

LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET

Marc Lacoursière et Arthur Oulaiï

Volume 44, numéro 2-3, 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105812ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10201>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lacoursière, M. & Oulai, A. (2014). LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 44(2-3), 463–530. <https://doi.org/10.17118/11143/10201>

Résumé de l'article

Inspiré du prêt communautaire, le prêt entre particuliers tente de s'adapter à l'ère du 21^e siècle. Dans sa version actualisée dans le Web 2.0, un individu prête une somme d'argent à un autre individu via une plate-forme de prêts qui leur sert d'intermédiaire. Cette forme de prêt alternatif au réseau traditionnel des institutions financières se décline en plusieurs modèles et a connu un essor durant la dernière crise financière, laquelle a entraîné le resserrement des conditions du crédit. Même si la crise du crédit semble se résorber, le prêt entre particuliers par Internet conserve encore son intérêt auprès des internautes motivés par plusieurs raisons, dont la recherche de profits ou la philanthropie. Ce type de prêt soulève toutefois plusieurs enjeux réglementaires.

LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET*

par Marc LACOURSIÈRE**
Arthur OULAI***

Inspiré du prêt communautaire, le prêt entre particuliers tente de s'adapter à l'ère du 21^e siècle. Dans sa version actualisée dans le Web 2.0, un individu prête une somme d'argent à un autre individu via une plate-forme de prêts qui leur sert d'intermédiaire. Cette forme de prêt alternatif au réseau traditionnel des institutions financières se décline en plusieurs modèles et a connu un essor durant la dernière crise financière, laquelle a entraîné le resserrement des conditions du crédit. Même si la crise du crédit semble se résorber, le prêt entre particuliers par Internet conserve encore son intérêt auprès des internautes motivés par plusieurs raisons, dont la recherche de profits ou la philanthropie. Ce type de prêt soulève toutefois plusieurs enjeux réglementaires.

Inspired by the phenomenon of social lending (also known as peer-to-peer or P2P lending), the traditional manner of effecting loans between individuals seeks to adapt to the reality of the 21st century. In its present Web 2.0 version, a person may make a loan to another person through a virtual lending platform, which acts as an intermediary. Unlike loans offered by traditional financial institutions, this Internet loan concept presents various forms. Its development has gained acceptance as a result of the last financial crisis which provoked a significant tightening of available credit. Even through the effects of the last credit crunch are less evident today, P2P Internet loans enjoy a certain popularity amongst Internet users, either in the pursuit of profit or for philanthropic purposes. Nevertheless, this new form of providing loans raises several regulatory issues.

*. Les auteurs désirent remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et la Fondation du Barreau du Québec pour le financement de cet article. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Web cités dans le présent article est à jour au 31 août 2014.

**. Professeur titulaire à la Faculté de droit, Université Laval, Québec (Canada), membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) et avocat.

***. Professeur agrégé et vice-doyen à l'enseignement à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Québec (Canada).

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction | 465 |
| 1. La raison d'être du prêt entre particuliers | 470 |
| 1.1 Les difficultés d'accéder au capital bancaire | 471 |
| 1.1.1 Le droit au crédit..... | 471 |
| 1.1.2 Les entraves à l'octroi du crédit | 473 |
| 1.2 Le développement de solutions alternatives | 478 |
| 1.2.1 Le crédit alternatif de type prêteur | 479 |
| 1.2.2 Le prêt communautaire | 481 |
| 2. Le financement entre particuliers par Internet | 485 |
| 2.1 Les caractéristiques du prêt entre particuliers | 485 |
| 2.1.1 La typologie des prêts | 485 |
| 2.1.2 La nature et les risques du prêt entre particuliers | 497 |
| 2.2 L'encadrement juridique du prêt entre particuliers | 501 |
| 2.2.1 La première phase : l'investissement..... | 501 |
| 2.2.2 La seconde phase : le prêt d'argent | 518 |
| 2.2.2.1 L'encadrement spécifique des institutions financières..... | 519 |
| 2.2.2.2 L'encadrement du prêt d'argent | 524 |
| Conclusion | 528 |

INTRODUCTION

La crise du crédit hypothécaire, qui a perturbé l'économie américaine en 2007-2008, a mis en relief un problème fondamental en cette période de surconsommation dans le monde occidental : l'accès facile au crédit à un coût raisonnable et les mécanismes innovateurs de crédit peuvent entraîner le surendettement. En effet, les institutions financières offrent parfois des marges de crédit généreuses et octroient aisément des cartes de crédit au consommateur en ne procédant pas systématiquement à une analyse sérieuse de sa capacité à payer. Toutefois, à l'instar de banques américaines, les banques canadiennes ont resserré les conditions d'accès au crédit, hypothécaire ou non, ce qui affecte directement le consommateur plus défavorisé. Celui-ci doit alors se tourner vers des institutions spécialisées dans le prêt à la consommation et vers des entreprises commerciales qui offrent du crédit alternatif (aussi appelé « crédit parallèle »).

Au Canada, le crédit à la consommation est principalement distribué par trois intermédiaires différents : les institutions de dépôts (banques, caisses populaires; appelées « intermédiaires bancaires »), les autres institutions financières spécialisées dans le prêt à la consommation et les entreprises commerciales (marchands de meubles, concessionnaires automobiles; appelées « intermédiaires non bancaires »). Ces intermédiaires sont tous interpellés par le mouvement de la surconsommation. Malgré les convulsions de l'économie américaine et ses répercussions possibles au Canada, les rendements intéressants que fait miroiter le crédit à la consommation aux yeux des intermédiaires peuvent justifier leurs offres généreuses de crédit, ce qui peut contribuer à alourdir l'endettement des consommateurs. Selon une étude réalisée par Statistique Canada lors du recensement de 2006, les dettes des ménages ont augmenté de 47 % entre 1999 et 2005; de ce montant, il faut souligner l'augmentation des

emprunts par marge de crédit de 133 % et par carte de crédit et crédit à tempérament de 58 %¹.

L'octroi de crédit par les intermédiaires non bancaires séduit : si les personnes qui vivent au-dessus de leurs moyens financiers et les personnes compulsives, soit celles qui accumulent les cartes de crédit, les marges de crédit et les avances de fonds, représentent le stéréotype des consommateurs visés par la facilité d'obtention du crédit, il ne faut aucunement négliger les consommateurs économiquement défavorisés qui deviennent de plus en plus la cible des fournisseurs de crédit². Ces consommateurs peuvent difficilement obtenir un financement à un coût avantageux, en particulier auprès des intermédiaires non bancaires, ce qui peut, dans certains cas, leur être préjudiciable.

Il faut souligner les efforts récents déployés par les législateurs pour faciliter l'accès à un compte bancaire à prix modique pour les personnes économiquement défavorisées³, ainsi que d'autres mesures destinées à favoriser la divulgation et la transparence de l'information. Ces mesures législatives suggèrent que les personnes économiquement défavorisées pourraient raisonnablement accéder au crédit bancaire.

Or, contrairement aux attentes, ces mesures n'atteignent pas leur objectif et sont manifestement insuffisantes⁴. D'une part,

-
1. STATISTIQUE CANADA, « Avoirs et dettes détenus par les unités familiales, montants totaux », 7 décembre 2006, en ligne : <http://www40.statcan.ca/102/cst01/famil109_f.htm>.
 2. Voir généralement l'étude suivante : Gérard DUHAIME, *La vie à crédit : consommation et crise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.
 3. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46; *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184, et par la *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3.
 4. Alessandra DI LAURO, « Le mensonge dans les règles de la communication : instruments pour une gestion soutenable et "adéquate" de l'information au consommateur », dans Geneviève PARENT, *Production et consommation durables : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 517, aux pages 525, 532-534.

les institutions financières octroient des marges et des cartes de crédit dont les limites de crédit se justifient difficilement à l'aune des moyens financiers du consommateur, encourageant ainsi un état de surendettement. D'autre part, les consommateurs économiquement défavorisés qui ne peuvent obtenir de financement (hypothécaire ou non) auprès d'une institution bancaire, notamment en raison du resserrement du crédit à la suite de la crise du crédit hypothécaire aux États-Unis qui influence les institutions bancaires canadiennes, doivent se tourner vers des intermédiaires non bancaires.

Ces intermédiaires sont à la source du développement important de diverses formes de crédit alternatif et de nouvelles techniques de financement en tant qu'intermédiaire, que ce soit le prêt sur gages, l'encaissement de chèques, le prêt sur salaire, le microcrédit, le prêt entre particuliers (aussi appelé « prêt de personne à personne », ou « *peer-to-peer lending* »), ou d'autres techniques de financement novatrices. Si le microcrédit apparaît avantageux, il vise principalement les petites et moyennes entreprises et il ne constitue pas la solution au problème de l'accès généralisé au crédit à la consommation à un coût déraisonnable⁵. Ces mécanismes de prêts alternatifs peuvent certainement être nuisibles au consommateur.

Le prêt entre particuliers est une forme de prêt social, présent dans certaines couches de la société depuis plusieurs années déjà. Il consiste pour un particulier à prêter de l'argent directement et sans un intermédiaire bancaire, que ce soit pour des raisons financières (obtention d'un profit) ou sociales (aide à un proche). La version moderne de ce type de financement utilise le canal de distribution Internet et semble susciter un certain attrait, comme le démontre sa popularité croissante dans certains pays européens et son succès durant la crise financière de la fin

5. Toni WILLIAMS, « Requiem for Microcredit: The Demise of a Romantic Ideal », (2004) 19 *Banking and Finance Law Review* 145, 150.

des années 2000⁶. Les plates-formes de prêts se sont multipliées et diversifiées rapidement, posant le problème d'un encadrement juridique approprié pour des mécanismes si instables à première vue. Le prêt entre particuliers soulève plusieurs enjeux dont le plus important reste celui de sa réglementation. Quel type d'encadrement juridique faut-il pour le prêt entre particuliers empruntant le canal d'Internet? Devant la difficulté de trouver des réponses adéquates à cette question, plusieurs régulateurs nord-américains et européens ont préféré, au départ, bannir ce type de prêt sur leurs territoires, ou les soumettre à une approche si restrictive qu'elle a fini par décourager ses promoteurs, ce qui a fait croire à une existence éphémère de ce type de crédit. Mais l'investissement de Google dans la plate-forme Lending Club en mai 2013 a contribué à raviver l'intérêt pour ce type de crédit. Cette plate-forme de prêts se hisse d'ailleurs au cinquième rang du classement 2014 des cent entreprises américaines les plus prometteuses réalisé par le magazine Forbes⁷. En Europe, la méfiance entretenue, dans certains pays, à l'égard des prêts par des particuliers sur Internet semble céder le pas à une approche plus ouverte envers le financement participatif sur Internet en général. Aussi, si de nouvelles plates-formes voient le jour dans des pays autrefois réticents⁸, d'autres ont commencé à internationaliser leurs activités⁹. Le gouvernement français, après avoir affiché au cours de l'année 2013 son désir de promouvoir le financement participatif, a confié à l'Autorité des marchés financiers (AMF) la tâche de procéder à une consultation, laquelle

-
6. Paul SLATTERY, « Square Pegs in a Round Hole: SEC Regulation of Online Peer-to-Peer Lending and the CFPB Alternative », (2013) 30 *Yale J. Reg.* 233, 235.
 7. FORBES, « America's Most Promising companies », Janvier 2014, en ligne: <<http://www.forbes.com/most-promising-companies/list>>.
 8. La plate-forme française Prêt d'Union a été créée en 2009 et a débuté ses activités en 2011 après avoir obtenu l'agrément des autorités régulatrices.
 9. La plate-forme estonienne Bondora vise le marché européen aussi bien pour les prêteurs que pour les emprunteurs. Voir : Georgia QUINN, « Bondora Sees Huge Opportunity in European Peer to Peer Lending », Septembre 2014, en ligne : <<http://www.crowdfundinsider.com/2014/09/49573-bondora-sees-opportunity-european-peer-peer-lending-market/>>.

a débouché sur la proposition d'un nouveau statut juridique dont l'entrée en vigueur a eu lieu le 1^{er} octobre 2014. Il est vrai que les autorités françaises visent davantage à promouvoir le financement participatif sur Internet destiné aux petites entreprises (*crowdfunding*), mais leur démarche participe de ce regain d'intérêt observé à l'égard des prêts faits par des particuliers sur Internet et rappelle par la même occasion la pertinence du questionnement relatif au régime juridique susceptible de s'appliquer à ces transactions. De plus, la structure du prêt entre particuliers, qui varie selon la plate-forme informatique utilisée, contribue à complexifier la question de sa réglementation. Certains prêts sont effectués « directement » entre les personnes, d'autres le sont par des intermédiaires et d'autres se présentent, enfin, comme des formes d'investissement. Au surplus, le concept de « commerçant », comme défini par le droit québécois, semble être remis en question dans ce contexte, rendant incertaine l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰. Loin d'être dissipée, cette incertitude juridique, nuisible au consommateur, se greffe à la préoccupation générale pour l'encadrement des activités financières réalisées sur un réseau ouvert tel qu'Internet.

Notre texte vise d'abord l'analyse de la raison d'être du prêt seulement entre particuliers, et exclut explicitement l'étude du prêt à caractère commercial, notamment celui destiné aux entreprises en démarrage (*crowdfunding*)¹¹ (1.). Cette première partie est essentielle à la compréhension du prêt entre particuliers par Internet, lequel procède d'une manière, somme toute, similaire. Par la suite, nous étudierons le prêt entre particuliers en ligne et les caractéristiques qui le distinguent, tant en ce qui concerne le fonctionnement que l'encadrement juridique (2.).

