

Commentaires sommaires sur le document de consultation
produit par la

**DIRECTION DE L'ENTREPRISE, DE LA CONCURRENCE
ET DE L'INSOLVABILITÉ / INDUSTRIE CANADA**

relativement à

**Examen obligatoire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les
arrangements avec les créanciers des compagnies***

Les lois et règlements en matière d'insolvabilité ont trait au marché du crédit. Ce marché est caractérisé par une situation d'asymétrie d'information entre créanciers et débiteurs. L'État supporte l'existence de ce marché, dans la mesure où les lois et règlements, ainsi que les organisations du domaine public, comme le BSF et les tribunaux, réduisent les effets de cette asymétrie d'information. Les actions de l'État étant porteuses d'incitations aux acteurs sur ce marché, il est important de s'assurer que ces incitations vont dans le sens de cette réduction. Outre les créanciers et débiteurs, il y a les syndic. Dans un partenariat public-privé qui remonte à la création du BSF, l'État canadien s'appuie largement sur les syndic pour arbitrer la relation entre débiteurs et créanciers en situation d'insolvabilité. Est-ce que le syndic est un acteur neutre ou serait-il l'agent de l'une des parties?

La recherche en finance, droit et économie utilise maintenant largement les qualificatifs de pro-débiteur et de pro-créancier pour caractériser les régimes d'insolvabilité de divers pays. À bien des égards, le régime canadien est devenu au cours des dernières décennies un régime pro-débiteur. Un défi, pour ne pas dire le défi du législateur, est d'assurer que ceci ne compromet pas le rôle fondamental du marché du crédit, marché qui permet une utilisation optimale de l'épargne disponible; la cohérence de l'ensemble des actions étatiques est une condition essentielle. Un régime pro-débiteur facilite de diverses façons la suspension des droits des créanciers qui visent à minimiser leurs pertes et à sanctionner un débiteur abusif; cette suspension augmente de façon importante les coûts d'agence sur le marché du crédit et incite les créanciers à recourir à d'autres moyens plus coûteux pour se protéger. Au niveau commercial, une mesure comme le registre public des procédures LACC constitue une balise d'un régime devenu très pro-débiteur. Un projet de recherche récent nécessitant l'utilisation de l'information dans le registre LACC, dans le cadre d'un mémoire d'étudiant gradué travaillant sous ma direction, n'a pu être complété tel que prévu car l'information disponible dans le registre est très

limitée en pratique à cause de l'utilisation fréquente de mesures permettant de restreindre l'accès à l'information.

Le régime pro-débiteur est justifié par le bien-fondé des restructurations. Un tel régime facilitant la consommation des actifs encore disponibles par le débiteur aux dépens des créanciers, il est important premièrement de s'assurer que la suspension des droits des créanciers est autorisée pour un véritable projet de restructuration et deuxièmement que le comportement du débiteur parmi les causes possibles de l'insolvabilité est adéquatement évalué.

Le concept de restructuration dans le droit canadien demeure assez vague et ne signifie pas toujours la poursuite de l'entreprise existante; il semblerait que les procédures de restructuration soient utilisées comme moyen de liquidation à l'avantage du débiteur. Le principe de l'autonomie des patrimoines, très fort dans le droit canadien, semble faciliter ce genre de débordement. Par ailleurs, les cours de justice canadienne, malgré la popularité croissante de chambres commerciales, ne sont pas outillées au plan des compétences, pour évaluer la fonction de gestion au sein des entreprises en procédure de restructuration et faire la part des choses entre l'incompétence des dirigeants, la malhonnêteté et la malchance, ce dernier terme étant utilisé pour rassembler l'ensemble des facteurs en-dehors du contrôle de gestionnaires compétents. Dans ce contexte, et compte tenu des modalités de recrutement et de rémunération des syndics, il serait difficile de rejeter l'hypothèse qu'ils agissent de plus en plus comme agents des débiteurs.

Compte tenu de ces considérations, il me semble que de continuer le renforcement du régime pro-débiteur actuel risque de compromettre le bon fonctionnement du marché du crédit au Canada.

L'État canadien, aussi bien dans l'exercice de ses juridictions fédérales que provinciales, est fréquemment créancier de débiteurs insolvable. Bien qu'il n'y ait pas eu, à ma connaissance, de recherche dressant un portrait d'ensemble du coût pour l'État, en termes de pertes de revenus, de l'évolution des dernières décennies du régime canadien d'insolvabilité devenu de plus en plus pro-débiteur, ce coût est vraisemblablement devenu très important. Les intervenants sont invités à se prononcer sur un certain nombre de mesures qui directement ou indirectement risquent d'augmenter ce coût, tout en confiant aux tribunaux des pouvoirs à cet effet. Dans tout cela, il ne semble pas que tous les éléments à prendre en compte soient toujours mis en balance. Deux éléments me semblent particulièrement négligés dans le débat public.

