causes de faillites répétitives, voir Strand, Hira et Carter, *supra*, note n° 17, à la p. 28.

⁵⁵ Miller & Miller, *supra*, note n° 16, à la p. 516. Voir également Stephen J. Spurr et Kevin M. Ball, « The Effects of a Statute (BAPCPA) Designed to Make it More Difficult for People to File for Bankruptcy », 2013, 87 *Amer. Bankr. L.J.* 27, à la p. 29.

⁵⁶ Miller & Miller, *ibid.* Voir également Saul Schwartz, « Personal Bankruptcy Law : A Behavioural Analysis » dans J. Niemi-kiesilainen, I. Ramsay et W. Whitford (sous la direction de), *Consumer Bankruptcy in a Global Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2003, à la p. 66.

⁵⁷ Miller & Miller, *ibid.*

Tableau 1: Raisons mentionnées pour expliquer les difficultés financières :
Valeur en pourcentage du nombre total de raisons mentionnées par les faillis annuellement

	2010		2011		2012	
	Première faillite	Faillite récurrente	Première faillite	Faillite récurrente	Première faillite	Faillite récurrente
Utilisation excessive du crédit, mauvaise gestion, trop de dettes	30,33 %	28,72 %	29,93 %	28,43 %	29,35 %	27,66 %
Revenu insuffisant	18,73 %	18,94 %	18,49 %	18,54 %	17,93 %	18,96 %
Chômage	15,33 %	13,39 %	14,28 %	12,85 %	13,74 %	12,13 %
Problèmes de santé, frais médicaux, blessures, décès dans la famille	9,86 %	13,48 %	10,37 %	13,65 %	10,71 %	14,20 %
Rupture du mariage ou divorce	8,51 %	6,99 %	9,08 %	7,32 %	9,69 %	7,06 %
Échec d'une entreprise, utilisation du crédit personnel pour l'entreprise	5,76 %	5,39 %	5,88 %	5,68 %	6,23 %	5,74 %
Soutien aux parents, frères-sœurs ou autres	2,57 %	1,90 %	2,55 %	1,72 %	2,43 %	1,57 %
Arriérés d'impôt	2,04 %	3,54 %	2,37 %	4,26 %	2,76 %	5,08 %
Accidents ou situations d'urgence liés à la propriété, p. ex. incendie, vol	1,13 %	1,18 %	1,22 %	1,31 %	1,27 %	1,24 %
Mauvais investissement ou investissement peu rentable	1,05 %	1,05 %	1,08 %	0,88 %	1,07 %	0,77 %
Déménagement, relocalisation des dépenses, changement d'emploi	0,82 %	0,63 %	0,81 %	0,67 %	0,80 %	0,72 %
Recours en justice	0,74 %	0,90 %	0,82 %	0,98 %	0,87 %	0,89 %
Alcoolisme, addiction à la drogue ou à d'autres substances	0,71 %	0,83 %	0,76 %	0,82 %	0,74 %	0,86 %
Jeux de hasard	0,75 %	1,10 %	0,68 %	0,94 %	0,71 %	0,97 %

En revanche, la faillite répétitive structurelle résulte de [Traduction] « facteurs extérieurs comme la perte d'un emploi, des problèmes médicaux ou le divorce »⁵⁸. Le second type de failli récidiviste utilise la faillite pour [Traduction] « une consommation maîtrisée dans une situation économique difficile »⁵⁹ causée par l'un des facteurs externes. Le chômage⁶⁰, les ennuis de santé⁶¹ et les séparations ou divorces⁶² sont des causes qui ont toutes été mentionnées au tableau 1 comme étant à l'origine de la faillite. L'insolvabilité dans ces situations peut être inattendue, soudaine ou imprévue. En pareil cas, le problème du risque moral peut ne pas être aussi important puisque la faillite n'est pas forcément stratégique. Toutefois, puisque l'on peut faire état de plus d'une raison à l'origine d'un échec financier, dans tout dépôt de dossier, il peut être difficile d'évaluer la nature exacte du problème du risque moral. Un débiteur peut indiquer, par exemple, des soucis de santé ou des frais médicaux en même temps qu'une utilisation excessive du crédit. L'abus de substances⁶³ et le jeu⁶⁴ ont également été indiqués comme étant des

⁵⁸ *Ibid.*, à la p. 517.

⁵⁹ *Ibid.* Pour une étude antérieure des causes des faillites récurrentes, voir Ramsay, *supra*, note n° 17.

⁶⁰ Voir, par exemple, *Re Hiebert*, [2008] 315 Sask. R. 118 (Q.B.), aux par. 4-6; *Re Sussman*, 1990, 77 C.B.R. (N.S.) 310 (Ont. S.C.), aux par. 1-4; *Re Langill*, 2006, 21 C.B.R. (5^e) 33 (B.C.S.C.), aux par. 6-8; *Re Pace*, 2006, 246 N.S.R. (2d) 236 (S.C.), au par. 2; *Re Alonze*, 2003, 48 C.B.R. (4^e) 20 (Alta. Q.B.), au par. 3.

⁶¹ Voir, par exemple, *Re Miller*, 2007, 257 N.S.R. (2d) 318 (S.C.), au par. 4; *Re Judd*, 1989, 76 C.B.R. (N.S.) 177 (B.C.S.C.), au par. 2; *Re Meek*, 2009, 50 C.B.R. (5^e) 135 (B.C.S.C.), au par. 1; *Re Mulligan* (2007), 38 C.B.R. (5^e) 89 (B.C. S.C.), au par. 6; *Re Nelson*, 2010, 69 C.B.R. (5^e) 292 (B.C.S.C.), au par. 6.

⁶² Voir, par exemple, *Re Bernier*, 2012 QCCS 6166, au par. 14; *Re Williams*, 2005, 10 C.B.R. (5^e) 304 (B.C.S.C.), au par. 2; *Re Overly*, 2002, 169 Man. R. (2^e) 229 (Q.B.), au par. 5; *Re Randall*, 1984, 54 C.B.R. (N.S.) 121 (Ont. S.C.), au par. 3; *Re Kusch*, 2007, 33 C.B.R. (5^e) 208 (B.C.S.C.), au par. 6.

⁶³ Voir, par exemple, *Re Loisele*, 2013 QCCS 1391 au par. 14; *Re Perreault* (2011), 200 A.C.W.S. (3d) 317 (Cour supérieure du Québec), au par. 29; *Re Brown*, 2008, 49 C.B.R. (5^e) 35 (B.C.S.C.), au par. 3; *Re Bice*, 2007, 38 C.B.R. (5^e) 83 (Alta. Q.B.), au par. 1.

causes de faillite. Ce type de comportement appelé « comportement compulsif »⁶⁵ représente toutefois moins de 2 p. 100 des causes de faillite mentionnées dans le cas des faillis récidivistes⁶⁶.

III. LES INDIVIDUS ÉTANT À LEUR DEUXIÈME FAILLITE

1. Le système régissant la deuxième faillite

Les modifications de 2009 ont une incidence profonde sur le système de faillite. Pour ce qui concerne les dossiers déposés en 2010, 84 p. 100 de tous les individus étant à leur deuxième faillite ont obtenu leur libération d'office après 24 mois⁶⁷. La disposition régissant le revenu excédentaire et prévoyant une libération après 36 mois, toutefois, a une incidence moindre. Bien que cette disposition prévoyant la libération après 36 mois pour les individus en étant à une deuxième faillite vise à accroître considérablement [Traduction] « le montant total des fonds à verser au syndic en vue de leur répartition entre les créanciers »⁶⁸, dans le cas des faillites déposées en 2010, 168 faillis seulement disposant d'un revenu excédentaire ont bénéficié d'une libération automatique après

⁶⁴ Voir, par exemple, *Pitre*, *supra*, note n° 11, au par. 6; *Re Lok*, 2010, 71 C.B.R. (5^e) 98 (Sask. Q.B.), au par. 5; *Re Hosseini*, 2008, 48 C.B.R. (5^e) 222 (Ont. Sup. Ct.), au par. 2; *Re Bury* (2007), 34 C.B.R. (5^e) 263 (Alta. Q.B.) au par. 1; *Re Tang* (2007), 29 C.B.R. (5^e) 258 (Ont. Sup. Ct.), au par. 3.