10. RLRQ, c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

11. À ce sujet, voir : Joan MacLeod HEMINWAY et Shelden Ryan HOFFMAN, « Proceed at your Peril: Crowdfunding and The Securities Act of 1933 », (2011) 78 *Tenn. L. Rev.* 879; John S. WROLDSEN, « The Social Network and the Crowdfund Act: Zuckerberg, Saverin, and Venture Capitalists' Dilution of The Crowd », (2013) 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 583.

1. LA RAISON D'ÊTRE DU PRÊT ENTRE PARTICULIERS

Depuis la création du système bancaire moderne au 12^e siècle, le rôle des banques commerciales (c'est-à-dire les institutions de dépôts) dans l'économie tient essentiellement à deux composantes : recevoir les dépôts des particuliers et des entreprises et leur prêter de l'argent. De nos jours, cette réalité est de loin plus complexe, mais elle en respecte l'esprit. Au fil des dernières décennies, les banques ont accumulé des réserves très importantes qu'elles peuvent utiliser dans leurs opérations de crédit ou d'investissement. Fondamentalement, l'accès au crédit des particuliers trouve ses vertus dans la possibilité pour les ménages d'acquérir des biens de consommation d'une certaine valeur, que ce soit des biens meubles (appareils électroménagers, meubles, etc.) ou immeubles¹². L'endettement doit donc être distingué du surendettement¹³. L'évolution de la société de consommation vers une société de surconsommation a eu pour corollaire l'intensification de la demande de crédit par les consommateurs. Le taux très élevé de bancarisation de la population a également contribué à l'essor du crédit à la consommation¹⁴.

L'accès au crédit à la consommation n'est pas synonyme d'emprunt bancaire. Malgré les offres généralisées de crédit bancaire, les banques demeurent frileuses lorsqu'il s'agit d'octroyer un prêt à un consommateur dont le dossier est peu reluisant (1.1). En cas de refus, le consommateur doit se tourner vers d'autres alternatives (1.2).

12. Kartik B. ATHREYA, « Credit Access, Labor Supply, and Consumer Welfare », (2008) 94 n°1 *Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly* 17.

13. Sébastien PLOT, « Du flambeur à la victime : Vers une problématisation consensuelle du surendettement », (2009) 76 *Sociétés contemporaines* 67, 76.

14. *Id.*, p. 70.

1.1 Les difficultés d'accéder au capital bancaire

L'appétit des consommateurs pour la consommation sous-entend la nécessité, pour plusieurs d'entre eux, de rechercher des sources de financement. De nos jours, la carte de crédit s'impose naturellement pour les achats de consommation (excluant l'immobilier). Le taux d'intérêt élevé imposé aux cartes de crédit la rend particulièrement onéreuse pour le financement à crédit. Plus généralement, il faut noter que le crédit est un privilège et non un droit, tant à l'égard du consommateur que de l'entreprise (1.1.1). Au surplus, il faut ajouter que les démarches pour l'obtention du crédit peuvent être assombries par diverses formes d'embûches (1.1.2).

1.1.1 Le droit au crédit

Une modification apportée en 2001¹⁵ à la *Loi sur les banques* prévoit l'obligation pour une banque à charte canadienne d'ouvrir un compte de dépôt à prix modique à toute personne qui en fait la demande¹⁶. Cette démarche vise l'augmentation de la bancarisation au Canada, laquelle se situe maintenant autour de 96 %¹⁷.

Toutefois, que ce soit au Canada, ou même dans d'autres États¹⁸, le droit au compte n'entraîne pas pour un client le droit d'obtenir un emprunt. Ainsi, le droit au crédit demeure donc une prérogative des banques et un client qui présente un risque de remboursement trop élevé pourra légitimement se voir refuser un prêt à la banque. Néanmoins, si le prêteur promet d'octroyer un

15. *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, c. 9, art. 117.

16. *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 448.1(1)(2). Voir également : *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, préc., note 3.

17. ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, « Les banques et la littératie financière », 18 décembre 2013, en ligne : <<http://www.cba.ca/fr/component/content/category/79-banks-and-financial-literacy>>.

18. Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, *Droit bancaire*, 8^e éd., 2010, n° 534, p. 321.

crédit, il doit y donner suite¹⁹. Cette situation est particulièrement courante dans le cas des préautorisations hypothécaires.

Si le droit au crédit n'existe pas, il faut souligner qu'en Amérique du Nord, l'accès au crédit s'est démocratisé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. L'engouement des consommateurs pour le crédit, son importance pour la relance de l'économie en temps de crise et les techniques innovatrices de financement des institutions financières, qui permettent d'élaguer le risque de crédit, ne sont point étrangers à la générosité des prêteurs. En particulier, depuis 1980, il faut noter la tendance de fond des banquiers à prêter au moyen de cartes de crédit, le nombre de cartes détenues par des Canadiens ayant ainsi augmenté substantiellement²⁰. Puisque le coût d'emprunt des cartes de crédit est supérieur à une marge de crédit, ou à un prêt personnel, les conditions préalables d'octroi sont moins strictes. En d'autres termes, le consommateur qui ne peut obtenir une marge de crédit à un taux d'intérêt intéressant pourra tout de même obtenir une carte de crédit à un taux deux ou trois fois plus élevé, soit environ 20 %, ce qui ne correspond pas à un accès au crédit à un coût raisonnable. Le cas échéant, les statistiques révèlent que la tranche plus défavorisée de détenteurs de cartes de crédit concerne des titulaires qui ne peuvent payer entièrement leur solde périodique, qui ont un dossier de crédit moins reluisant et qui sont le plus susceptibles de déclarer faillite²¹.

19. *Sancta Holdings Ltd. v. Bank of Montreal*, J.E. 97-1081 (C.A.); *Centre d'aide aux entreprises Champlain inc. c. Banque Royale du Canada*, J.E. 96-1819 (C.A.); *In Re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539. Il en va de même au Canada anglais : *Bank of Montreal c. Bond*, (1988) 24 B.C.L.R. (2d) 80 (C.A.). En France, le banquier n'a aucune obligation d'accorder un crédit, à moins qu'il n'ait promis au client d'agir en ce sens: Jean DEVÈZE (dir.), *Lamy Droit du financement : titres et marchés, ingénierie financière, paiement, crédit, garanties du crédit*, Rueil-Malmaison (France), Wolters Kluwer France, 2008, n° 2650, p. 1338, 2002; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, préc., note 18, p. 321-323.

20. BUREAU DE LA CONSOMMATION (INDUSTRIE CANADA), « Rapport sur les tendances en consommation », 2005, p. 153, en ligne : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/FR_CTR.pdf/\\$FILE/FR_CTR.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/FR_CTR.pdf/$FILE/FR_CTR.pdf)>.

21. *Id.*, p. 153-155.

1.1.2 Les entraves à l'octroi du crédit

Si le droit au crédit est inexistant au Canada, aux États-Unis et même en Europe, la pratique bancaire a incité les institutions financières à octroyer du crédit, dans une certaine mesure, aux plus démunis de la société. La mission des banquiers n'est pas d'œuvrer à des fins charitables et plusieurs circonstances, justifiées ou non, pourront les mener vers un refus d'octroi du crédit. Il va de soi qu'il ne doit y avoir aucune discrimination dans le refus d'octroyer un prêt.

D'abord, la situation classique sur laquelle s'appuient les banquiers se manifeste par un dossier défavorable, c'est-à-dire par un risque de non-remboursement trop élevé de la part du débiteur. Que ce soit lors de la phase initiale ou lors du renouvellement, le crédit est accordé par un banquier à la suite d'un processus d'évaluation du profil personnel de l'emprunteur et du contexte économique²². Cette évaluation des emprunteurs est fondée sur la relation de confiance qui doit exister entre le prêteur et ceux-ci. Le moment critique de la demande de crédit est vu par certains comme une épreuve de qualification, puisque le prêt est accordé selon le risque que représente l'emprunteur aux yeux du prêteur. Brièvement, le processus de demande de prêt consiste en ce que le banquier s'assure de l'intégration sociale de l'emprunteur et surtout de sa stabilité, principalement professionnelle mais également familiale. Dans le premier cas, outre la qualification de l'emploi et les revenus, la permanence d'emploi constitue un élément très important, ce qui cause, bien entendu, des problèmes aux jeunes emprunteurs²³. L'emprunteur doit ensuite faire part au banquier de ses charges, comme l'hypothèque ou le montant du loyer qu'il paie. L'étape essentielle de l'évaluation de la capacité de payer de l'emprunteur consiste à la vérification de ses antécédents

22. Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 195 et suiv.

23. Jeanne LAZARUS, « L'épreuve du crédit », (2009) 76 *Sociétés contemporaines* 17, 23.

de crédit par le prêteur par le biais d'organismes de crédit²⁴. Enfin, si la décision du banquier se traduit par une acceptation, il y aura alors lieu de déterminer le montant et le taux d'intérêt lié au risque que représente l'emprunteur. L'échéancier des remboursements sera établi par le prêteur en collaboration avec l'emprunteur, afin que celui-ci se sente à l'aise. Néanmoins, il faut noter qu'en raison du rapport inégalitaire qui caractérise la relation bancaire, l'asymétrie de l'information qui prévaut entre le créancier et le débiteur, surtout lorsque ce dernier est un consommateur, engendre un devoir fiduciaire, traduit par le devoir de loyauté en droit québécois. Plus l'inégalité est grande, plus ce devoir sera important et teintera l'obligation de diligence du banquier²⁵.

Ensuite, le rationnement du crédit, également connu sous le nom de « *credit rationing* », découle d'une théorie élaborée par plusieurs économistes états-uniens, dont Joseph Stiglitz et Andrew Weiss, lauréats du prix Nobel d'économie en 2001²⁶. Le

-
24. Au Canada, les dossiers de crédit sont gérés par des entreprises privées, contrairement à certains pays européens où l'État prend en charge cette question: Marie-Claude BARRET-BARNAY, « Le contrôle de l'octroi du crédit dans les États membres de l'Union européenne », (2002) *Revue européenne de droit de la consommation* 173.
 25. Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIERE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 1.156, p. 320-322.
 26. Joseph STIGLITZ et Andrew WEISS, « Credit Rationing in Markets with Imperfect Information », (1981) 71 *American Economic Review* 393. Leur théorie se résume ainsi. Dans un marché du crédit, l'équilibre peut être atteint par le rationnement, toutes choses tant égales par ailleurs. Devant un emprunteur qui présente un risque important, le banquier peut accepter (en totalité ou partiellement) ou refuser d'octroyer le prêt. Le rendement étant fonction du risque, le banquier serait justifié de hausser le taux d'intérêt et l'emprunteur pourrait, par hypothèse, accepter un emprunt à un tel coût. Or, le dispensateur de crédit peut refuser de prêter à un emprunteur dont le risque dépasse un certain seuil, malgré le désir de cet emprunteur de payer plus cher et même d'offrir plus de garanties au soutien de sa demande de prêt. Du point de vue du banquier, le risque est mieux géré et l'espérance de profit est meilleure. En d'autres termes, le banquier devra trouver le point d'équilibre pour optimiser son profit, et le marché s'équilibrera par lui-même. Il s'agit du rationnement pur, qui s'oppose au rationnement ciblé.

phénomène du rationnement ciblé, appelé exclusion systématique (*redlining*) concerne le refus de prêter à une strate de personnes composant un groupe socio-économique déterminé. Prenons un exemple. Le rationnement du crédit pourrait affecter les petites et moyennes entreprises ou les gens défavorisés, demeurant dans un secteur déterminé. Aux États-Unis, plusieurs études ont démontré que l'exclusion systématique visait parfois le genre ou les communautés hispanique ou afro-américaine²⁷. Le terme « *redlining* » désigne donc une démarcation géographique où les créanciers refusent de prêter aux membres d'une communauté spécifique. Au cours des années 1970, le gouvernement a tenté de remédier à ce problème, mais avec un succès limité²⁸. La littérature rapporte peu de pratiques de rationnement du crédit fondées sur le genre ou l'origine ethnique au Canada²⁹. Toutefois, une étude d'un géographe ontarien portant sur une période allant des années 1930 aux années 1950 démontre que cette pratique n'était pas rare dans les banlieues d'alors. Cependant, l'origine de ces banlieues a peu à voir avec les minorités ethniques. L'auteur affirme que « [i]f we are to use the term in Canada, then, we must be prepared to set aside its racialised connotations »³⁰.