Premièrement, il faut se soucier de façon constante d'« économiser » l'État afin qu'il dispose toujours des moyens pour l'exercice de ses fonctions essentielles et parce que la taxation a un coût social appréciable en termes de disparition d'activité économique souhaitable. Deuxièmement, le pouvoir de taxation doit demeurer une responsabilité exclusive du Parlement qui dispose de mesures de surveillance et de contrôle afin d'assurer autant que possible un exercice convenable (équitable, non-abusif, ...) de ce pouvoir. Le droit en matière d'insolvabilité ne peut pas empiéter sur ce pouvoir, malgré des objectifs louables, ou en transférer une partie aux tribunaux.

Enfin, il est nécessaire de garder à l'esprit que l'insolvabilité est un phénomène tributaire d'une multitude de facteurs et le droit en matière d'insolvabilité ne peut pas viser à réglementer tous les éléments peu souhaitables que l'étude de ce phénomène révèle. Deux questions, qui recourent un certain nombre d'éléments sur lesquels le document de consultations invite les intéressés à se prononcer, méritent quelques commentaires, davantage du domaine de l'hypothèse, que de la conjecture.

L'évolution du droit criminel canadien au cours de la dernière décennie a redéfini la frontière entre l'accidentel et le criminel, augmentant le domaine de ce dernier. Au-delà du drame pour les gens directement impliqués, ceci permet aux compagnies d'assurance de limiter la couverture de leurs contrats d'assurance en matière de responsabilité civile. Il en découle des faillites personnelles, des pertes de patrimoine privé et bien souvent, des dépenses importantes pour l'État quand la propriété publique est en cause. Il ne me semble pas que tous ces aspects aient été pris en compte lors de l'adoption des amendements au droit criminel qui viennent d'être évoqués.

Au niveau de l'insolvabilité des consommateurs, la publicité sur les biens durables réfère de moins en moins au prix et de plus en plus au montant d'un premier versement en vertu d'un contrat de financement. Cette pratique ne facilite pas pour le consommateur l'évaluation rapide de l'effet de tel achat de bien durable sur son niveau d'endettement. En outre, ceci réduit la concurrence en limitant ou faussant l'information sur le prix des produits. Autant du point de vue de l'insolvabilité que de la concurrence, ne serait-il pas souhaitable de limiter la créance garantie du prêteur, dans un tel contrat de financement, au montant du versement publicisé dans la promotion du produit?

Notes complémentaires sur certains aspects du document

1. Les mots utilisés balisent, parfois au-delà de ce que l'on souhaite, la compréhension des choses et les échanges sur un sujet. L'utilisation du terme « marché de l'insolvabilité » (« market insolvency ») ne me semble pas utile ou souhaitable, à tout le moins dans le contexte de cet examen, à cause de son imprécision. Plusieurs biens ou services, suite à l'insolvabilité d'un individu ou d'une entreprise seront transigés; mais ces biens et services constituent un ensemble très hétérogène combinant aussi les services d'experts conseillant certaines parties impliquées que les biens qui pourraient être mise en vente lors d'une liquidation. En outre, l'insolvabilité du point de vue de l'action de l'État est un ensemble de mesures d'exception interférant avec des droits de portée générale (droit de propriété, droit des obligations, ...) qui permettent d'instituer des marchés. La combinaison des deux termes, marché et insolvabilité, est donc un contresens, source de confusion.
2. On attache généralement plusieurs objectifs aux lois en matière d'insolvabilité; le rapport de novembre 2003 du comité sénatorial en est un exemple éloquent. Une loi est efficace si elle permet d'atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs; une loi sera efficiente si elle permet de le faire au moindre coût. Le deuxième paragraphe (deuxième ligne) de l'Introduction du rapport utilise le mot efficace alors qu'il serait, je crois, souhaitable d'utiliser le mot efficient. La même critique s'impose pour la dernière phrase de l'introduction quand on réfère aux marchés, l'utilisation du qualificatif efficace porte à confusion; le marché fait partie des moyens auxquels les sociétés humaines ont recours afin de mieux vivre et la loi est utilisée afin d'aider à l'institution de marchés. Pour les marchés existants, la question est de savoir s'ils sont efficaces.
3. Je n'ai pas parcouru de façon systématique les deux versions, française et anglaise, du document. Ceci est très formateur pour l'esprit (il serait difficile de surestimer la chose) et c'est là l'un des immenses avantages que le Canada offre au plan intellectuel et des affaires de l'État. Le texte français m'est apparu d'excellente qualité. Outre la note précédente, ma seule autre critique est concernant la sous-section « Agir de bonne foi » dans la section « Concilier les intérêts divergents » de la deuxième partie ENJEUX COMMERCIAUX. Pour comprendre ce à quoi les intéressés sont invités, il faut aller dans la version anglaise, car la version française anticipe sur le contenu de la sous-section suivante « Contrats financiers admissibles ».