⁶⁵ Voir Carole Anne Curnock « Insolvency Counselling – Innovation based on the Fourteenth Century » 1999, 37 *Osgoode Hall L.J.* 387, à la p. 392.

⁶⁶ Curnock, *supra*, note n° 65, à la p. 404. Curnock conclut que [Traduction] « la faillite résultant de problèmes psychosociaux ne s'applique qu'à une minorité extrêmement petite de débiteurs ». La conclusion de Curnock est plus conforme aux Statistiques n° 2 du BSF, *supra*, note n° 20, qu'une étude antérieure du BSF, qui donnait à penser que 30 p. 100 des faillites récurrentes étaient liées à l'abus de substances avec un pourcentage peut-être encore plus grand de faillis ayant des dettes de jeu. L'auteur a été incapable de mettre la main sur l'étude antérieure mais elle est mentionnée dans Ferron, *supra*, note n° 14, au par. 21.

⁶⁷ Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

⁶⁸ *Re Kuss*, 2009, 55 C.B.R. (5^e) 289 (Alta. Q.B.), au par. 10.

36 mois. Ce chiffre représente 2 p. 100 de l'ensemble des dossiers de deuxième déclaration de faillite déposés en 2010.

*Libération automatique après 24 ou 36 mois*⁶⁹

Dossiers déposés en 2010	Libération automatique après 24 mois	Libération automatique après 36 mois
Nombre total de faillis libérés	7 225	168
Pourcentage de l'ensemble des deuxièmes déclarations de faillite	84 %	2 %

La LFI ne prévoit aucune période minimale entre la libération d'une faillite et le dépôt de la déclaration d'une autre faillite. Aux États-Unis, lorsqu'un débiteur a obtenu sa libération d'une première faillite, [Traduction] « il lui est absolument impossible d'obtenir sa libération en cas de deuxième faillite en vertu du chapitre 7 avant qu' une période de *huit ans* se soit écoulée entre la date de la première faillite et la date de la deuxième faillite »⁷⁰. Il n'y a pas de délai équivalent faisant obstacle dans la LFI, toutefois, « si une personne déclare faillite pour la deuxième fois dans la période de trois ans suivant sa libération d'une première faillite⁷¹, le BSF a actuellement comme norme de sélectionner automatiquement le dossier pour examen afin de déterminer s'il doit intervenir ou non à l'audition de libération ».

⁶⁹ Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

⁷⁰ Charles Jordan Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 2^e éd., New York, NY, Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, à la p. 970. « La période de huit ans est calculée à partir de la date du début de la première faillite jusqu'au début de la seconde faillite, et *non* d'une libération à l'autre. » Voir également l'hon. William L. Norton fils et William L. Norton III, *Norton Bankruptcy Law and Practice*, 3^e éd., Thomson Reuters, 2013, § 86:18, Westlaw.

⁷¹ Courriel de Leona Luk, analyste principale des faillites, BSF, à Thomas Telfer, le 24 septembre 2013. Le BSF déterminera également s'il y a lieu de transmettre le dossier à l'Unité des enquêtes spéciales, laquelle peut ensuite le transmettre à la GRC.

Avant 2009, selon la jurisprudence, il n’y avait guère d’uniformité dans la durée de la suspension judiciaire imposée à une personne faisant faillite une deuxième fois. À une extrémité du spectre, certains tribunaux albertains imposaient des suspensions très longues variant de 10⁷² à 25 ans⁷³ tandis qu’à l’autre, dans l’affaire *Re Doe*⁷⁴, par exemple, un tribunal de l’Ontario imposait une suspension d’un mois alors que la première faillite précédait la seconde de 13 ans⁷⁵. À vrai dire, si l’on fait abstraction de l’Alberta, les suspensions varient de 1 mois⁷⁶ à 3 ans⁷⁷.

⁷² *Re Zapisocki*, 2002, 316 A.R. 207 (Q.B. Reg.).

⁷³ *Re O’Dell*, 2000, 269 A.R. 199 (Q.B. Reg.); *Re Cardinal*, 2000, 267 A.R. 199 (Q.B. Reg.). La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta dans l’affaire *Re Walterhouse* a réduit une suspension de 25 ans à 5 ans en faisant valoir qu’une suspension aussi longue équivalait à un refus de libération. *Re Walterhouse*, 2002, 318 A.R. 394 (Q.B.).

⁷⁴ 1992, 15 C.B.R. (3d) 105 (Ont. Ct. of J.).

⁷⁵ *Ibid.* Voir également *Sussman*, *supra*, note n° 60 (la cour a imposé une suspension de 3 mois); *Re Perpich*, 2006, CarswellOnt 6821 (Ont. Sup. Ct. J.), au par. 13 (suspension de 6 mois); *Re Steward*, 2000, CarswellOnt 5465 (Ont. Sup. Ct. J.) (suspension de 6 mois).

⁷⁶ *Re Kolody*, 1999, 178 Sask. R. 137 (Q.B. Reg.); *Re Rubin*, 2011, 74 C.B.R. (5^e) 231 (B.C.S.C.).

⁷⁷ See *Re Maurer*, 2001, 31 C.B.R. (4^e) 69 (B.C.S.C.) (2 mois); *Re Côté*, 2010, 55 C.B.R. (5^e) 289 (Alta. Q.B.) (3 mois); *Re Ducas*, 2010 QCSC 413 (3 mois); *Re Handfield*, 2010, QCSC 415 (3 mois); *Re Grier*, 1998, 132 Man. R. (2d) 26 (Man. Q.B.) (4 mois); *Re Brown* (2010), 364 Sask. R. 300 (Q.B.) (ordonnance de libération conditionnelle associée à une suspension de 6 mois); *Re Giera*, 2008, 172 A.C.W.S. (3d) 292 (Ont. Sup. Ct. J.) (ordonnance de libération conditionnelle associée à une suspension de 6 mois); *Gurniak*, *supra*, note n° 53 (ordonnance de libération conditionnelle associée à une suspension de 6 mois); *Re Muzlera*, 2011, 81 C.B.R. (5^e) 113 (Ont. Sup. Ct. J.) (6 mois); *Overly*, *supra*, note n° 62 (6 mois); *Re Kaufman*, 2005 CarswellOnt 3405 (Sup. Ct. J.) (9 mois avec ordonnance de libération conditionnelle); *Re Cookson*, 1996 CarswellOnt 1416 (Ont. Bankr.) (9 mois); *Re White*, 1997 CarswellNS 570 (N.S.S.C.) (1 an); *Re Beaulé*, 1985, 47 Sask. R. 159 (Q.B.) (ordonnance de libération conditionnelle associée à une suspension d’un an); *Re Grandoni*, 2007, 31 C.B.R. (5^e) 282 (B.C.S.C.) (un an); *Re Steeves*, 2009, 61 C.B.R. (5^e) 84 (B.C.S.C.) (1 an); *Re Robson* (2009), 59 C.B.R. (5^e) 274 (B.C.S.C.) (18 mois); *Beck*, *supra*, note n° 13 (2 years); *Re Baldwin*, 1997 CarswellBC 607 (S.C.) (2 ans); *Re Freeman*, 1984, 54 C.B.R. (N.S.) 181 (B.C.S.C.) (3 ans); *Re Wortsman*, 1984, 53 C.B.R. (N.S.) 45 (Ont. S.C.) (3 ans).