-
27. Voir notamment: Willy E. RICE, « Race, Gender, Redlining, and the Discriminatory Access to Loans, Credit, and Insurance: An Historical and Empirical Analysis of Consumers Who Sued Lenders and Insurers in Federal and State Courts, 1950-1995 », (1996) 33 *San Diego L. Rev.* 583; Ira RHEINGOLD, Michael FITZPATRICK et Al Jr. HOFELD, « From Redlining to Reverse Redlining: A History of Obstacles for Minority Homeownership in America », (2000-2001) 34 *Clearinghouse Rev.* 642.
 28. Voir notamment: *Equal Credit Opportunity Act of 1974*, Pub. L. No. 93-495, 88 Stat. 1500, 15 U.S.C. par. 1691; *Community Reinvestment Act of 1977*, 12 U.S.C. par. 2901. Ces lois faisaient suite à : *Fair Housing Act of 1968*, 42 U.S.C. par. 3601. Voir les auteurs suivants pour des études de la question au cours des années 2000: Christopher J. MAYER et Karen PENCE, « Subprime Mortgages: What, Where, and to Whom? », (2008) *NBER Working Paper* n° 14083; Andra C. GHENT, Rubén HERNÁNDEZ-MURILLO et Michael T. OWYANG, « Race, Redlining, and Subprime Loan Pricing », (2011) *Federal Reserve Bank of St. Louis Working Paper* 2011-033B.
 29. Richard HARRIS, « From “Black-Balling” to “Marking”: The Suburban Origin of Redlining in Canada, 1930s-1950s », (2003) 47 *The Canadian Geographer / Le Géographe canadien* 38.
 30. *Id.*, p. 39.

Enfin, les dernières années ont vu une généralisation progressive du crédit. Il peut même être avancé que le crédit est maintenant devenu un mal nécessaire à la relance de l'économie. Les désirs du gouverneur de la Banque du Canada de miser sur l'investissement par les entreprises pour relancer l'économie³¹, comme ce fut le cas lors de la période postérieure à la Deuxième Guerre mondiale, demeurent des vœux pieux. La réalité des cycles économiques affecte les banques, principaux intermédiaires dans la distribution du crédit³². En période de crise, l'économie est confrontée à une situation de resserrement du crédit, également appelé étranglement du crédit ou contrainte de liquidité (*credit crunch*). Certains parlent même d'un resserrement du capital (*capital crunch*)³³. Les banquiers diminuent l'offre de crédit et la demande de la part des emprunteurs ne pouvant être comblée, ces derniers doivent tenter de trouver des substituts à un coût égal ou supérieur. Si le Canada a traversé la turbulence financière mondiale de 2007-2009 presque sans heurts³⁴, il faut néanmoins

-
31. BANQUE DU CANADA, « Le gouverneur de la Banque du Canada, Stephen S. Poloz, traite du retour à une croissance naturelle de l'économie canadienne », 18 septembre 2013, en ligne : <<http://www.banqueducanada.ca/2013/09/publication/communiqués/gouverneur-poloz-traite-retour-croissance-naturelle>>.
32. D'une manière générale, les pérégrinations du crédit suivent le cycle suivant. Les conditions économiques favorables encouragent les ménages et les entreprises à consommer à crédit, cet engouement s'emballant à un certain moment pour atteindre des niveaux très élevés, jusqu'à ce que les consommateurs les plus fragiles financièrement ne soient plus en mesure d'acquitter leurs dettes. Lorsque les dettes sont des prêts hypothécaires, l'impact est beaucoup plus important, ébranlant non seulement le monde financier, mais l'économie dans son ensemble. Les banques peuvent alors souffrir d'un problème de liquidité et doivent par conséquent modérer leurs activités de prêts.
33. Ben S. BERNANKE, Cara S. LOWN et Benjamin M. FRIEDMAN, « The Credit Crunch », (1991) 2 *Brookings Papers on Economic Activity* 205, 206. Le resserrement du crédit peut se définir comme étant un « changement qualitatif dans le régime du crédit bancaire à l'égard d'un ensemble de débiteurs ou d'un type de marché » : Michel AGLIETTA, « Comportement bancaire et risque de système », (1993) 27 *Revue d'économie financière* 439, 442.
34. Sur cette question, voir en détail : Marc LACOURSIÈRE, « La perspective bancaire canadienne lors de la crise financière de 2007-2009 », (2014) 29 *B.F.L.R.* 271, 291 et suiv.

noter l'accroissement constant de l'endettement des Canadiens au fil des dernières années qui soulève certaines inquiétudes, endettement dû notamment aux facilités d'obtention du crédit³⁵. La surintendante des institutions financières a d'ailleurs vivement critiqué cette situation³⁶, qui peut s'expliquer ainsi. Premièrement, il faut noter le caractère inégalitaire des rapports entre les emprunteurs et les prêteurs³⁷. Deuxièmement, il faut souligner l'impact très limité de la crise financière au Canada, caractérisé par la générosité excessive des banquiers dans l'octroi de prêts³⁸. Troisièmement, notons que peu de mesures ont été prises à ce jour pour assurer un meilleur encadrement et un contrôle adéquat à l'égard des pratiques financières contemporaines³⁹. En dépit de leurs généreuses pratiques bancaires, les institutions financières canadiennes ont tout de même resserré leurs pratiques en matière de prêts lors de la dernière crise financière.

-
35. Selon une enquête récente de Statistique Canada, l'endettement des Canadiens, mesuré par le ratio dette d'un ménage au revenu disponible, dépasse globalement les 150 %, ce qui est légèrement supérieur aux États-Unis: STATISTIQUE CANADA, « L'endettement des ménages », 23 mars 2012, p. 4, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2012002/article/11636-fra.pdf>>. Plus précisément, l'endettement est réparti inégalement entre les groupes d'emprunteurs, que ce soit en raison de leurs revenus, de leur scolarité ou de leur provenance : *id.*, p. 6 (Tableau 1). En 2010, cet endettement était de 146,5 % au Canada et de 122,5 % aux États-Unis : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « OECD Factbook 2013 : Economic, Environmental and Social Statistics – Household Debt », 2013, p. 28, en ligne : <http://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2013/household-debt_factbook-2013-28-en>.
36. Rudy LE COURS, « Endettement extrême », *La Presse [de Montréal]* (29 mars 2012), X1 (Portefolio).
37. Le sociologue Bourdieu parle de distribution inégalitaire du capital : Pierre BOURDIEU, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil, 2000, p. 244 et suiv.
38. J. LAZARUS, préc., note 23.
39. BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, « Ligne directrice B-20 – Pratiques et procédures de souscription de prêts hypothécaires résidentiels », Juin 2012, en ligne : <http://www.osfi-bsif.gc.ca/Fra/finance/if/rg-ro/gdn-ort/gl-ld/Pages/b20_let.aspx>.

1.2 Le développement de solutions alternatives

La distribution du crédit suit un raisonnement fondé sur la relation de confiance qui existe entre un prêteur et un emprunteur. Le prêteur voue une confiance moindre à un emprunteur qui présente un risque élevé de non-remboursement, ce qui se traduit par l'exigence d'un taux d'intérêt plus élevé. L'emprunteur peut contracter un emprunt auprès d'une banque, que ce soit un prêt personnel ou hypothécaire, ou une marge de crédit à un coût d'emprunt alléchant. Il peut également obtenir une carte de crédit pour un taux plus élevé. Bien que ce mode de crédit soit très prisé, il faut constater que les banquiers l'offrent à de nombreux emprunteurs qui ne peuvent se qualifier pour l'obtention d'un prêt ou d'une marge de crédit. Dans la hiérarchie des dispensateurs de crédit se trouvent ensuite les prêteurs à risque, communément appelés « compagnies de finance ». Ces entreprises prêtent à des taux plus élevés, souvent pour une deuxième ou même une troisième hypothèque, à des emprunteurs qui ne peuvent se qualifier pour un emprunt bancaire.

Enfin, lorsque l'emprunteur ne peut obtenir un prêt auprès d'une banque, celui-ci doit alors se tourner vers des institutions spécialisées dans le prêt à la consommation et des entreprises commerciales qui offrent une dernière solution se trouvent dans le crédit alternatif (aussi appelé « crédit parallèle »), ce qui peut devenir un fardeau financier très lourd pour l'emprunteur.

Le crédit alternatif se compose de deux catégories d'éléments. D'une part, il faut noter le prêt sur salaire, l'encaissement de chèques et le prêt sur gages. Ces éléments s'inscrivent dans les types de prêt prédateur, frôlant l'usure vu les taux d'intérêt exorbitants. Ils témoignent de l'incapacité du législateur à encadrer efficacement ce segment du marché de l'emprunt (1.2.1). D'autre part, il faut souligner le microcrédit qui peut être offert à des taux intéressants pour une catégorie de personnes défavorisées. S'inspirant d'un concept similaire, le prêt communautaire permet un emprunt à un taux raisonnable dans certaines circonstances (1.2.2).

1.2.1 Le crédit alternatif de type prédateur

Les prêts alternatifs de nature prédatrice, comme le prêt sur gages, le prêt sur salaire et l'encaissement de chèques par une agence sont généralement néfastes pour le consommateur, vu le coût très élevé de l'intérêt et l'absence de réglementation adéquate⁴⁰. À titre d'exemple, le prêt sur salaire peut être offert par Internet, ce qui soulève non seulement des problèmes liés au coût du crédit, mais également liés à la sécurité des transactions et à la protection des renseignements personnels, puisque les prêteurs ont tendance à exiger plus de renseignements sur le consommateur⁴¹. L'usage bancaire au Canada a toujours incité les banques canadiennes à refuser d'offrir ce financement et certaines entreprises commerciales, comme Loblaws et Canadian Tire, qui opèrent maintenant des banques à charte canadiennes – *Services Financiers le Choix du Président* et *Banque Canadian Tire* –, ne dispensent pas non plus ce service de financement alternatif. En définitive, un meilleur encadrement de ces formes de prêt pourrait non seulement améliorer la protection du consommateur, mais également rassurer les intervenants du système bancaire et financier devant cette nouvelle forme de concurrence.

Les préoccupations du législateur à cet égard ne se sont pas suffisamment concrétisées pour le moment, car il ne fait pas la différence entre les intermédiaires bancaires et non bancaires. La protection est principalement orientée vers l'octroi de permis,

40. Sur cette question, voir généralement : Iain RAMSAY, « Overindebtedness and Regulation of Consumer Credit », dans Thierry BOURGOIGNIE, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 35; Iain RAMSAY, « The Alternative Consumer Credit Market and Financial Sector: Regulatory Issues and Approches », (2001) 35 *Canadian Business Law Journal* 325; AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, « Le coût des prêts sur salaire », 2011, en ligne : <<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/ressources/publications/prethypothetaire/pretsalair/PDF/PaydayLoans-fra.pdf>>; *PacificExpress Financial Corp. v. Larsen*, 2010 ABPC 289 (Q.B.).

41. AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, préc., note 40.

de même que la surveillance et le contrôle *a posteriori*⁴². En 2010, le législateur québécois a adopté une nouvelle loi concernant les entreprises de services monétaires, laquelle vise spécifiquement celles qui offrent des services de change de devises, de transfert de fonds, d'émission ou de rachat de chèques de voyage (ou de mandats ou de traites), d'encaissement de chèques et d'exploitation de guichets automatiques⁴³. Les services d'encaissement de chèques visent plus particulièrement le crédit alternatif, étant utilisés par une tranche de la population défavorisée et imposant des coûts d'emprunt pour le moins exorbitants. La protection offerte par la loi repose sur l'émission de permis, mais contrairement à ceux délivrés par l'Office de la protection du consommateur (OPC) en vertu de la L.p.c., cette nouvelle loi oblige le requérant à fournir des renseignements plus précis sur lui-même et ses activités ainsi qu'un rapport d'habilitation sécuritaire émis par la Sûreté du Québec⁴⁴. Le permis est délivré par l'Autorité des marchés financiers⁴⁵. Les banques et autres institutions financières régies par des lois spécifiques sont exemptées de la Loi⁴⁶.

Il est pertinent de noter l'article 115.1 qui avait été proposé par le projet de loi n° 24 et qui prévoyait que « [l]a vente avec faculté de rachat qu'un consommateur fait d'un de ses biens à un commerçant est réputée constituer un contrat de prêt d'argent dès que le total des sommes à payer par le consommateur en vertu du contrat pour racheter le bien est supérieur au montant versé par le commerçant pour acquérir le bien. Est assimilée à une vente avec faculté de rachat, la vente d'un bien par un consommateur

42. Sur ce point, voir : N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, nos 677-686, p. 667-674.

43. *Loi édictant la Loi sur les entreprises de services monétaires*, L.Q. 2010, c. 40, Ann. 1, art. 1; voir *infra*, note 190. Dans le cas des guichets automatisés, il faut entendre spécifiquement l'exploitation de guichets de nature privée, et non exploités par des institutions financières, car ceux-là imposent des frais importants et sont susceptibles d'être sous la coupe du crime organisé.

44. *Id.*, art. 5 et suiv.

45. *Id.*, art. 4.

46. *Id.*, art. 2.

qui loue avec faculté de rachat le même bien »⁴⁷. Concrètement, cette disposition, qui reprenait intégralement l'orientation n° 30 du Document d'orientation de l'OPC, visait à corriger une pratique des prêteurs sur gages qui considéraient les contrats de prêts d'argent en échange de biens laissés en gages comme une simple vente par un consommateur avec option de rachat, contournant ainsi les dispositions de la L.p.c. qui concernent le crédit.

L'approche québécoise apparaît moins contraignante lorsqu'il est tenu compte d'une analyse comparative avec le droit canadien-anglais. En effet, il y a plusieurs années, la législature de l'Ontario a adopté une loi sur les prêteurs sur gages⁴⁸ et, plus récemment, une autre concernant le prêt sur salaire⁴⁹. Dans le premier cas, il faut noter que la loi ne vise pas que les conditions entourant l'émission du permis, mais une panoplie d'éléments comme la divulgation d'informations (dont les taux et les frais), le registre des prêteurs sur gages, le rapport quotidien à la police, l'identification du gage et l'inspection par la police⁵⁰. Dans le second cas, il est intéressant de noter que, outre la question du permis, la loi prévoit des dispositions concernant les droits et les recours des emprunteurs, les plaintes et le Fonds ontarien de sensibilisation au crédit sur salaire⁵¹.