Le Parlement a choisi de remplacer ce système judiciaires discrétionnaires par un système de libération automatique fondé sur une règle par défaut⁷⁸. D'une part, le système de libération des faillis en cas de deuxième faillite évite des auditions de libération coûteuses et impose une norme nationale qui sera appliquée, peu importe le lieu de résidence du failli⁷⁹, d'autre part, des règles rigides ne permettent pas toujours de tenir compte des cas particuliers. À moins qu'il y ait opposition, le nouveau système n'est pas en mesure de discerner si la faillite découle ou non d'un problème de risque moral. Les créanciers, les syndics et le surintendant des faillites⁸⁰ doivent être diligents dans leur réflexion sur l'opposition à la libération automatique et se demander si cette libération ne jettera pas les bases d'une troisième faillite.

2. La deuxième faillite avant les modifications de 2009

Comme les créanciers, les syndics ou le surintendant des faillites peuvent s'opposer à la libération automatique et obliger la tenue d'une audition, la jurisprudence relative aux deuxièmes faillites qui est antérieure aux modifications demeure pertinente. Stephanie Ben-Ishai, dans un ouvrage écrit en 2007, suggérait que [Traduction] « le raisonnement qui conduit aux décisions sur la libération nous aiderait à comprendre le rôle et la forme d'un processus de résolution des différends dans les faillites de consommateur »⁸¹. La jurisprudence révèle l'attitude des tribunaux à l'égard d'une

⁷⁸ Concernant les différences entre les règles et les normes, voir Thomas G.W. Telfer, « Voidable Preference Reform : A New Zealand Perspective on Shifting Standards and Goalposts », 2002, 12 *Int. Insolv. Rev.* 55, à la p. 62.

⁷⁹ Rapport du GTIP, *supra*, note n° 15, à la p. 57.

⁸⁰ LFI, *supra*, note n° 7, art. 168.2 sur les oppositions à la libération d'office.

⁸¹ Ben-Ishai, *supra*, note n° 23, à la p. 370.

deuxième faillite.

Il y a certains thèmes communs dans la jurisprudence relative à la deuxième faillite. Les tribunaux ont été réticents à permettre aux débiteurs d'avoir recours périodiquement à la LFI pour obtenir une libération de leurs dettes⁸². Dans *Re Lebel*⁸³ le juge Anderson a conclu que la *Loi sur faillite* [Traduction] « ne devait pas être considérée comme une procédure à laquelle on pouvait avoir recours régulièrement dans le but d'éponger ses dettes »⁸⁴. Un autre thème met l'accent sur le maintien de l'intégrité du système de faillite. Dans *Re Bury*⁸⁵, le tribunal a conclu que lorsqu'on était en présence de faillites répétitives ou d'un failli malhonnête, [Traduction] « l'objet de la loi passe de la protection de la société au maintien de l'intégrité de la loi et à l'imposition de sanctions réprimant les comportements inappropriés »⁸⁶.

L'équilibre entre la réhabilitation et l'intégrité du système est ébranlé lorsqu'un débiteur répète un type de comportement financier désastreux dans le cadre de la deuxième faillite. Il se peut que le thème le plus courant et le plus répandu dans la jurisprudence est la tendance des débiteurs à faire faillite une deuxième fois pour les

⁸² *Re Walker*, 1998, 226 A.R. 212 (Q.B.); *Re Ross*, 2001, 22 C.B.R. (4^e) 138 (Alta. Q.B.); *Re Czaja*, 2000, ABQB 949; *Re Unrau*, 2001, 26 C.B.R. (4^e) 106 (Alta. Q.B.), au par. 6; *Re Hatton*, 1979, 32 C.B.R. (N.S.) 77 (Ont. S.C.), au par. 2.

⁸³ 1979, 31 C.B.R. (N.S.) 320 (Ont. S.C.).

⁸⁴ *Ibid.*, au par. 2.

⁸⁵ *Bury supra*, note n° 64.

⁸⁶ *Ibid.*, au par.10. Voir également *Re Fraser*, 2009, 53 C.B.R. (5^e) 80 (B.C.S.C.), au par. 18.

mêmes raisons ou pour des raisons similaires à celles de la première faillite⁸⁷. Dans *Re Tang*⁸⁸ la cour a refusé la libération :

[Traduction] « Ce serait différent si cette seconde faillite était le résultat de la malchance. Or ce n'est pas le cas. C'est uniquement le résultat d'une situation qui fait que le failli adopte le même comportement irréflecti et destructif qui a causé sa première faillite. Qui plus est, il se livre à des pratiques commerciales qui, bien que clairement licites, prélèvent leur tribut sur la faiblesse d'autrui, ce qui l'a conduit à la faillite, non seulement une fois mais deux fois... Ce n'est pas l'apanage d'un débiteur honnête ou malchanceux, et ce genre de débiteur ne mérite pas, à mon avis, le nouveau départ prévu par la FLI⁸⁹.

Dans *Re Martens*⁹⁰ les deux faillites ont été occasionnées par le non paiement de dettes fiscales. La faillie a décidé de ne pas produire de déclaration fiscale ou de ne pas payer l'impôt sur le revenu [Traduction] « et périodiquement de se dispenser personnellement de ses obligations en vertu de la loi en faisant faillite non seulement une fois mais à deux reprises »⁹¹. [Traduction] « Ayant opté pour ce qu'elle considérait comme un bon stratagème, la faillie s'est obstinée dans sa conduite »⁹².

[Traduction] « Dans ce cas extrême, l'essentiel est de transmettre un message. Le message est que les fraudeurs de l'impôt sont des resquilleurs et qu'ils ne devraient pas s'en tirer indemnes. La faillie a refusé de se "réhabiliter" après la première faillite. Elle n'a fait que persister dans le même comportement. À ses yeux, la loi n'a d'autre vocation

⁸⁷ *Kealey v. Minister of National Revenue*, 1999, CarswellOnt 2188 au par. 64 (Ct. J.). Voir également *Bury*, *ibid.*, au par. 10; Fraser, *ibid.*, au par. 18; *Re Owen* (2010), 71 C.B.R. (5^e) 297, (N.B.Q.B.), au par. 9; *Re Evans*, 1997, 211 A.R. 76 (Q.B.), au par. 14; *Re Hockenhull*, [2001] O.J. n° 3061 (Sup. Ct. J.); *Re Ngoka*, 1998, 174 Sask. R. 3 (Q.B.); *Re Jolin*, 2008, 170 A.C.W.S. (3d) 237 (Ont. Sup. Ct. J.), au par. 12; *Re Chronopoulos*, 2007, CarswellOnt 6981 (S.C.); *Williams*, *supra*, note n° 62, au par. 12; *Re Patrick*, [2000] O.J. n° 3150 (Sup. Ct. J.).

⁸⁸ *Supra*, note n° 64.

⁸⁹ *Ibid.*, au par. 7.

⁹⁰ [1994] A.J. n° 1265 (Q.B.).

⁹¹ *Ibid.*, au par. 3.

⁹² *Ibid.*, aux par. 6-8.

que d'effacer les dettes, et de supprimer tout ce qui est inscrit à son débit dans le grand livre du ministre »⁹³.

L'enquête menée par la DGVE auprès des syndics, des créanciers et du BSF confirme ce thème important dans la jurisprudence. L'un des problèmes communs aux faillites répétitives [Traduction] « est que les faillis retombent dans leurs mauvaises habitudes après qu'ils s'en sont sortis. Ils se convainquent eux-mêmes qu'ils ne feront pas la même erreur⁹⁴. Les débiteurs n'apprennent tout simplement rien de la première faillite »⁹⁵ et « ils rechutent pour les mêmes raisons que lors de leur première faillite »⁹⁶.

Dans de nombreux cas, les aspects de la première faillite relatifs à la réhabilitation n'ont pas d'incidence sur le failli. Dans *Re Gleeson*⁹⁷, le registraire Ferron en vient à cette conclusion :

[Traduction] « L'apurement des dettes du failli par suite de la libération de sa première faillite a pour but de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ. Les aspects réhabilitation de ce processus ont échappé au failli et il n'y a aucune raison de penser qu'une libération à ce moment-ci de la seconde faillite aurait sur lui l'effet que la faillite est censée avoir »⁹⁸.

⁹³ *Ibid.*, au par. 31.

⁹⁴ Syndic n° 3, réponses du syndic à la question 4, annexe C, rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14. Réponses communiquées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, lettre de Kimberly Eadie, directrice, Administration des droits à l'information et à la protection des renseignements personnels, adressée à Thomas Telfer, le 26 août 2013 [ci-après *Loi sur l'accès à l'information*].

⁹⁵ Créancier n° 3, réponses du créancier à la question 4, annexe C, rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14; *Loi sur l'accès à l'information*, *ibid.*

⁹⁶ BSF n° 6, réponses du BSF à la question 4, annexe C, rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14; *Loi sur l'accès à l'information*, *ibid.*

⁹⁷ 1990, 80 C.B.R. (N.S.) 127 (Ont. S.C.).

⁹⁸ *Ibid.*, au par. 7. Voir également *Re Osesky*, 2002, 31 C.B.R. (4^e) 80 (Man. Q.B.), au par. 17 (refus de libération); *Hatton*, *supra*, note n° 82, au par. 2; *Re Snihur* (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 149 (Ont. S.C.), au par. 5; *Re Lloyd*, 2000, ABQB 497 au par. 5. Voir également *Re O'Keefe*, 2001 ABQB 335 au par. 11; *Re Koehler*, 2001, 24 C.B.R. (4^e) 59 (Alta. Q.B.); *Ross*, *supra*, note n° 82, au par. 8.

À vrai dire, la preuve d'un comportement altéré peut être déterminante pour une ordonnance de libération favorable dans le cas d'une seconde faillite. Dans *Re Hatton*⁹⁹ le juge Anderson conclut qu'une seconde faillite ou une faillite subséquente est assortie du lourd fardeau [Traduction] « d'introduire un changement quelconque dans son mode de fonctionnement financier qui justifie que la cour rende l'ordonnance recherchée »¹⁰⁰.

⁹⁹ *Supra*, note n° 82.

¹⁰⁰ *Hatton, supra*, note n° 82, au par. 2. Voir également *Snihur, supra*, note n° 98, au par. 5; *Hosseini, supra*, note n° 64, au par. 16.

IV. TROISIÈME FAILLITE

Bien que la LFI indique clairement que lorsqu'il y a eu une faillite auparavant, le tribunal doit refuser ou suspendre la libération ou imposer une libération sous condition¹⁰¹, il n'y a pas d'autres dispositions particulières applicables aux faillis qui en sont à leur troisième, quatrième ou cinquième déclaration de faillite. Toutefois lorsqu'il y a trois faillites ou plus, le BSF sélectionne automatiquement le dossier pour examen afin de déterminer s'il doit intervenir ou non à l'audition de libération¹⁰². En outre, le BSF a adopté comme principe que lorsqu'il y a trois faillites ou plus, le débiteur doit demeurer en faillite pendant 36 mois au minimum¹⁰³. Les faillis qui en sont à leur troisième déclaration de faillite représentent un petit pourcentage du nombre total de dossiers déposés par les consommateurs. Toutefois, cela ne devrait pas pour autant faire oublier le fait qu'au cours des trois dernières années il y a eu 3 045 faillites correspondant à une troisième déclaration de faillite.

*Tableau récapitulatif des statistiques du BSF de 2010-2012 – Troisièmes faillites*¹⁰⁴

2010	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	92 694	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	13 897	14,99 %
3 ^e déclaration de faillite	1058	1.14%

¹⁰¹ LFI, *supra*, note n° 7, à l'al. 173(1) j) et au paragraphe 172(2).

¹⁰² Luk, *supra*, note n° 71. Le BSF déterminera également s'il y a lieu de transmettre le dossier à l'Unité des enquêtes spéciales, laquelle peut ensuite le transmettre à la GRC.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

2011	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	77 993	100%
Une ou plusieurs faillites auparavant	12 145	15,57 %
3 ^e déclaration de faillite	1 010	1,29 %

2012	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	71 495	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	11 518	16,11 %
3 ^e déclaration de faillite	977	1,37 %

Dans *Re Lynn*¹⁰⁵, le juge Suche conclut que [Traduction] « les troisièmes faillites constituent une grave préoccupation car elles témoignent souvent d'un degré d'irresponsabilité qui justifie que l'on refuse purement et simplement la libération »¹⁰⁶. Dans *Re Hardy*¹⁰⁷, le juge Anderson conclut que [Traduction] « une troisième faillite est une faillite de trop »¹⁰⁸. Le commentaire du juge Anderson a été qualifié de règle des « trois prises »¹⁰⁹. Même si d'aucuns affirment que [Traduction] « il n'y a aucune règle de droit indiquant qu'une troisième faillite doive aboutir à un refus de libération...

¹⁰⁵ 2012, 278 Man. R. (2^e) 101 (Q.B.).

¹⁰⁶ *Ibid.*, au par. 22; *Re Willier*, 2005, 14 C.B.R. (5^e) 130 (B.C.S.C.), au par. 8. Voir également *Re Grasdall*, 2001, 290 A.R. 389 (Q.B.), au par. 8.

¹⁰⁷ 1979, 30 C.B.R. (N.S.) 95 (Ont. S.C.).

¹⁰⁸ *Ibid.*, au par. 3.

¹⁰⁹ *Willier*, *supra*, note n° 106, au par. 8.

le tribunal doit néanmoins s'interroger de très près sur les perspectives d'avenir d'une personne ayant fait faillite à trois reprises »¹¹⁰.

La grave préoccupation suscitée par la troisième faillite apparaît dans la rhétorique judiciaire que nous montre la jurisprudence. En refusant une libération dans *Re Garness*,¹¹¹ la cour a comparé le failli au SRAS, en indiquant [Traduction] « que sa présence avait un effet toxique dans la communauté économique locale »¹¹². En trois faillites, le débiteur avait accumulé des dettes de plus de 579 000 \$. D'après le tribunal, le failli et la communauté économique avaient besoin [Traduction] « d'une sorte de quarantaine avant que la libération puisse être envisagée »¹¹³. Dans *Re Frolick*¹¹⁴ le syndic avait recommandé la libération sans conditions d'un failli ayant fait faillite pour la troisième fois. En opposant un refus à la demande de libération, le registraire Funduk a déclaré : [Traduction] « pourquoi ne pas franchir une étape supplémentaire et recommander également la remise d'une médaille au failli pour sa capacité à violer les lois de faillite »¹¹⁵.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Willier*¹¹⁶ a reconnu qu'un virage important se produit au moment d'une troisième faillite :

¹¹⁰ *Pace, supra*, note n° 60, au par. 14. Voir également *Re Randall, supra*, note n° 62, au par. 10.

¹¹¹ 2004, 5 C.B.R. (5^e) 51 (B.C.S.C.).