1.2.2 Le prêt communautaire

Le microcrédit, également appelé prêt communautaire ou crédit d'entraide, fut notamment développé dans sa forme contemporaine au Bangladesh, dans le cadre d'un projet lié à la Grameen Bank, par le lauréat du prix Nobel d'économie

47. *Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, projet de loi n° 24 (présentation – 8 juin 2011), 2^e sess., 39^e légis. (Qc), art. 26.

48. *Loi sur les prêts sur gages*, L.R.O. 1990, c. P.6.

49. *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaires*, L.O. 2008, c. 9.

50. *Loi sur les prêts sur gages*, préc., note 48, art. 7, 9, 13-15.

51. *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaires*, préc., note 49, art. 38-45, 46-62 et 66-74.

Muhammad Yunus⁵². En raison de sa nature, le microcrédit s'intéresse principalement aux prêts de nature modeste accordés aux particuliers ainsi qu'aux petites et moyennes entreprises.

D'un point de vue économique, les fondements du microcrédit se conçoivent comme suit. La demande de crédit de la part des débiteurs dépasse l'offre des banquiers. Ainsi, les demandeurs excédentaires, constitués en pratique de gens défavorisés, ne réussissent pas à convaincre les banquiers de leur octroyer un emprunt. D'abord, bien qu'il existe une asymétrie d'information entre un emprunteur et un prêteur, les banquiers se trouvent dans l'impossibilité d'évaluer la capacité des demandeurs excédentaires à rembourser le prêt du fait de l'absence de connaissances à cet égard et, donc, du risque de non-remboursement⁵³. Cette asymétrie d'information peut engendrer des conséquences négatives, comme l'aléa moral⁵⁴ et l'antisélection (ou sélection adverse)⁵⁵. Ensuite, ces demandeurs excédentaires éprouvent en général de la difficulté à se procurer

-
52. Muhammad YUNUS, « The Grameen Bank », (1999) 281(5) *Scientific American* 114; Md Abul BASHER, « Promotional Role of Microcredit: Evidence from the Grameen Bank of Bangladesh », (2010) 22 *Journal of International Development* 521; T. WILLIAMS, préc., note 5, 192-196.
53. Robert J. MANN, « Verification Institutions in Financing Transactions », (1999) 87 *Geo. L.J.* 1.
54. Il s'agit du cas où une institution financière est incitée à prendre un risque, en sachant que les pertes seront couvertes par les autorités publiques et non par elle. Voir : Thierry MONTALIEU, « Les institutions de micro-crédit : entre promesses et doutes. Quelles pratiques bancaires pour quels effets? », (2002-2003) 119 *Mondes en développement* 21, 23.
55. Le lauréat du Prix Nobel d'économie 2001, Georges A. Akerlof, a démontré que dans certaines situations, une offre de produits à un prix plus bas peut produire des conséquences opposées à celles anticipées en raison de l'asymétrie d'information. À titre d'illustration, il a expliqué qu'un acheteur d'automobile d'occasion ne pouvait déterminer s'il achetait une voiture de qualité ou un citron, en raison du manque d'information, et qu'il était alors prêt à payer un prix moyen. Ainsi, au fil du temps, seuls les produits de qualités sont vendus, et non ceux de piètre qualité, éliminant les vendeurs de ces produits du marché. Voir : George A. AKERLOF, « The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism », (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488.

des garanties de paiement⁵⁶. Le coût du crédit auquel ils doivent se soumettre est donc supérieur à un coût dit optimal en des circonstances habituelles en raison du risque que ces demandeurs présentent. Les organismes de microcrédit trouvent ainsi leur raison d'être dans la nécessité de combler cette demande excédentaire. Outre les conséquences juridiques, la sanction est peut-être particulièrement lourde du point de vue économique et social⁵⁷. L'incitatif de remboursement est fondé sur l'idée que le débiteur fautif ne pouvant plus emprunter, ou très difficilement, à un taux d'intérêt avoisinant les taux très concurrentiels des microprêteurs, il doit s'en remettre à des prêteurs dont les taux dépassent parfois l'usure.

Particulièrement populaire dans les pays du Sud, le concept du microcrédit est arrivé au Nord à la suite du désintéressement par les institutions financières traditionnelles d'une strate défavorisée de la population et de l'engagement de l'État à supporter le démarrage d'entreprises⁵⁸. Ce dernier cas concerne d'ailleurs la mission de la Banque de développement du Canada⁵⁹. Au Canada, les entreprises qui offrent des solutions aux moins nantis consistent en des organismes communautaires financés par des dons de particuliers, d'entreprises, dont des institutions financières, ou parfois en partie par l'État, lequel reconnaissant ainsi leur rôle indéniable dans la société. En vertu de leur statut d'organismes à but non lucratif, elles sont constituées, au Québec,

56. Robert J. MANN, « Explaining the Pattern of Secured Credit », (1997) 110 *Harv. L. Rev.* 625; Alan SCHWARTZ, « Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories », (1981) 10 *J. Legal Stud.* 1.

57. Eric A. POSNER, « The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action », (1996) 63 *U. Chi. L. Rev.* 133; Robert C. ELLICKSON, « A Critique of Economic and Sociological Theories of Social Control », (1987) 16 *J. Legal Stud.* 67.

58. T. WILLIAMS, préc., note 5, 148.

59. Plus précisément, la mission consiste à : « Contribuer à créer et à développer des entreprises canadiennes en leur offrant du financement, du capital de risque et des services de consultation, avec une attention particulière sur les PME » : BANQUE DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, « Aperçu », 2013, en ligne : <http://www.bdc.ca/FR/a_propos/apercu/Pages/apercu.aspx>.

selon les formes juridiques de l'association⁶⁰ ou en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*⁶¹, et au Canada, en vertu de la *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*⁶².

Les caractéristiques du microcrédit peuvent se résumer comme suit. En premier lieu, ce crédit d'entraide est d'un montant relativement faible, habituellement de 500 \$ à 1 500 \$. Il est généralement remboursable sur un terme de douze ou de vingt-quatre mois, et il peut être renouvelable. Comme le souligne la professeure Williams, l'avantage de l'octroi d'une série de prêts à court terme, au lieu d'un prêt d'une plus longue échéance, est de contrôler le surendettement du débiteur et de lui inculquer l'importance du remboursement afin d'éviter les défauts de paiement⁶³. En deuxième lieu, le public cible est composé d'emprunteurs qui font partie d'une couche sociale défavorisée (financièrement) de la société. À cet égard, les études démontrent qu'une majorité de femmes constituent l'emprunteur type, en particulier dans les pays du Sud⁶⁴. En troisième lieu et d'une manière générale, les emprunteurs sont des entrepreneurs qui désirent développer un projet d'affaires, aussi modeste soit-il. Cette caractéristique concerne les pays du Sud et du Nord. L'argent investi par les prêteurs a donc pour objet un retour sur investissement. Enfin, notons en quatrième et dernier lieu, la présence marquée du crédit d'entraide communautaire (*peer lending*). Les prêts sont alors effectués dans une communauté spécifique. Typiquement, un groupe de membres d'une communauté peut vouloir investir une somme d'argent en la prêtant à d'autres membres de la communauté.

Cette dernière forme de prêt communautaire a maintenant transité vers le réseau Internet. Alors que la question du microcrédit est largement documentée, il en va tout autrement de sa variante technologique. La seconde partie de ce texte est

60. C.c.Q., art. 2267 et suiv.

61. RLRQ, c. C-38.

62. L.C., 2009, c. 23.

63. T. WILLIAMS, préc., note 5, 157.

64. *Id.*, 158-160. Voir *a contrario* : T. MONTALIEU, préc., note 54.

consacrée à la présentation des diverses formes de paiements entre particuliers par Internet et de leurs enjeux réglementaires.

2. LE FINANCEMENT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET

Le financement par Internet doit être entendu comme une évolution et non une révolution. La typologie des prêts, exposée ci-dessous, démontre bien les similitudes entre ceux-ci et le concept de prêt social, exposé en première partie de ce texte. Seul le médium s'est modernisé, les techniques demeurant essentiellement les mêmes. Il est intéressant de noter que cette forme de prêt n'a pas été happée par la crise financière de 2007-2009, évitant ainsi les resserrements du crédit qu'ont vécus les emprunteurs auprès d'institutions financières.

Nous étudions d'abord les caractéristiques du prêt entre particuliers par Internet (2.1) pour ensuite envisager le cadre réglementaire (2.2).

2.1 Les caractéristiques du prêt entre particuliers

Les prêts entre particuliers se présentent sous plusieurs formes, allant du simple prêt au prêt à but non lucratif, en passant par les prêts aux enchères. Nous avons regroupé ces prêts en quatre catégories (2.1.1). Par la suite, nous proposons de déterminer la nature et les risques de ces prêts virtuels (2.1.2).

2.1.1 La typologie des prêts

Même si les transactions désignées comme prêts entre particuliers ont connu une première expansion vers le début des années 2000, elles ne semblent pas à première vue révolutionnaires⁶⁵. D'une part, elles reposent sur un mécanisme datant de plusieurs siècles : le prêt d'argent ou le crédit. Et du

65. Eric C. CHAFFEE et Geoffrey C. RAPP, « Regulation Online Peer-to-Peer Lending in the Aftermath of Dood-Frank: In Search of an Evolving Regulatory Regime for an Evolving Industry », (2012) 69 *Wash. & Lee L. Rev.* 485, 496-501.

point de vue juridique, le prêt d'argent, même s'il peut revêtir plusieurs formes, reste dans son mécanisme de base bien connu du législateur et des juristes. D'autre part, ce type de prêt semble avoir emprunté la voie d'un retour aux sources, soit le recours au prêt d'argent direct d'une personne à une autre personne sans passer par l'intermédiaire traditionnel, c'est-à-dire une institution financière⁶⁶. Un autre élément renforce l'idée d'un retour aux sources : le recours que fait une personne à une communauté afin d'obtenir un prêt d'argent. À première vue, le prêt entre particuliers par Internet, à défaut d'être révolutionnaire, semble donc tenir de la mise au goût du jour ou de la réactualisation d'une opération traditionnelle⁶⁷.

Il importe toutefois de dépasser cette première impression afin de voir les changements inhérents au prêt entre particuliers et de mesurer par la même occasion son apport au domaine de la finance en général, certains y ayant même vu un changement majeur. L'innovation réside dans l'espace dans lequel ces opérations de prêt se déroulent : le réseau Internet. Celui-ci contribue à élargir la notion de communauté qui est désormais ouverte sur le monde. Et dans le même sens, il y a le passage du Web 1.0 au Web 2.0, c'est-à-dire le passage d'un réseau qui confine les internautes à une attitude passive à un espace favorisant une interaction des internautes. En cela, le prêt entre particuliers combine deux éléments caractéristiques du Web 2.0 : la mise à contribution ou la collaboration des internautes et le recours aux échanges entre particuliers ou qui s'illustrent de façon plus marquante dans les échanges de fichiers musicaux⁶⁸.

66. Juridiquement, le dépôt d'une somme d'argent fait par le client d'une banque dans un compte bancaire constitue un prêt à la banque. Dès lors, la banque est libre de disposer de ces fonds, sous réserve du remboursement sur demande ou à l'échéance. La banque peut alors prêter en son propre nom à d'autres clients : N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *préc.*, note 25, n° 1.15, p. 65-68.

67. Dans plusieurs pays où le système bancaire n'est pas développé, le recours aux amis et à la communauté demeure encore le seul moyen permettant d'emprunter des sommes d'argent.

68. Seth A MILLER, « Peer-to-Peer Distribution: An Analysis of Design, Liability, Litigation, and Potential Solutions », (2006) 25 *Review of Litigation* 181.

Ce mouvement du prêt traditionnel vers le Web, s'il pouvait paraître simple au départ, s'est complexifié, soulevant des questions juridiques tout aussi délicates.

Dès les débuts du prêt entre particuliers, plusieurs y ont vu une menace ou du moins une concurrence aux institutions financières dans leurs activités de prêt. Le terme désintermédiation a été utilisé pour désigner la philosophie sous-jacente aux initiateurs de ce type de prêt⁶⁹. Des individus pouvaient désormais prêter à d'autres individus sans passer par l'intermédiaire des banques. Les premières plates-formes parlaient de prêts entre particuliers et s'inscrivaient résolument à l'extérieur du circuit bancaire. Le développement ultérieur de ce type de prêt permet de nuancer de telles affirmations tant du point de vue de la limitation aux seuls particuliers que de l'exclusion des banques du processus de prêts entre particuliers.

Même s'il précède quelque peu la dernière crise financière puisque certains sites Internet datent de 2005, l'intérêt pour les sites de prêt s'est accru avec le resserrement des conditions du crédit à la suite de cette crise financière. De sorte que le prêt entre particuliers par Internet a pu bénéficier à la fois du regain d'intérêt pour les réseaux sociaux à l'ère de ce Web 2.0 et de la méfiance envers les institutions financières exacerbée par la crise du crédit.