¹¹² *Ibid.*, au par. 21.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ 2001, 294 A.R. 198 (Q.B.).

¹¹⁵ *Ibid.*, au par. 16.

¹¹⁶ *Supra*, note n° 106.

[Traduction] Lorsqu'une personne en est à sa troisième faillite, l'objet et l'intention de la loi changent, et l'on passe de l'idée réparatrice, qui est d'aider les débiteurs honnêtes mais malchanceux, pour adopter un objectif de protection de la société, visant plus particulièrement les créanciers potentiels trop peu méfiants. Les bonnes intentions et les espoirs de ce genre de faillis sont relégués au second rang face à la nécessité de protéger d'autres personnes de leur incompétence financière avérée, de leur négligence et de leur insouciance. Si l'on peut parler de récurrence, dans le cas des débiteurs, ce concept est illustré de manière frappante par le failli qui en est à sa troisième faillite¹¹⁷.

L'intégrité du système de faillite requiert la protection des créanciers et du public par le refus ou la suspension de la libération ou l'émission d'une ordonnance de libération conditionnelle¹¹⁸.

La jurisprudence concernant la troisième faillite révèle également une préoccupation des juges par rapport aux débiteurs qui commettent les mêmes erreurs inlassablement. Dans le contexte de la troisième faillite, *Re Lynn*¹¹⁹ définit la réhabilitation de cette manière :

[Traduction] « La réhabilitation, dans un contexte comportemental... est constituée de deux éléments : le fait de reconnaître ses erreurs et l'affirmation d'une volonté de changement. C'est un moyen pour donner en quelque sorte l'espoir qu'il y a une "probabilité réaliste et fiable que les erreurs ne se reproduiront pas." »¹²⁰.

Pour envisager la libération d'un failli ayant fait faillite pour la troisième fois, [Traduction] « le tribunal doit être convaincu que cette personne a acquis suffisamment de recul et a apporté suffisamment de changements dans sa vie pour qu'il ne soit pas possible, de façon raisonnable, qu'une autre faillite survienne »¹²¹. La reconnaissance

¹¹⁷ *Willier, supra*, note n° 106, au par. 12.

¹¹⁸ *Pitre, supra*, note n° 11, au par. 26; *Chaban, supra*, note n° 38, au par. 7. Voir également *Re Beauregard*, 2012, QCSC 6401.

¹¹⁹ 2012, 278 Man. R. (2d) 101 (Q.B.).

¹²⁰ *Ibid.*, au par. 34. Voir également *Re Scattergood*, 2010, 66 C.B.R. (5th) 103 (B.C. Master), au par. 4; *Re Resnick*, 1990, 80 C.B.R. (N.S.) 223 (Ont. S.C.), au par. 4.

¹²¹ *Willier, supra*, note n° 106, au par. 13.

[Traduction] « des erreurs commises et l'acceptation de la responsabilité individuelle des conséquences de ses erreurs »¹²² relativement à la faillite sont essentielles. En l'absence de cette reconnaissance, le failli peut purement et simplement retourner dans ses habitudes antérieures. La cour doit être convaincue que [Traduction] « le failli a tiré une leçon quelconque de la situation et peut donner quelque assurance que le cycle de la faillite a été rompu »¹²³. Les créanciers d'un failli qui en est à sa troisième faillite ont [Traduction] « absolument le droit d'avoir une garantie réaliste et fiable que les erreurs ne seront pas répétées »¹²⁴.

Le registraire Ferron a refusé d'accorder sa libération à un failli qui en était à sa troisième faillite dans *Re Flowerday*¹²⁵. La cour a fait état d'un schéma d'exploitation du système et conclu que la réhabilitation n'était pas possible en pareil cas :

[Traduction] « Le schéma est évident. Le débiteur accumule des dettes pendant une période de cinq ans puis il déclare faillite pour bénéficier de la libération de ses dettes. Il s'agit d'un abus du système qu'on ne peut tolérer. De toute évidence, le failli n'a rien appris de ses expériences passées et il est probablement incapable de réhabilitation »¹²⁶.

Le registraire Baker dans *Re Brown*¹²⁷ a exprimé l'espoir que les faillis récidivistes fassent faillite [Traduction] « pour des raisons différentes »¹²⁸. Toutefois, Brown [Traduction] « [a anéanti] cet espoir : il avait fait faillite trois fois et les trois fois pour la

¹²² *Re Garness*, 2004, 5 C.B.R. (5^e) 51 (B.C.S.C.), au par. 19.

¹²³ *Pace*, *supra*, note n° 60, au par. 14; *Miller*, *supra*, note n° 61, au par. 15.

¹²⁴ *Garness*, *supra*, note n° 122, au par. 19.

¹²⁵ 1992, 14 C.B.R. (3d) 297 (Ont. Ct. J.).

¹²⁶ *Ibid.*, aux par. 5-6.

¹²⁷ *Brown*, *supra*, note n° 63.

¹²⁸ *Ibid.*, au par. 1.

même raison : l'élargissement excessif du crédit »¹²⁹. En 22 ans, Brown n'a pas apporté [Traduction] « de changements concrets et manifestes »¹³⁰ à long terme. Il ne fallait pas s'attendre à ce que l'ordonnance de libération comporte des notions de réhabilitation. Par conséquent, la cour a affirmé que [Traduction] « le monde, au sens large, devait être protégé contre ses agissements »¹³¹.

Malgré la rhétorique judiciaire dans la jurisprudence dont nous faisons état, les statistiques révèlent que les refus de libération sont rares en cas de troisième faillite :¹³²

Auteur d'une 3 ^e faillite	Nombre total de dépôts d'une 3 ^e faillite	Pourcentage de suspensions	Pourcentage de libérations conditionnelles	Pourcentage de refus de libération
2010	586	58,19	40,96	0,85
2011	436	51,38	47,25	1,38

V. QUATRIÈME ET CINQUIÈME FAILLITES

Les statistiques du BSF révèlent que la quatrième et la cinquième faillites représentent moins de 1 p. 100 des faillites de consommateurs. Même si l'on peut faire valoir que le pourcentage de faillis qui en sont à leur cinquième faillite est statistiquement peu significatif, par rapport à l'ensemble des dossiers déposés, il suscite davantage de

¹²⁹ *Ibid.*, au par. 2.

¹³⁰ *Ibid.*, au par. 6.

¹³¹ *Ibid.*, au par. 9. La cour a suspendu la libération pour une période de trois ans et interdit au failli de faire des demandes de crédit (excepté pour sa résidence personnelle) pendant une période de 15 ans.

¹³² Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

préoccupations puisque neuf dossiers de faillite correspondant à une cinquième faillite ont été déposés en 2012.

*Tableau récapitulatif des statistiques 2010-2012*¹³³

2010	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	92 694	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	13 897	14,99 %
4 ^e déclaration de faillite	59	0,06 %
5 ^e déclaration de faillite	7	0,01 %

2011	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	77993	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	12145	15,57%
4 ^e déclaration de faillite	84	0,11%
5 ^e déclaration de faillite	6	0,01%

2012	Nombre de dossiers	Pourcentage du nombre total de dossiers déposés
Toutes les faillites de consommateur	71 495	100 %
Une ou plusieurs faillites auparavant	11 518	16,11 %
4 ^e déclaration de faillite	74	0,10 %
5 ^e déclaration de faillite	9	0,01 %

Dans une quatrième faillite, le tribunal applique généralement le même critère que celui utilisé dans la troisième faillite :

[Traduction] « le critère à appliquer au moment d'une troisième ou d'une quatrième faillite passe de celui de la réhabilitation d'un débiteur honnête mais malchanceux à celui de la protection de la société en général et des créanciers peu méfiants, en particulier »¹³⁴.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Hiebert, supra*, note n° 60, au par. 19. Voir également *Kusch, supra*, note n° 62, au par. 12.

Au moment où le débiteur déclare faillite pour la quatrième fois :

[Traduction] « le principal objet de toute ordonnance est de s'assurer que les futurs créanciers seront protégés pendant que le failli fait des efforts pour se réhabiliter. L'ordonnance doit également servir d'élément dissuasif pour d'autres, dans des situations analogues »¹³⁵.

Dans nombre des dossiers mentionnés, le tribunal a refusé d'accorder une libération.

Toutefois, le taux de refus réels est bien inférieur à celui mentionné dans la jurisprudence.

Les statistiques du BSF montrent que, en 2011, seulement 5,41 % des quatrième ou cinquième faillites se sont traduites par un refus de la libération¹³⁶.

	Nombre de total de 4^e ou 5^e déclaration de faillite	Pourcentage de suspensions	Pourcentage d'ordonnances de libération conditionnelle	Pourcentage de refus
2010	38	47,37	26,32	26,32
2011	37	40,54	54,05	5,41

Comme dans le cas des autres faillites répétitives, les faillis qui en sont à leur quatrième déclaration de faillite adoptent le même comportement que par le passé. Dans *Re Mulligan*¹³⁷, la cour a conclu que le failli n'avait pas appris [Traduction] « de ses faillites antérieures » et que [Traduction] « la société [devait] être protégée contre l'utilisation incompétente du crédit de M^{me} Mulligan »¹³⁸. La cour était d'avis que la faillie [Traduction] « [avait] montré de façon répétée qu'elle [était incapable] d'établir un

¹³⁵ *Re Herd*, 2009, 60 C.B.R. (5^e) 158 (B.C.S.C.), au par. 20.

¹³⁶ Statistiques n° 1 du BSF, *supra*, note n° 19.

¹³⁷ *Supra*, note n° 61.

¹³⁸ *Ibid.*, au par. 15.

budget en fonction de ses moyens »¹³⁹. La cour a suspendu sa libération pendant une période de 15 ans.

Dans *Re Kusch*¹⁴⁰, le failli a fait valoir qu'il n'était pas responsable de ses trois premières faillites. Même si le tribunal a reconnu que le failli [Traduction] « avait en quelque sorte été victime d'une malchance¹⁴¹, comme rien n'indiquait par ailleurs qu'il reconnaissait une responsabilité personnelle quelconque dans sa situation »¹⁴², la cour a refusé sa libération :

[Traduction] « Le nombre de faillites et son incapacité apparente à expliquer comment ses actes ont pu contribuer à la situation conduisant à la faillite me donnent des raisons de croire que si je lui octroie sa libération, je jetterai les bases d'une cinquième faillite¹⁴³ ».

La cour a conclu que le failli [Traduction] « n'avait rien appris des faillites antérieures si ce n'est qu'il était une malheureuse victime des circonstances »¹⁴⁴. Maître Young a stipulé que le failli ne pourrait refaire une demande de libération pendant une période de deux ans. Si à ce moment-là le failli voulait présenter une demande :

[Traduction] « il lui faudrait démontrer qu'au cours de cette période il avait appris quelque chose concernant la gestion financière et qu'il pouvait faire preuve d'une certaine prudence. Le tribunal examinerait à ce moment-là s'il avait un plan clair démontrant comment il comptait éviter les problèmes financiers à l'avenir et une quelconque indication du fait qu'il appliquait ce plan »¹⁴⁵.

¹³⁹ *Ibid.*, au par. 16. Voir également *Re Tomkins* (1990), 80 C.B.R. (N.S.) 35 (Ont. S.C.), au par. 1.

¹⁴⁰ *Kusch*, *supra*, note n° 62.

¹⁴¹ *Ibid.*, au par. 8.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*, au par. 9.

¹⁴⁴ *Ibid.*, au par. 13.

¹⁴⁵ *Ibid.*, au par. 14. Voir également *Hiebert*, *supra*, note n° 60; *Herd*, *supra*, note n° 135; *Re Dennison*, 2013, 230 A.C.W.S (3d) 966 (Sask. Q.B.).

VI. CONSULTATION OBLIGATOIRE

En 1992, le Parlement a modifié la LFI pour exiger que tous les faillis participent à une consultation obligatoire¹⁴⁶. Le Parlement a ajouté les dispositions relatives à la consultation obligatoire de façon à réduire le nombre de faillis récidivistes¹⁴⁷. Le rapport de la DGVE sur la consultation obligatoire établi en 2013 conclut que le Parlement a introduit cette consultation obligatoire « en vue d'éviter le phénomène de récurrence » des faillites personnelles, et ce, en informant et en éduquant les débiteurs en matière de gestion financière »¹⁴⁸.

Dans leur étude réalisée en 1999, Berry et McGregor faisaient valoir avec optimisme que l'introduction de la consultation obligatoire [Traduction] « pourrait conduire à moins de faillites répétitives, à des consommateurs mieux éduqués ainsi qu'à la réhabilitation des débiteurs toujours à la limite ou dans le cycle de la faillite. »¹⁴⁹. Dans *Re Newsham*¹⁵⁰, la cour a défini le but sous-jacent de la consultation obligatoire :

[Traduction] « Au cours de sa faillite, le débiteur est tenu de participer à deux séances de consultation obligatoire. La mise en évidence de la cause de la faillite et la prévention de la répétition de la faillite constituent un ingrédient indispensable de cette consultation.

¹⁴⁶ LFI, *supra*, note n° 7, art. 157.1. Voir l'instruction du BSF n° IR3. Sur les origines de la consultation obligatoire, voir Iain Ramsay, « Mandatory Bankruptcy Counselling : The Canadian Experience », 2002, 7:2 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 525; Curnock, *supra*, note n° 65; Saul Schwartz, « The Effect of Bankruptcy Counseling on Future Creditworthiness : Evidence from a Natural Experiment », 2003, 77 *Am. Bankr. L.J.* 257, à la p. 259.

¹⁴⁷ Iain Ramsay, « Interest Groups and the Politics of Consumer Bankruptcy Reform in Canada », 2003, 53:4 *U.T.L.J.* 379, aux p. 406 et 407; Ruth E. Berry et Sue L.T. McGregor, « Evolution of Statutory Consumer Counseling in Canada and Europe : Counseling Consumer Debtors Under Canada's Bankruptcy and Insolvency Act », 1999, 37 *Osgoode Hall L.J.* 369, à la p. 371; Schwartz, *ibid.*, à la p. 267.

¹⁴⁸ Rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14, à la p. 1. Voir également Julio Caruso et Éric Archambault, *Measuring the Effectiveness of Credit Counselling : An Environmental Scan*, Montréal, Science-Metrix Inc, 1992, à la p.1, annexe B du rapport de la DGVE).

¹⁴⁹ Berry & McGregor, *supra*, note n° 147, aux p. 384 et 385.

¹⁵⁰ 2003, 48 C.B.R. (5^e) 121 (Alta. Q.B.).

L'établissement d'un budget et l'utilisation appropriée des cartes de crédit doivent être un volet important de la plupart des séances de consultation. En raison de l'apparition de seconde, troisième et quatrième faillites, la consultation pour éviter les cessions à répétition est considérée par les tribunaux comme un ingrédient important et indispensable du processus »¹⁵¹.