Malgré l'apparence simple de l'idée de base du crédit entre particuliers, l'étude de ce type d'opération présente des difficultés du point de vue de son encadrement juridique. Une des difficultés tient au fait qu'il existe plusieurs modèles de prêts entre particuliers⁷⁰. Cette étude ne prétend d'ailleurs pas faire une

69. Steven L. SCHWARCZ, « Disintermediating Avarice: A Legal Framework for Commercially Sustainable Microfinance », (2011) 4 *U. Ill. L. Rev.* 1165; Sven C. BERGER et Fabian GLEISNER, « Emergence of Financial Intermediaries on Electronic Markets: The case of Online P2P Lending », (2009) 2 *Official Open Access Journal of VHB* 39.

70. Certains auteurs ont identifié deux principaux modèles, voir : Hervé JACQUEMIN, « Peer-to-Peer Lending and Consumer Protection within European Law », dans K. Vidyullatha REDDY, Vijender KUMAR et V.

description de tous les modèles possibles et disponibles. Cette diversité de modèles ne rend pas toujours aisé l'encadrement juridique de ce type de crédit. De plus, les différents modèles pris individuellement sont, à l'image du réseau Internet, soumis à une constante évolution, ce qui constitue un défi pour le législateur dans l'encadrement de ces activités. Dès lors, avant d'envisager les questions juridiques soulevées par ces opérations, la description du prêt entre particuliers revêt une importance capitale afin de saisir la véritable nature juridique de cette opération et de déterminer le régime juridique qui pourrait s'appliquer au prêt entre particuliers. Nous esquissons ci-dessous les quatre modèles empruntés par le prêt entre particuliers⁷¹.

Le premier modèle se matérialise par le prêt simple. Dans son fonctionnement le plus élémentaire, le prêt entre particuliers, dénommé aussi prêt social, consiste en un prêt octroyé par un individu à un autre individu par le biais d'une plate-forme électronique qui, à défaut de mettre le prêteur et l'emprunteur directement en contact, leur sert d'intermédiaire. Dans le cadre de ce prêt, le prêteur et l'emprunteur n'ont, en général, pas vocation à se rencontrer virtuellement, encore moins physiquement. Les personnes qui désirent emprunter des sommes d'argent sont invitées à s'inscrire sur la plate-forme électronique en dressant leur profil. Celui-ci indique, entre autres, l'emploi occupé par le demandeur, ses revenus, les raisons de la sollicitation de ce prêt, etc. En ce qui concerne la demande de prêt en tant que telle, elle doit mentionner le montant sollicité, l'échéance du prêt et les informations permettant à la plate-forme de s'enquérir de dossier de crédit de l'emprunteur. Il importe de préciser que ces informations ne sont pas accessibles aux prêteurs, l'emprunteur

Balakista REDDY (dir.), *Global Perspectives in Consumer Law*, Hyderabad, S. Gogia & Co.: NALSAR University of Law, 2013, p. 154, à la page 155; Howard M. FRIEDMAN, *Securities Regulation in Cyberspace*, 3^e éd., New York, Aspen Publishers Inc., 2013 (feuilles mobiles).

71. Sur le fonctionnement des différents modèles, voir : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 491-501; Andrew VERSTEIN, « The Misregulation of Person-to-Person Lending », (2011) 45 *U.C. Davis L. Rev.* 445, 451-457; Jack R. MAGEE, « Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving After Dodd-Frank », (2011) 15 *North Carolina Banking Institute* 146-149.

demeurant anonyme pour ces derniers. Les informations fournies ne sont destinées qu'au gestionnaire de la plate-forme intermédiaire. Elles lui permettent, d'une part, de s'assurer que le demandeur du prêt est admissible à soumettre une telle demande. En effet, malgré l'accès planétaire à la plate-forme, la plupart de ces sites sont tenus, à cause des exigences réglementaires, de réserver leurs services aux seuls ressortissants du pays d'origine de la plate-forme⁷². Les informations fournies par le demandeur du prêt permettent, d'autre part, de procéder à la vérification de son dossier de crédit et de lui attribuer une note sous forme de lettre témoignant de la qualité du dossier. Le taux d'intérêt, qui sera exigé pour son prêt, est tributaire de cette qualité du dossier de crédit, les meilleurs dossiers bénéficiant des taux d'intérêt les plus bas⁷³. La note accordée au dossier de crédit de l'emprunteur et le taux d'intérêt sont par contre accessibles aux prêteurs et sont déterminants dans leurs décisions et leur choix quant à la personne qu'ils veulent financer⁷⁴. Plusieurs prêteurs peuvent financer un seul prêt, c'est-à-dire prêter à un même emprunteur, de même qu'une personne peut prêter à plusieurs emprunteurs; ce qui permet dans les deux cas de minimiser le risque en le mutualisant⁷⁵.

Le deuxième modèle de prêt entre particuliers procède en grande partie de la même manière que le prêt simple à la différence qu'il recourt à des enchères. Un éventuel emprunteur peut faire part de sa demande de prêt via le site Internet. Il indiquera par la même occasion le taux d'intérêt maximum qu'il souhaite obtenir. Les enchères sont alors ouvertes afin que différents prêteurs soumettent les taux auxquels chacun d'eux acceptera de financer une portion de ce prêt⁷⁶. « After a few days, the process is closed and, if the borrower accepts the offered rate,

72. Au Canada, la plate-forme CommunityLend, avant sa fermeture aux prêts entre particuliers, avait limité son usage aux seuls ressortissants de l'Ontario.

73. H. JACQUEMIN, préc., note 70, à la page 154.

74. *Id.*

75. *Id.*

76. *Id.*

the agreement can be concluded. Only the best offers of lending (with lowest rates) get the loan »⁷⁷.

Dans tous les cas, les montants sont rendus disponibles par la plate-forme via les comptes bancaires des prêteurs, la plate-forme procède alors au transfert dans le compte bancaire de l'emprunteur et crédite ensuite les comptes des prêteurs des paiements périodiques effectués par l'emprunteur en prenant soin de prélever le montant de sa commission⁷⁸. Des frais sont dus à la fois par les emprunteurs et par les prêteurs⁷⁹.

Le troisième modèle s'illustre à travers la plate-forme américaine Kiva. Celle-ci se spécialise dans les prêts sans intérêt. Elle se démarque des autres plates-formes de prêts entre particuliers en ligne, par cette dimension sans but lucratif, mais aussi en mettant l'accent, sans être exclusif, sur le financement du microentrepreneuriat⁸⁰. Il importe toutefois de préciser que si le prêteur et la plate-forme Kiva n'espèrent aucun intérêt sur la somme prêtée, les intérêts ne sont pas totalement exclus de l'opération⁸¹. L'emprunteur doit rembourser le capital et les intérêts. En effet, Kiva permet précisément à des personnes de prêter des sommes d'argent à des petits entrepreneurs situés en grande partie dans les pays en développement⁸². Pour ce faire, les

77. *Id.*, à la page 155.

78. En général, cette commission peut être fixée à 1 % du montant du prêt.

79. Selon Jacquemin, l'emprunteur est tenu de payer des frais fixes tandis que le prêteur doit payer annuellement un pourcentage déterminé du montant qu'il a prêté : H. JACQUEMIN, préc., note 70, à la page 155.

80. Molly BEUTZ LAND, « Networked Activism », (2009) 22 *Harvard Human Rights Journal* 216, 220.

81. Raj M. DESAI et Homi KHARAS, « Democratizing Foreign Aid : Online Philanthropy and International development Assistance », (2010) 42 *International Law and Politics* 1126, 1129.

82. UNITED STATES GENERAL ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-11-613, « Person-to-Person Lending: New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows », Juillet 2011, p. 14, en ligne : <<http://www.gao.gov/new.items/d11613.pdf>> [GAO]: « Kiva partners with a few microfinance institutions in the United States that provide loans and financial education to domestic borrowers with low incomes, women, minorities, and immigrants. However, most of the microfinance institutions that receive

personnes désirant prêter des sommes d'argent doivent tout d'abord s'inscrire sur le site Internet de Kiva. Cette inscription leur permet d'avoir un compte sur la plate-forme. Kiva offre le choix au prêteur de demeurer anonyme ou de voir la plate-forme dresser son profil et le mettre en ligne à partir des informations qu'il a fournies lors de son inscription (nom et adresse courriel). Les demandes de prêts provenant de microentrepreneurs sont affichées sur le site Internet de Kiva. Il revient alors à chaque personne désirant prêter des sommes d'argent de parcourir le site afin de choisir les personnes dont elle souhaite financer le projet. Dès que Kiva a rassemblé les sommes d'argent pour un entrepreneur bien précis, la plate-forme prête ces sommes d'argent sans intérêt à une institution financière spécialisée dans la microfinance. Cette institution financière est un « partenaire » de Kiva situé dans le pays de l'entrepreneur⁸³. C'est cette institution financière qui prête en dernier ressort et avec intérêts au microentrepreneur. C'est également auprès de cette institution que ce dernier devra effectuer le remboursement du prêt selon les conditions convenues pour les différents versements. Dès lors, la tâche de l'évaluation de la solvabilité du microentrepreneur et de la détermination des conditions du prêt est transférée à l'institution financière locale. Toutefois, le défaut de paiement d'un microentrepreneur ou toute autre défaillance sont entièrement supportés par les internautes prêteurs. Un tel risque semble moins préoccupant dans le cadre de cette plate-forme compte tenu de sa philosophie de base, soit les prêts sans intérêt et surtout parce que plusieurs prêteurs sont motivés par l'idée d'aider des personnes de pays en développement à améliorer leur qualité de vie. Selon les responsables de Kiva, plusieurs internautes omettent couramment d'encaisser les montants remboursés. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir plusieurs personnes utiliser les montants remboursés pour refinancer d'autres microentrepreneurs via la plate-forme Kiva. Il faut noter enfin que la plate-forme Kiva met les institutions financières locales à

funding through Kiva are located outside the United States and lend to borrowers abroad ».

83. Selon le rapport du GAO, Kiva fait affaire avec près de 130 entreprises spécialisées dans la microfinance situées dans différents pays : *id.*, p. 14.

contribution afin d'obtenir des informations sur les microentrepreneurs et sur leurs projets, qui sont ensuite rendues disponibles sur le site de Kiva pour consultation par d'éventuels prêteurs⁸⁴.

Lorsque l'entrepreneur procède au remboursement du prêt par versements des montants périodiques convenus, les intérêts payés sur ces sommes d'argent et tout autre frais reliés sont conservés par l'institution financière locale. Le remboursement des sommes prêtées à l'institution financière par Kiva doit se faire au fur et à mesure de ces versements périodiques effectués par l'entrepreneur local. Il faut rappeler que ces paiements périodiques à Kiva sont faits sans intérêt. À la fin de ce processus se trouve la plate-forme Kiva qui se charge de rembourser chacun des internautes en proportion de sa part dans le montant prêté.

Le quatrième modèle est le plus complexe et fait cohabiter l'idée de base, soit le prêt, avec la vente de titres financiers à des investisseurs. Deux sites majeurs aux États-Unis ont adopté ce modèle⁸⁵. Il s'agit de Prosper et de Lending Club qui se distinguent forcément de Kiva par la recherche du profit à la base de la démarche des « prêteurs » qui recourent à leurs plates-formes. Ces deux plates-formes ont développé un modèle qui maintient l'idée de base du prêt entre particuliers, mais qui y ajoute des variantes qui contribuent à complexifier cette opération. Une personne détenant des montants à « prêter » va accéder à la plate-forme et acquérir des billets à ordre (*notes*). Selon le General Accountability Office, dont le mandat découle de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Act*⁸⁶, ces billets sont directement liés à des prêts et le rendement de ces billets, c'est-à-dire le remboursement du capital du prêteur et les intérêts qu'il pourrait obtenir, sera fonction du remboursement effectué par l'emprunteur⁸⁷.

84. *Id.*, p. 15.

85. La configuration de ce modèle serait consécutive aux exigences de la SEC aux États-Unis.

86. Pub. L. No 111-203, par. 989F, 124 Stat. 1947, 5 U.S.C. app. 3 par. 11 (2010) [Dodd-Frank Act].

87. GAO, préc., note 82, p. 7.

Ces sites américains se posent comme des intermédiaires entre un prêteur et un emprunteur dans un processus de prêt dont la complexité s'éloigne quelque peu de l'idée de base du prêt fait par un particulier à un autre particulier si caractéristique des réseaux sociaux à l'ère du Web 2.0. Le processus provient de la demande d'une personne qui désire obtenir un prêt et d'une autre personne qui souhaite faire fructifier son argent. La première étape de ce processus consistera à faire partie des membres de l'une de ces deux plates-formes via une inscription sur leur site Internet. Cette démarche s'effectue dans le respect de l'anonymat tant du prêteur que de l'emprunteur puisqu'ils s'inscrivent sous des pseudonymes⁸⁸. L'information fournie sert moins à l'identification d'une partie par l'autre partie qu'à évaluer « l'éligibilité » de ces deux parties aux transactions ou aux opérations réalisées sur ces deux plates-formes. Les informations auxquelles les prêteurs accèdent et qui les guident dans leurs décisions de financer tel ou tel prêt concernent essentiellement le revenu de l'emprunteur et les fins pour lesquelles un prêt est sollicité⁸⁹. Quant aux conditions d'éligibilité, elles peuvent, en ce qui concerne les deux plates-formes américaines Prosper et Lending Club, se résumer ainsi :

At a minimum, registred lenders or borrowers must be US citizens or permanent residents who are at least 18 years old with a valid bank account and a valid Social Security number. Prosper and LendingClub compare the applicant's name, Social Security number, address, telephone number, and bank account information against consumer reporting agency records and other antifraud and identity verification database⁹⁰.