Compte tenu du taux croissant de faillites répétitives, on peut s'interroger sur l'efficacité de consultation obligatoire pour prévenir ce phénomène. Le rapport de la DGVE sur la consultation obligatoire conclut que « la consultation obligatoire répond à un besoin permanent en favorisant la réhabilitation des débiteurs et en les aidant à éviter ultérieurement les obstacles que suppose la gestion financière¹⁵² ». Selon le rapport, « la consultation obligatoire entraîne des retombées positives sur les débiteurs »¹⁵³. Le rapport a évalué expressément la consultation obligatoire sous l'angle des faillites répétitives. Il conclut également que « les débiteurs ayant retenu la sur utilisation du crédit parmi les motifs expliquant leurs difficultés financières sont moins susceptibles de figurer parmi les déclarants récidivistes »¹⁵⁴. Le rapport présente par ailleurs la même conclusion sur les débiteurs qui attribuent à la sur utilisation du crédit l'échec de leur entreprise, indiquant qu'ils sont eux aussi « moins susceptibles de figurer parmi les déclarants récidivistes »¹⁵⁵. Selon ce modèle, il appert qu'« il est 3,7 % moins probable qu'un débiteur ayant déjà déclaré faillite ou éprouvé des problèmes

¹⁵¹ *Ibid.*, au par. 10.

¹⁵² Rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14, à la p. 10.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 18.

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 27.

d'insolvabilité déclare à son syndic que la sur utilisation du crédit figurait parmi les facteurs ayant mené à ses difficultés financières »¹⁵⁶.

Toutefois, l'efficacité de la consultation obligatoire pour faire échec aux faillites répétitives doit être considérée à la lumière des causes de faillite de ces faillis récidivistes. Si les faillis acquéraient véritablement des aptitudes financières grâce au programme de consultation obligatoire, on s'attendrait à ce que la mauvaise utilisation du crédit joue un rôle moindre en tant que cause de la faillite récurrente. Or, les données du BSF sur les causes de la faillite montrent que tant pour les auteurs de faillites répétitives que pour ceux qui en sont à leur première faillite, la sur utilisation du crédit constitue la cause prédominante et l'on observe une similarité dans le taux de réponses¹⁵⁷. En 2012, les faillis récidivistes faisaient état de la sur utilisation du crédit comme cause de la faillite dans une proportion de 27,6 p. 100 des cas contre 29,35 p. 100 chez ceux faisant faillite pour la première fois.

Au-delà d'une mauvaise utilisation du crédit, il peut y avoir des raisons structurelles¹⁵⁸ à l'échec. Un débiteur peut échouer pour des raisons indépendantes de sa volonté. Comme on l'observe au tableau 1, les faillis ont fait état, par exemple, de problèmes médicaux, pour expliquer leur faillite. On peut se demander si les conseils en crédit ont une incidence sur ce genre de situation. Comme le fait observer Saul Schwartz [Traduction] « on n'a aucune raison de penser que les conseils relié au crédit sont

¹⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 20.

¹⁵⁷ Voir le tableau 1.

¹⁵⁸ Miller & Miller, *supra*, note n° 16, à la p. 516.

efficaces pour les débiteurs ayant déclaré faillite parce que la maladie les a empêché de travailler »¹⁵⁹.

En outre, un examen de la jurisprudence confirme que la réhabilitation a joué un rôle minime dans la prévention des faillites subséquentes puisque les débiteurs ont simplement commis les mêmes erreurs financières à plusieurs reprises. On peut se demander si la consultation obligatoire pourra un jour prévenir les faillites répétitives. L'étude de Saul Schwartz indique que la consultation obligatoire n'a pas conduit [Traduction] « à une amélioration appréciable de la solvabilité future »¹⁶⁰. L'auteur conclut qu'elle a peu d'incidence sur les faillites répétitives au cours des cinq premières années suivant une première faillite »¹⁶¹. En fait, les faillites répétitives sont possiblement [Traduction] « une indication que notre système de faillite ne répond pas de manière efficace à l'absence de connaissances ou aux compétences financières inadéquates de ceux qui font faillite pour la première fois »¹⁶².

Il est difficile de dire si les faillis acquièrent les compétences nécessaires pour éviter la faillite répétitive. En refusant la libération dans le cas d'une quatrième faillite, le tribunal dans *Re Hiebert*¹⁶³ a conclu :

[Traduction] « Je ne suis pas convaincu que Hiebert a acquis suffisamment de recul pour gérer, établir un budget et utiliser le crédit de manière appropriée, et je ne suis pas non plus persuadé qu'il a apporté dans sa vie les changements qui s'imposent pour éviter que ne survienne une autre faillite. C'est avec regret que j'en conclus que ce n'est qu'en refusant

¹⁵⁹ Schwartz, *supra*, note n° 146, aux p. 267 et 268. Le tableau 1 indique que les faillis récidivistes font état de préoccupations de santé comme cause de la faillite plus souvent que les auteurs d'une première faillite.

¹⁶⁰ Schwartz, *supra*, note n° 146, à la p. 277.

¹⁶¹ *Ibid.*, à la p. 274.

¹⁶² Clare, *supra*, note n° 12.

¹⁶³ *Supra*, note n° 60.

sa demande de libération que l'on peut protéger la société et les créanciers peu méfiants »¹⁶⁴.

Dans un autre dossier de quatrième faillite, M. Boivin mentionnait que [Traduction] « au cours de sa faillite actuelle, il avait assisté à des séances de consultations d'un genre qu'il n'avait jamais connu auparavant »¹⁶⁵. M. Boivin alléguait qu'à partir de ces séances [Traduction] « il [avait le sentiment] qu'il [avait fait] des progrès considérables qui lui avaient fait comprendre comment vivre selon ses moyens »¹⁶⁶. Nonobstant la référence du failli aux séances de consultations, la cour, pour sa part, [Traduction] « n'a pas été convaincue que le failli [avait] suffisamment de recul et apporté suffisamment de changements dans sa vie pour qu'il ne [soit] pas raisonnablement possible qu'une autre faillite se produise »¹⁶⁷.

[Traduction] « Sur une période de 30 ans, ce failli avait laissé des créanciers impayés et la totalité de ses dettes s'élevait à environ 834 000 \$ en raison de son utilisation laxiste et tout à fait irresponsable du crédit ou de son incapacité à acquitter ses impôts... [Il] exerçait une influence financièrement toxique sur les créanciers impayés qu'il avait laissés dans son sillage »¹⁶⁸.

Enfin, si la consultation obligatoire avait rempli l'objet visé, on aurait pu s'attendre à une baisse plutôt qu'à une hausse du taux de faillites répétitives.

¹⁶⁴ *Ibid.*, au par. 20.

¹⁶⁵ *Re Boivin*, 2008, 40 C.B.R. (5^e) 281, au par. 12.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, au par. 19.

¹⁶⁸ *Ibid.*, au par. 18.

VII. SOLUTIONS POSSIBLES?

Au fil du temps, plusieurs solutions ont été proposées pour régler le problème des faillites répétitives. En effet, on trouve trace de dispositions relatives aux faillites répétitives dans la loi britannique de 1732¹⁶⁹. En vertu de ces dispositions, le failli n'avait droit à une libération pour la seconde fois que si un dividende de 75 p. 100 était versé aux créanciers lors de la deuxième faillite¹⁷⁰. Compte tenu de l'importance de ce dividende, il semble raisonnable de penser qu'en vertu d'un tel régime peu de faillis bénéficiaient d'une libération à l'issue de la deuxième faillite. La solution adoptée actuellement aux États-Unis, qui empêche un débiteur de bénéficier d'une libération avant un délai de huit ans¹⁷¹ à l'issue d'une deuxième faillite sous le régime du chapitre 7, est trop systématique, car on n'établit pas de distinction entre les débiteurs dont la faillite est attribuable au comportement et ceux dont la faillite est structurelle (et dont l'échec est imputable à des raisons indépendantes de leur volonté). Tous les débiteurs sont logés à la même enseigne.