Il faut ajouter que l'admission de tout emprunteur est soumise à la condition d'une note minimale du dossier de crédit (*creditworthiness*)⁹¹. Quant au prêteur, les exigences qu'il doit

88. *Id.*, p. 10.

89. *Id.*, p. 12.

90. *Id.*, p. 10, n. 27.

91. Au moins 640 pour Prosper et 660 pour Lending Club : *id.*, p. 10-11.

satisfaire se rapportent à sa capacité financière globale, c'est-à-dire qu'il doit prouver qu'il dispose des fonds nécessaires⁹².

Au-delà de ces conditions d'éligibilité générales, il importe d'envisager le processus de prêt tel que prévu par les deux principales plates-formes américaines. Sur le modèle du prêt traditionnel, le processus est enclenché à la suite d'une demande de prêt remplie par le futur emprunteur. Outre le montant sollicité, l'emprunteur peut fournir des informations, notamment, celles sur ses revenus et les raisons qui motivent sa demande de prêt. À cet égard, ces plates-formes américaines ne se distinguent pas des autres modèles de prêt entre particuliers. Les plates-formes, même si elles se présentent comme des intermédiaires entre le prêteur et l'emprunteur, jouent un rôle déterminant qui résulte en plusieurs niveaux d'implication dans toute l'opération. Tout d'abord, il leur revient d'examiner et d'approuver les demandes de prêt. À l'image des institutions financières, cet examen est complété sur la base du dossier de crédit du demandeur du prêt – ces institutions financières peuvent pour ce faire avoir recours aux notations des agences de crédit telles que Equifax ou TransUnion – et sur ses revenus et ses dépenses. Cet examen permet à la plate-forme de classer les demandes de prêt en leur attribuant des lettres et des taux d'intérêt équivalant. Les emprunteurs présentant un meilleur dossier de crédit verront ainsi leur demande bénéficier d'un meilleur taux d'intérêt.

Outre l'approbation et le classement des demandes de prêts, il revient aux plates-formes de créditer les comptes bancaires des différents emprunteurs des sommes qui leur sont prêtées, ce qui leur permet d'en prélever leur commission. Cette commission, dont le montant peut varier selon la plate-forme

92. *Id.*, p. 11. Selon ce rapport, des exigences sont imposées à cet égard aux prêteurs, soit par la plate-forme, soit par les autorités chargées de la réglementation des valeurs mobilières. Ainsi, Prosper, fixe un montant maximum qui peut être globalement prêté ou investi par le biais de la plate-forme. Ce montant s'élève à 5 millions de dollars pour un individu et à 50 millions de dollars pour un investisseur institutionnel. Quant à la plate-forme Lending Club, « a LendingClub lender can invest no more than 10 percent of that lender's total net worth »: *id.*, p. 11.

considérée, équivaut généralement à 1 % du montant qui est prêté. La plate-forme a également la charge de collecter les paiements mensuels effectués par les emprunteurs et à la possibilité de recourir à des agences de recouvrement⁹³.

En ce qui concerne le processus de prêt en tant que tel, il importe de noter qu'à la suite de l'examen des demandes de prêt par la plate-forme, celle-ci publie les demandes de prêts et les montants acceptés sur son site Internet. Outre le montant du prêt approuvé, le taux d'intérêt qui a été déterminé pour ce prêt et la lettre servant à classer la demande de prêt sont également publiés sur le site Internet. Cette liste de demandes de prêts approuvés est un élément essentiel dans la démarche des éventuels prêteurs. Le rapport du United States Government Accountability Office souligne que : « [l]enders may scroll through approved loan listings manually to select which loans to fund, or they may build a portfolio based on their preferred criteria, such as loan characteristics (e.g., amount, term, interest rate) or borrower characteristics (e.g., location, number and balance of credit lines, length of employment). Lenders may also use automated portfolio building tools, offered by both platforms, that allow lenders to search for loans using criteria defined by the platforms, such as credit quality, average annual interest rate, or a combination of these characteristics »⁹⁴. Un nouvel outil de recherche utilisé par Prosper permet au prêteur d'établir préalablement ses critères en matière d'investissement. Dès lors, cet outil de recherche permettra de dresser une liste des opérations de prêt correspondant à ses critères⁹⁵.

Les deux plates-formes américaines utilisent les termes « emprunteur » et « prêteur » laissant croire à un prêt accordé par ce dernier et qu'elles sont les intermédiaires qui rendent

93. Il ressort du rapport du GAO que la mise des sommes prêtées à la disposition des emprunteurs, la « collecte » des paiements mensuels et la décision de recourir à une agence de recouvrement appartiennent exclusivement à la plate-forme : *id.*, p. 13-14.

94. *Id.*, p. 12-13.

95. *Id.*, p. 13, n. 30.

disponible cette somme d'argent à l'emprunteur. En réalité, la plate-forme agit en tant qu'intermédiaire, mais le prêt à l'emprunteur est effectué par une banque dénommée WebBank, qui est membre de la Federal Deposit Insurance Corporation⁹⁶. Aucune somme n'est donc prêtée directement par le créancier. Aussi, si l'on revient au début de ce processus, il y a différents prêteurs procédant individuellement, par exemple, à la sélection d'un prêt en particulier que chacun d'eux aimerait financer. Ces prêteurs acquerront des billets à ordre correspondant à ce prêt auprès de la plate-forme. Dès lors, la WebBank versera le montant du prêt à l'emprunteur et se fera rembourser par la plate-forme à partir du produit de la vente des billets à ordre⁹⁷. Ce remboursement de la banque la met à l'abri d'un éventuel défaut de paiement de l'emprunteur et la libère de tout lien tant matériel que juridique avec ce prêt⁹⁸. Il est alors bien entendu que le rendement des billets à ordre achetés par les prêteurs et le retour espéré de cet investissement seront fonction du remboursement du prêt par l'emprunteur. Cela pourrait laisser entendre que le prêt est fait par les prêteurs puisqu'ils en supportent ultimement le risque de non-remboursement. Les paiements mensuels liés à ce prêt, seront faits auprès de la plate-forme, qui après avoir prélevé sa commission, versera les montants aux différents détenteurs des billets à ordre reliés au prêt en question et en y ajoutant les intérêts⁹⁹.

Les opérations réalisées via ces deux plates-formes américaines, bien que s'inscrivant dans l'esprit du prêt entre particuliers, semblent s'éloigner du crédit entre particuliers dans le cadre d'un réseau social. D'une part, se pose avec acuité la question de la qualification de ces plates-formes. Peut-on

96. *Id.*, p. 13; P. SLATTERY, préc., note 6, 240.

97. La banque, selon les termes du rapport du GAO, vend le prêt à la plate-forme en retour du produit de vente des billets à ordre liés à ce prêt auprès des prêteurs ou investisseurs : *id.*

98. « WebBank officials said that the bank does not have long-term ownership of the loans and does not bear the risk of nonpayment. Rather, they noted that, due to the nature of the platforms, the risk of nonpayment is transferred (through the notes) to the lenders » : *id.*, p. 13.

99. *Id.*, p. 12 (voir le schéma).

continuer à qualifier de prêt une série d'opérations qui se résument essentiellement à des transactions de vente et d'achat de billets à échéance et pour lesquelles la plate-forme perçoit des commissions? Il apparaît clairement qu'un emprunteur est présent dans l'opération; les « prêteurs » se rapprochent davantage de la notion d'investisseur puisqu'ils ne prêtent pas directement de l'argent à cet emprunteur, ce qui pose la question de la qualification juridique de cette transaction. Cela laisse présager plusieurs possibilités tant les opérations décrites ci-dessus semblent présenter des particularités laissant entrevoir la possibilité de l'existence de produits financiers proches de l'investissement plutôt que du prêt entre particuliers. D'autre part, ces deux plates-formes américaines, tel que le montre le rapport du GAO¹⁰⁰, font appel à des prêteurs qui sont en grande partie des particuliers, mais cette activité suscite de plus en plus l'intérêt des investisseurs institutionnels qui agissent comme prêteurs. Cette évolution met à mal une fois de plus l'idée du prêt entre particuliers et rend encore plus difficile la démarche d'une qualification juridique générale. Enfin, les prêts réels sont réalisés par des banques, rendant illusoire l'idée d'une désintermédiation annoncée par les premiers acteurs du prêt entre particuliers. Toutefois, l'esprit de communautarisme n'est pas totalement absent, car il est possible pour un emprunteur d'obtenir un prêt de la part d'un groupe d'intérêt particulier en raison d'affinités géographiques ou professionnelles, par exemple¹⁰¹.

2.1.2 La nature et les risques du prêt entre particuliers

La mission d'une banque consiste fondamentalement à recevoir les dépôts de ses clients et à prêter de l'argent. Les autres opérations bancaires s'articulent généralement autour de ce concept. Ainsi, un prêt bancaire à un particulier, ou à une entreprise, nécessite un processus en deux temps. Dans un premier temps, la banque doit amasser des fonds afin de pouvoir les prêter. Les fonds proviennent de plusieurs sources : les dépôts

100. *Id.*, p. 8, n. 21.

101. P. SLATTERY, préc., note 6, 239.

des particuliers et des entreprises; les emprunts à long terme, comme les actions de l'institution émises au public (ou les parts sociales, pour une caisse populaire); les emprunts à court terme, tels les titres financiers émis sur le marché monétaire, que ce soit des papiers commerciaux ou des acceptations bancaires (*bankers acceptance*). Dans un second temps, la banque peut alors effectuer des opérations de prêt à un particulier ou à une entreprise. La banque agit donc comme un intermédiaire dans le processus du prêt. Les fonds déposés par les clients de la banque dans leurs comptes sont qualifiés juridiquement de prêts. Par conséquent, la banque est libre de disposer de ces fonds comme elle l'entend. Elle peut ainsi prêter les fonds à d'autres clients.

Bien que les modèles de prêts entre particuliers qui sont exposés dans la section précédente diffèrent à plusieurs égards, comme nous le verrons ci-après, il faut souligner une constante. Le prêt entre particuliers requiert un intermédiaire qui joue un rôle semblable à celui d'une banque, soit d'amasser des fonds dans le but de les prêter. La nuance réside dans le fait que la plate-forme ne fait que collecter les fonds auprès d'internautes pour les distribuer à d'autres internautes sans en devenir propriétaire. Elle n'est donc qu'un intermédiaire qui permet une rencontre virtuelle entre les particuliers par le biais de cette plate-forme. Sous réserve des nuances inhérentes à chacun des modèles de prêt, cet intermédiaire semble agir comme un prestataire de services.

De plus, les risques intrinsèques à ce type d'opération soulèvent des interrogations sur sa nature juridique en tant que prêt. En effet, le prêt de sommes d'argent, parce qu'il dépend en grande partie de la solvabilité de l'emprunteur et du remboursement que ce dernier doit effectuer, reste une activité risquée. Le prêt entre particuliers par Internet n'y échappe pas¹⁰², car il dépend essentiellement de la capacité de rembourser de l'emprunteur. Le prêteur s'expose alors au risque de perte de la

102. Sur l'ensemble des risques reliés au prêt entre particuliers sur Internet, voir : GAO, préc., note 82, p. 18-23; *Id.*, p. 245-251; A. VERSTEIN, préc., note 71, 466-475; E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 505-507.

totalité de la somme déboursée et des intérêts espérés en cas de défaillance ou d'insolvabilité de l'emprunteur, car ces prêts ne bénéficient d'aucune garantie personnelle ou réelle. Conformément aux exigences légales américaines qui imposent une divulgation des risques, les prospectus publiés par Lending Club¹⁰³ et Prosper¹⁰⁴ soulignent ce caractère particulièrement risqué des prêts offerts via leurs plates-formes. Ils précisent que toute personne qui souhaite prêter via ces plates-formes devrait ainsi s'attendre à perdre la totalité de la somme déboursée. Il est vrai que l'idée de fractionner la somme d'argent prêtée en plusieurs petits montants par plusieurs prêteurs vise à minimiser le risque lié à ce type de prêt. Mais cette façon de procéder a corrélativement pour conséquence de mener à une distribution de tout remboursement effectué par l'emprunteur entre ce groupe de prêteurs au prorata de la somme déboursée par chacun d'eux. De plus, en cas de défaillance d'un emprunteur, le remboursement partiel effectué sera amputé des frais perçus par la plate-forme de prêts et de toute somme engagée en vue d'obtenir ce remboursement, grâce au recours notamment à une agence de recouvrement, avant toute distribution entre les prêteurs.

Si le risque de crédit que nous venons d'énoncer n'est pas en soi spécifique au prêt effectué via les plates-formes électroniques, ce type de prêt présente tout de même un risque additionnel. Dans le prêt entre particuliers en ligne, les participants dépendent de la plate-forme à plusieurs égards, s'exposant aux risques liés à la défaillance de cette dernière. C'est elle qui est chargée tout d'abord d'évaluer la solvabilité des emprunteurs. Elle recourt pour cela, certes, aux agences de crédit, mais ces plates-formes reconnaissent que ces informations

103. LENDING CLUB, « \$1,000,000,000 Member Payment Dependent Notes », Registration no. 333-177230, 30 avril 2013, p. 13-47, en ligne : <https://www.lendingclub.com/fileDownload.action?file=Clean_As_Filed_20130430.pdf&type=docs>.

104. PROSPER MARKETPLACE, INC. et PROSPER FUNDING LLC, « \$500,000,000 Borrower Payment Dependent Notes », Registration Statement Nos. 333-179941 and 333-179941-01, 7 février 2014, p. 20-47, en ligne : <http://www.prosper.com/Downloads/Legal/Prosper_Prospectus_2014-02-07.pdf>.

pourraient ne pas être suffisamment fiables et ne pas refléter la situation réelle d'endettement des emprunteurs. Elles ne s'engagent pas à vérifier les informations liées au dossier de crédit de l'emprunteur¹⁰⁵. Pire encore, ces informations qui permettent d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur ne sont pas accessibles au prêteur, pourtant présenté comme le créancier ultime de l'obligation encourue par l'emprunteur. En outre, certaines plateformes ne procèdent à aucune vérification de l'information fournie par les emprunteurs sur leurs sites Web¹⁰⁶. Aussi reconnaissent-elles la présence potentielle de fraudes relatives à l'identité des emprunteurs. Les plateformes ont également la responsabilité de collecter les montants remboursés, en ayant recours, si nécessaire, à des agences de recouvrement, et de les rendre disponibles aux prêteurs alors vulnérables à toute défaillance de la plate-forme. Compte tenu de la courte durée de vie de plusieurs plateformes de prêts et malgré les mesures prises par ces dernières pour que le prêteur obtienne ses fonds, le risque demeure d'une perte totale ou partielle des montants déboursés¹⁰⁷.

Contrairement à ce que sa désignation peut laisser présager et comme présenté ci-dessus dans la typologie de ces prêts, le créancier ne prête pas directement à l'emprunteur : la plate-forme s'interpose. Le prêteur ne dispose donc d'aucun recours contre l'emprunteur et ne peut le poursuivre pour obtenir le remboursement du prêt. Les plateformes s'engagent d'ailleurs à préserver l'anonymat de l'emprunteur, privant le prêteur de tout lien avec ce dernier. Tout recours juridique contre l'emprunteur ne peut donc être exercé que par la plate-forme, même dans le cas où elle ne participe pas au financement du prêt et qu'elle ne sert que d'intermédiaire. Cette situation laisse ainsi planer quelques doutes

105. LENDING CLUB, « \$1,000,000,000 Member Payment Dependent Notes », préc., note 103, p. 15.

106. Le prospectus de Lending Club précise ainsi que « we do not verify a borrower member's stated tenure, job title, home ownership status or intention for the use of loan proceeds, and the information borrower member's (sic) supply may be inaccurate or intentionally false », *id.*, p. 15.

107. Une section entière du prospectus de Lending Club est consacrée au risque lié à Lending Club et à sa plate-forme de prêts : *id.*, p. 20-27.

sur la nature même du prêt entre particuliers par Internet, car le prêt crée une obligation de l'emprunteur envers le prêteur¹⁰⁸. Le recours à la notion de prêt semble reposer ici sur l'obligation ultime de remboursement qui pèse sur l'emprunteur en ligne et sur le fait que la possibilité pour le prêteur d'obtenir la somme déboursée dépend essentiellement de ce remboursement.

Il nous apparaît plausible de considérer que, de manière générale et sous réserve de ce qui suit, cette transaction fait cohabiter au moins deux opérations du point de vue juridique : un investissement et un prêt. Aux fins de notre analyse, nous envisageons l'encadrement juridique du prêt entre particuliers par Internet en deux étapes successives, selon chacune de ces possibilités¹⁰⁹.

2.2 L'encadrement juridique du prêt entre particuliers

Les prêts entre particuliers par Internet se composent de deux phases que sont l'investissement et le prêt, chacune requérant un encadrement qui lui est bien spécifique. Il est généralement convenu que la phase d'investissement est encadrée par la régulation qui concerne les valeurs mobilières, comme l'a déjà suggéré une décision du Bureau de décision et de révision¹¹⁰ (2.2.1). L'activité de la phase de prêt est, par contre, encadrée par la réglementation qui concerne le prêt d'argent et la protection des renseignements personnels (2.2.2).

2.2.1 La première phase : l'investissement

Il faut préciser d'emblée qu'envisager les prêts entre particuliers sur Internet sous le seul angle de l'investissement peut sembler réducteur, bien que tous les modèles présentés

108. Au Québec, l'article 2314 C.c.Q. définit le prêt comme « le contrat par lequel le prêteur remet une certaine quantité d'argent [...] à l'emprunteur, qui s'oblige à lui en rendre autant, de même espèce et qualité, après un certain temps ».

109. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65.

110. *Autorité des marchés financiers c. IOU Central inc.*, 2008 QCBDRVM 7.

procèdent d'abord par la voie d'un investissement. Les activités des plates-formes en cette matière soulèvent plusieurs questions juridiques¹¹¹ et entraînent l'application de plusieurs lois. Le choix de cibler ici la notion d'investissement se justifie, d'une part, par le caractère prépondérant de cette notion dans les analyses qui ont porté sur ces prêts et, d'autre part, c'est par ce biais que différents législateurs à travers le monde ont choisi d'appréhender les activités des plates-formes de prêts en ligne.

La plate-forme américaine Prosper a débuté ses activités en 2005 et Lending Club a amorcé ses premières opérations sur le Web en 2007. Elles ont toutes deux considéré au départ que leurs activités n'étaient pas soumises aux exigences de la loi fédérale sur les valeurs mobilières, aussi se sont-elles abstenues d'accomplir les formalités d'enregistrement prévues par ladite loi. En novembre 2008, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a ordonné la suspension des activités de Prosper. La décision de l'agence américaine repose essentiellement sur la définition de la notion de valeur mobilière prévue à la fois par la *Securities Act* de 1933¹¹² et la *Securities Exchange Act* de 1934¹¹³. L'article 5 de la première loi impose des exigences d'enregistrement auprès de la SEC à toute personne qui se livre au commerce de valeurs

111. Il se pose entre autres la question de la pertinence du recours aux lois sur la protection du consommateur. Une difficulté particulière naît du fait que les prêteurs de ces sommes d'argent pourraient aspirer à la qualification de consommateurs au même titre que les emprunteurs. Cette situation rend incertaine l'application de ces lois sur la protection du consommateur. L'option envisagée par certains auteurs pour déclencher l'application de ces lois se retrouve donc dans les obligations à mettre à la charge des plates-formes à titre de fournisseurs de services et en recourant en particulier au régime juridique du contrat à distance. Voir : H. JACQUEMIN, préc., note 70. Voir aussi : Christine RIEFA, « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne: point de vue d'outre-manche », (2005) 4 *Revue européenne de droit de la consommation* 301; Richard ROUTIER, « Le prêt entre particuliers sur Internet : un financement alternatif? », D. 2008.chr42.2960.

112. Pub. L. No. 73-22, 48 Stat. 74 (15 U.S.C. § 77a et suiv.).

113. Pub. L. No. 73-291, 48 Stat. 881 (15 U.S.C. § 78a et suiv.). La démarche de l'agence américaine (SEC) a été qualifiée d'agressive par la doctrine : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., 65, 509.

mobilières. La SEC a considéré que le type d'activités exercées par Prosper doit faire l'objet d'un enregistrement auprès des autorités¹¹⁴. La définition de la notion de « valeur mobilière » que l'on retrouve à l'article 2(a)(1) de la *Securities Act*¹¹⁵ prévoit :

The term "security" means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a "security", or any certificate of interest or participation in, temporary or

114. GAO, préc., note 82, p. 23-24.

115. Préc., note 112. Notons également l'article 3(a)(10) de la *Securities Exchange Act*, préc., note 113 :

« The term "security" means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement or in any oil, gas, or other mineral royalty or lease, any collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or in general, any instrument commonly known as a "security"; or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing; but shall not include currency or any note, draft, bill of exchange, or banker's acceptance which has a maturity at the time of issuance of not exceeding nine months, exclusive of days of grace, or any renewal thereof the maturity of which is likewise limited. »

interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing.

Deux éléments de cette définition, par ailleurs assez large, seront mis en exergue en ce qui concerne le prêt entre particuliers et notamment les activités des plates-formes qui se livrent à ce type de prêts. Il s'agit des notions de contrat d'investissement et de billets à ordre, deux notions qui ont été interprétées par la Cour suprême des États-Unis. La décision *SEC c. W.J. Howey*¹¹⁶ a permis à la cour d'apporter des précisions sur la notion de contrat d'investissement. Dans cette affaire, une compagnie proposait au public un contrat de vente portant sur des parties d'une plantation d'agrumes et l'acquisition d'un contrat de service portant sur les services relatifs à l'exploitation de ladite plantation, cette exploitation relevant d'une compagnie (Howey-in-the-Hills Service, Inc.) qui était par contre liée au vendeur des parcelles de la plantation (W.J. Howey Company)¹¹⁷. Les personnes devenues propriétaires de la terre à la suite du contrat de vente ont reçu les profits tirés de l'exploitation de la plantation par Howey-in-the-Hills Service, Inc. La Cour suprême a considéré que les contrats proposés au public sont des contrats d'investissement, donc des valeurs mobilières selon la *Securities Act*¹¹⁸. L'élément déterminant, selon la cour, dans la notion de contrat d'investissement consiste à voir « whether the scheme involves an investment of money in a common enterprise with profits to come solely from the efforts of others »¹¹⁹. Autrement dit, les personnes considérées comme investisseurs doivent demeurer passives¹²⁰. Trois principaux éléments ont été tirés de cette définition du contrat d'investissement. Le premier repose sur une convergence des intérêts des investisseurs dans une entreprise commune. Le deuxième porte sur l'espoir de profit que ces investisseurs placent dans cet investissement. Enfin, ces profits doivent provenir des

116. 328 U.S. 293 (1946).

117. Pour une présentation des faits de cette décision, voir : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 510-512; Carole TURCOTTE, *Le droit des valeurs mobilières*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.71-75.

118. Préc., note 112.

119. *SEC c. W.J. Howey*, préc., note 116, par. 301.

120. C. TURCOTTE, préc., note 117, p. 75.

seuls efforts de personnes autres que les investisseurs¹²¹. La définition du contrat d'investissement relève donc d'une conception très large et contribue à inclure plusieurs éléments dans la notion de valeur mobilière.

En ce qui concerne les prêts entre particuliers et la décision de la SEC de les soumettre à la *Securities Act*, une autre notion, prévue dans la définition de valeur mobilière par cette loi, peut également être invoquée. Il s'agit de la notion de billet à ordre, précisée par la Cour suprême dans la décision *Reves c. Ernst & Young*¹²². Dans ce cas, en partant de l'intention du législateur qui « enacted a definition of "security" sufficiently broad to encompass virtually any instrument that might be sold as an investment »¹²³, la cour a proposé le « "family resemblance" test ». Ce test se fonde sur une présomption simple selon laquelle tout billet à ordre est une valeur mobilière, une présomption qui sera renversée si le billet en cause ressemble à d'autres instruments qui ne relèvent pas des lois fédérales sur les valeurs mobilières¹²⁴, comme un effet de commerce par exemple. Pour cela, la Cour suprême a énoncé une liste de facteurs qui devraient être pris en compte. Le premier est relatif aux motivations du vendeur et de l'acheteur des billets en cause. Il faut chercher à savoir précisément si l'acheteur est motivé par la recherche de profit et si le vendeur est, quant à lui, à la recherche de capitaux aux fins d'affaires (*for business purposes*). Dans l'affirmative, l'instrument sera considéré comme une valeur mobilière. Le deuxième critère porte sur le plan de distribution de l'instrument en cause. Le fait de comporter une dimension spéculative inclinera à le considérer comme une valeur mobilière. Quant au troisième facteur, il concerne la perception (*expectation*) du public à l'égard de cet instrument en tant que

121. *Id.*, p. 75; E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 512-514.

122. 494 U.S. 56 (1990).

123. *Id.*, par. 61. Voir également : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 515.

124. « The default presumption is that any note is a security, although this presumption can be rebutted if the notes fall within certain judicially defined categories of notes that are not securities »: E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 516 (voir aussi, p. 515).

valeur mobilière¹²⁵. Le quatrième facteur s'intéresse aux risques rattachés à l'instrument en cause. La Cour précise, au paragraphe 67 de la décision, que « [f]inally, we examine whether some factor such as the existence of another regulatory scheme significantly reduces the risk of the instrument, thereby rendering application of the Securities Acts unnecessary »¹²⁶. Somme toute, cette définition large de la notion de valeur mobilière et l'interprétation tout aussi large qu'en donne la Cour suprême des États-Unis ont servi de fondement à la décision de la SEC de soumettre les plates-formes de prêts entre particuliers aux exigences des lois fédérales américaines sur les valeurs mobilières¹²⁷.

Une partie de la doctrine souscrit à une telle interprétation en précisant que l'application des critères définis sous *Howey*¹²⁸ et sous *Reves*¹²⁹ permet de qualifier le modèle de prêt utilisé par les plates-formes américaines Prosper et Lending Club¹³⁰. Ces auteurs précisent par ailleurs que l'empressement montré par ces plates-formes à se soumettre aux formalités requises par les autorités fédérales est révélateur de la conclusion à laquelle les principaux acteurs de cette industrie sont parvenus, soit que les produits qu'ils vendent sont des valeurs mobilières¹³¹.