La réforme, au Canada, pourrait cibler les auteurs d'une deuxième faillite puisque cette deuxième faillite représente la proportion la plus élevée de toutes les faillites répétitives. En outre, les données initiales sur les modifications de 2009 donnent à penser qu'un pourcentage important de ces faillis bénéficient d'une libération d'office après 24 mois. Si l'on craint que les individus en étant à leur deuxième faillite ne bénéficient du régime de libération d'office sans opposition, on pourrait examiner l'actuelle politique

¹⁶⁹ 5 Geo 2, chap. 30, art. 9. Voir Charles Jordan Tabb, « The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge », 1991, 65 *Am. Bankr. L.J.* 325, aux p. 341 et 342.

¹⁷⁰ Tabb, *ibid.*

¹⁷¹ Tabb, *supra*, note n° 70, à la p. 970.

du BSF concernant les individus en étant à leur deuxième faillite pour trouver une solution. À l'heure actuelle, « si une personne déclare faillite pour la deuxième fois dans la période de trois ans qui suit la libération d'une première faillite »¹⁷², le BSF a pour principe de sélectionner automatiquement le dossier pour examen afin de déterminer s'il doit intervenir ou non à l'audition de libération. Si le taux élevé de libération d'office dans le cas d'une seconde faillite se maintient, on pourrait ériger en loi la politique du BSF. La loi modifiée stipulerait que, lorsqu'une personne a déclaré faillite pour la deuxième fois dans la période de trois ans suivant sa première libération, elle ne pourra bénéficier de la libération d'office. Et la question serait alors renvoyée au tribunal pour une audition de libération. En pareil cas, le tribunal refuserait la libération, la suspendrait ou imposerait une libération conditionnelle¹⁷³.

Outre que cette façon de procéder permettrait de corriger la situation lorsque la deuxième faillite constitue un abus du système, le tribunal aurait aussi la latitude voulue pour trouver une solution adaptée lorsque le débiteur a subi un échec pour des raisons indépendantes de sa volonté. À la différence des dispositions du système américain, la proposition n'érige pas une barrière automatique de trois ans. En fait, la réforme proposée déclencherait une audition de libération lorsqu'une deuxième faillite intervient dans les trois ans suivant la première libération.

¹⁷² Luk, *supra*, note n° 71.

¹⁷³ LFI, *supra*, note n° 7, au par. 172(2). Lorsqu'il n'y a pas de revenu excédentaire, la suspension devrait être de 24 mois au minimum et lorsqu'il y a un revenu excédentaire, elle devrait être de 36 mois au minimum.

CONCLUSION

Les faillites répétitives ont un coût. En particulier, elles peuvent contribuer au ralentissement de l'économie en « favorisant une certaine augmentation du coût des biens, des services et du crédit »¹⁷⁴. En fait, les créanciers interrogés dans le cadre de l'étude de la DGVE ont indiqué qu'un taux de faillites répétitives inférieur pourrait conduire à un abaissement du coût du crédit à la consommation¹⁷⁵. En outre, [Traduction] « il est possible que les faillites répétitives entraînent aussi une hausse des frais administratifs et judiciaires associés au traitement des dossiers et au suivi des débiteurs »¹⁷⁶. Les faillites répétitives ont aussi un coût économique pour le débiteur.¹⁷⁷ En effet, un individu déposant une faillite répétitive peut demeurer non libéré pendant une période de temps appréciable, ce qui aura une incidence importante sur sa capacité à obtenir du crédit. D'ailleurs, il est stipulé dans la LFI qu'un failli commet une infraction s'il obtient du crédit de toutes personnes, pour un montant de 1 000 \$ ou plus, [Traduction] « sans les informer qu'il est un failli non libéré »¹⁷⁸. Plus précisément, les faillites répétitives (c'est-à-dire lorsqu'il existe un problème de risque moral) posent problème au système de faillite

¹⁷⁴ Rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14, à la p. 11. Voir Lewis, *supra*, note n° 16, à la p. 22.

¹⁷⁵ Rapport de la DGVE, *ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ La faillite a également une incidence sur les évaluations de solvabilité du débiteur puisque l'information sur la faillite sera conservée dans le dossier de crédit du failli pendant six ans après la date de sa libération. Voir Schwartz, *supra*, note n° 146, à la p. 257.

¹⁷⁸ LFI, *supra*, note n° 7, à l'alinéa 199b). Voir, par exemple, Tomkins, *supra*, note n° 139, au par. 4; Hiebert, *supra*, note n° 60, au par. 21. Sur les origines de l'article 199, voir Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), chap. 52, art. 31. U.K., H.C., Parliamentary Debates, vol. 277 col. 816, aux p. 831-832, 19 mars 1883, M. Chamberlain.

au Canada et ailleurs¹⁷⁹. La difficulté, toutefois, consiste à établir une distinction entre les déclarations de faillite répétitives qui sont un abus du système et celles qui découlent de circonstances qui peuvent être indépendantes de la volonté du débiteur¹⁸⁰. Il est important d'établir une distinction entre les débiteurs qui ont besoin de plus d'une faillite pour se libérer de leurs dettes et ceux qui [Traduction] « abusent du système pour se soustraire à leurs obligations de remboursement d'un crédit »¹⁸¹. Compte tenu du pourcentage élevé de faillis bénéficiant d'une libération d'office à leur deuxième faillite, on peut se demander si le nouveau système régissant la seconde faillite permet d'établir cette distinction.

La consultation obligatoire n'est peut-être pas la solution au problème des faillites répétitives. Alors que le but de cette consultation est de donner aux faillis les compétences financières nécessaires pour réussir financièrement, les faillis récidivistes font encore état de la mauvaise utilisation du crédit comme principale cause de leur échec. En outre, le fait que de nombreux faillis conservent de mauvaises habitudes de gestion financière donne à penser que la consultation obligatoire n'est peut-être pas une façon efficace de réduire le nombre de faillites récurrentes. À vrai dire, les faillis doivent apprendre quelque chose des séances de consultation obligatoire, faute de quoi ils risquent de répéter les mêmes erreurs¹⁸². Les déclarations de faillite répétitives soulèvent

¹⁷⁹ Lewis, *supra*, note n° 16, à la p. 18.

¹⁸⁰ *Ibid.*, at 22.

¹⁸¹ Lown & Llewellyn, *supra*, note n° 16, à la p. 37.

¹⁸² Voir les résultats de l'enquête auprès des syndics dans Stephanie Ben-Ishai et Saul Schwartz, « Bankruptcy for the Poor? » (La faillite pour les débiteurs pauvres?), 2007, 45 *Osgoode Hall L.J.* 471, à la p. 501.

également des questions sur le rôle des créanciers qui mettent du crédit à la disposition d'anciens faillis. Dans quelle mesure les établissements de prêt ne devraient-ils pas assumer leurs responsabilités relativement au problème de la faillite répétitive?¹⁸³

¹⁸³ Créancier n° 2, réponses des créanciers à la question 4, annexe C, rapport de la DGVE, *supra*, note n° 14; *Loi sur l'accès à l'information*, *supra*, note n° 94; Strand, Hira & Carter, *supra*, note n° 17, à la p. 35. Sur la question de la responsabilité inhérente aux prêts, voir Jacob Ziegel, « Insolvabilité personnelle, crédit à la consommation et prêt responsable », en ligne à l'adresse http://www.cairp.ca/files/file.php?fileid=fileVjVcnkCYci&filename=file_CIF_Houlden_Paper_JSZ_Final_F.pdf