Par contre, d'autres auteurs contestent le raisonnement de la SEC et écartent l'application des lois sur les valeurs mobilières aux prêts entre particuliers sur Internet, mettant en doute, par conséquent, la compétence de la SEC en la matière. Parmi ces auteurs, Andrew Verstein s'illustre avec un article qui invalide la qualification de contrat d'investissement qui a été retenue à partir du test de la décision *Howey*¹³². Cet auteur soutient que la position de la SEC découle d'une difficulté fondamentale à appréhender la nature profondément innovatrice du domaine du

125. *Id.*, 516.

126. *Reves c. Ernst & Young*, préc., note 122.

127. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 517.

128. Préc., note 116.

129. Préc., note 122.

130. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 508-519.

131. *Id.*, p. 517-518.

132. A. VERSTEIN, préc., note 71.

prêt entre particuliers sur Internet¹³³. Il estime notamment que les activités des plates-formes de prêts, qui consistent à évaluer la solvabilité des emprunteurs et à percevoir les paiements périodiques effectués par ces derniers, sont insuffisantes pour correspondre au troisième volet du test Howey qui exige que les profits réalisés à l'occasion du contrat d'investissement proviennent des efforts de nature entrepreneuriale de personnes autres que les investisseurs¹³⁴. Il exprime également des doutes quant à la présence des deux premiers éléments du test Howey, soit l'existence d'une attente de profit et l'existence d'une entreprise commune, dans ce cas-ci, entre prêteurs et emprunteurs. Dans ce type de prêt, le retour sur investissement espéré par les prêteurs repose entièrement sur la capacité de remboursement des emprunteurs et non sur celle des plates-formes de prêts. En réalité, l'adoption de ces deux éléments du test Howey devrait inciter à reconnaître un rôle prépondérant à ces emprunteurs en tant qu'émetteurs des titres qui ont été vendus aux investisseurs sans égard aux formalités de la SEC, ce qui aurait conduit à imposer un fardeau très lourd, en termes de responsabilité, à de simples consommateurs. La SEC a préféré éviter cette conclusion, apparemment logique, qui aurait appliqué de façon cohérente le test Howey, pour identifier de façon douteuse, selon cet auteur, les plates-formes de prêts comme émettrices de ces prétendus contrats d'investissement¹³⁵. De plus, Verstein reproche à la SEC d'avoir erré dans son analyse des critères développés par la décision *Reves*, analyse qui l'a incitée à retenir la qualification de billet à ordre. Cette décision avait toutefois clairement écarté les billets émis dans le cadre du financement destiné aux consommateurs de la définition de la

133. *Id.*, 448.

134. « [...] P2P lender profits almost entirely depend on the underlying borrower's willingness and ability to pay. The borrower's efforts – to keep their job, to save diligently, to make payments in a timely manner – determine the investors' returns. P2P lenders do not rely on continued entrepreneurial activity of the platform for their profits, and therefore, P2P notes should not constitute investment contracts [...] », : *id.*, 480 (voir aussi p. 479).

135. *Id.*, 481-482.

notion de valeur mobilière¹³⁶. Pour lui, cette qualification, qui a mené à l'application de la législation en matière de valeurs mobilières et à la reconnaissance de la compétence de la SEC, reste peu fondée juridiquement et semble motivée essentiellement par les craintes de l'agence américaine de voir ces activités émergentes échapper à toute réglementation¹³⁷. La démarche de la SEC ne reposerait donc pas sur une profonde analyse de ces prêts, des différents modèles utilisés et des enjeux qui y sont liés. L'encadrement juridique inadapté qui en a résulté a produit des effets néfastes sur les activités des plates-formes de prêts et sur les parties impliquées. Ces plates-formes, en se soumettant aux exigences de la SEC, ont été contraintes à changer leur modèle. La plate-forme, chargée au départ d'établir un lien entre un prêteur et un emprunteur, est devenue un véritable intermédiaire financier dont le risque de défaillance ou de crédit se superpose à celui des emprunteurs, ajoutant ainsi à la complexité de la transaction pour les internautes¹³⁸. De plus, l'obligation de divulgation de l'information qui découle de l'application de la réglementation sur les valeurs mobilières est inadaptée pour ce qui regarde la protection des prêteurs (investisseurs); ces derniers sont plus susceptibles de consulter l'information disponible sur la page Web des plates-formes de prêts que celle divulguée par le biais du système électronique de la SEC dénommé EDGAR

136. « The family resemblance test does not apply if P2P notes are simply consumer financing notes, which *Reves* enumerates as excluded from the Securities Acts. The SEC thus ignored one of the platforms' best arguments and misconstrued the *Reves* holding. [...] *Reves* excludes "note[s] delivered in consumer financing" from the definition of a security. [...] Ordinary consumer lending does not create a security, but rather creates a note given in consumer financing » : *id.*, 483 et plus généralement pour l'analyse des éléments du test *Reves*, *id.*, 482 à 487.

137. *Id.*, 517-518.

138. « P2P lending was designed to eliminate the middleman and allow lenders to transact with borrowers directly. By eliminating the middleman, P2P lending removed lender risks of intermediary default. SEC regulation, however, forced P2P platforms to act as an intermediary between P2P borrowers and P2P lenders. This new structure exposes lenders to riskier middlemen than they had in traditional banking, because their interests are subordinated to those of senior creditors » : *id.*, 497 (voir aussi, p. 488-500).

(*Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval System*). Il s'agit par ailleurs d'un système de divulgation de l'information lourd en matière de coûts et d'obligations imposées à des plates-formes naissantes, voire rudimentaires pour certaines d'entre elles. Ces dernières sont ainsi soumises à un mécanisme similaire à celui dont relèvent de très grandes entreprises. La lourdeur de ce mécanisme de divulgation de l'information pourrait également favoriser la dissimulation de l'information par des investisseurs à des emprunteurs peu habitués à la lecture de documents financiers très complexes¹³⁹. De manière plus déterminante encore, Verstein écarte la compétence de la SEC en se fondant sur sa préoccupation fondamentale qui tient à la protection des investisseurs, lesquels sont ici les prêteurs. De là, il tire la conclusion d'un encadrement juridique incomplet, déséquilibré, voire inadapté, car ce mandat ne tient pas compte des emprunteurs, généralement des consommateurs, dont les besoins de protection, notamment en matière de vie privée et de protection contre la fraude, sont partiellement pris en compte par la SEC¹⁴⁰. Il estime enfin que l'application des lois sur les valeurs mobilières aux prêts entre particuliers sur Internet introduit une incohérence dans l'encadrement de ces activités. La SEC applique aux plates-formes de prêts, marquées par leur innovation constante, des règles qui engendrent des obligations conçues pour des entreprises traditionnelles, même si les risques auxquels ces deux types d'entreprises sont confrontés sont différents. Et la SEC écarte, par contre, l'application des mêmes règles à d'autres plates-formes de prêts en ligne, faisant face aux mêmes risques, sur la seule base de leur caractère non lucratif¹⁴¹. L'encadrement des activités des plates-formes de prêts, y compris celles qui ont des activités à but non lucratif, devrait, en réalité, être confié à une entité chargée de la protection des consommateurs en matière financière¹⁴². Les lourdes obligations imposées par les exigences

139. *Id.*, 500-504.

140. *Id.*, 506-509.

141. *Id.*, 510.

142. En dépit du fait que les prêts obtenus via la plate-forme Kiva présentent les mêmes risques que ceux des plates-formes ayant des activités à but lucratif, soit, pour le prêteur, le risque de non-remboursement de

des lois sur les valeurs mobilières ont provoqué la fermeture de plusieurs plates-formes de prêts en ligne¹⁴³, tandis que d'autres ont été contraintes de s'en tenir à des modèles qui limitent leur croissance et leur capacité d'innovation¹⁴⁴. Verstein note dans ce dernier cas que :

[...] Kiva's founders admit that they initially hoped to be able to reward lenders with some return, but were deterred by the legal obstacles of the securities regime. Interest payments to lenders would incentivize more Kiva investment, but the cost of regulation would overwhelm the benefit of a larger user base¹⁴⁵.

Sur ce dernier point, certains auteurs, bien que reconnaissant la compétence de la SEC sur la base des seuls critères de la décision *Reves c. Ernst & Young*¹⁴⁶, concèdent que son intervention entraîne des coûts élevés pour les plates-formes et constitue un frein réel à l'innovation et au développement de ce

l'emprunteur (risque de crédit) et le risque opérationnel lié à la plate-forme, et, pour l'emprunteur, l'exposition à des pratiques prédatrices et abusives des institutions financières, Kiva n'est pas soumise à la réglementation de la SEC. La décision de la SEC d'exclure ces prêts repose sur le fait que les activités de la plate-forme sont à but non lucratif, celle-ci ne prévoyant pas la possibilité pour les prêteurs d'obtenir des intérêts. Cette décision se fonde sur la décision *Howey* de la Cour suprême qui exige, pour les valeurs mobilières, la présence d'une expectative de profit liée aux efforts d'autres personnes que l'investisseur : GAO, préc., note 82, p. 38-42. Cette situation, qui a pour résultat de créer deux régimes juridiques distincts pour les prêts entre particuliers sur Internet, est dénoncée par certains auteurs qui proposent que toutes les plates-formes soient soumises à la même réglementation : Kevin E. DAVIS et Anna GELPERN, « Peer-to-Peer Financing for Development: Regulating the Intermediaries », (2010) 42 *N.Y. J. of Int'l L. & Pol.* 1209, 1257-1261.

143. L'on peut citer les exemples de Virgin et de IOU Central aux États-Unis. En Ontario, les responsables du site Community Lend ont annoncé la fermeture du site et la raison invoquée tient à la lourdeur des exigences réglementaires : Michael GARRITY, COMMUNITYLEND et FINANCEIT, « Onwards and Upwards... », 23 février 2012, en ligne : <<http://www.financeit.io/blog/2012/02/23/onwards-and-upwards>>.

144. A. VERSTEIN, préc., note 71, 516-517.

145. *Id.*

146. Préc., note 122.

secteur d'activités. Ils anticipent même qu'une telle réglementation conduira à la disparition définitive de ce type de prêt¹⁴⁷. Le comité mandaté par le Congrès américain pour étudier les prêts entre particuliers par Internet et faire des propositions de réglementation met également en exergue cette contrainte¹⁴⁸.

Au Québec, l'AMF a déposé une demande auprès du Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières, le 25 février 2008, afin d'obtenir une ordonnance d'interdiction d'opérations sur valeurs de l'entreprise IOU Central inc., qui se livrait à des prêts entre particuliers via son site Internet. La demande de l'AMF se fondait essentiellement sur l'article 265 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁴⁹ et sur l'article 93(6^o) de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*¹⁵⁰. Selon l'AMF les activités de IOU Central inc. étant une forme d'investissement en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵¹, l'entreprise devait être inscrite auprès de l'AMF et obtenir l'autorisation de se livrer à ses activités. IOU Central inc. avait obtenu un permis de prêteur d'argent de l'OPC délivré sur le fondement de la L.p.c.¹⁵². L'argumentation de l'AMF, du point de vue de la qualification de ces activités, reposait sur le fait que IOU Central inc. « aid[e] les émetteurs emprunteurs à procéder au placement d'une forme d'investissement [...] à savoir des titres constatant un emprunt d'argent auprès des investisseurs prêteurs » et l'AMF considérait précisément que la plate-forme de prêts agissait à titre de courtier en valeur auprès des épargnants, insistant sur le fait que sa démarche, en tant qu'autorité règlementaire, était motivée par la protection desdits épargnants¹⁵³. Dans son analyse, le Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières a tenu à rappeler l'objectif principal de la législation sur les valeurs mobilières, soit la protection du public investisseur et les exigences corrélatives

147. P. SLATTERY, préc., note 6, 254-258.

148. GAO, préc., note 82, texte accompagnant les notes 86 et 87.

149. RLRQ, c. V-1.1.

150. RLRQ, c. A-33.2.

151. Préc., note 149.

152. *Infra*, section 2.2.2.2.

153. *Autorité des marchés financiers c. IOU Central inc.*, préc., note 110, par. 47.

d'une information adéquate et de la compétence, de la solvabilité et de l'intégrité des professionnels qui agissent auprès des investisseurs. Il a repris en grande partie l'analyse de l'AMF pour constater la violation de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵⁴, et de la réglementation sous-jacente¹⁵⁵, pour prononcer l'interdiction des opérations de IOU Central inc. La qualification des activités de IOU Central inc. ainsi que le recours à la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵⁶ et aux différents textes qui lui sont reliés ne sont pas en réalité surprenants puisque le contrat d'investissement reçoit également une définition et une interprétation large en droit québécois¹⁵⁷. Il est donc difficile d'écarter complètement les règles applicables en matière de valeurs mobilières.

Que les prêts entre particuliers sur Internet s'inscrivent dans le cadre des valeurs mobilières ou que cette qualification soit contestée, il est possible de déceler un point de convergence dans la doctrine. La réglementation sur les valeurs mobilières ne saurait à elle seule suffire à appréhender ou à apprivoiser toute la complexité de ce type de prêt. Les auteurs Chaffee et Rapp, ardents défenseurs de l'application du régime des valeurs mobilières, concèdent que « [t]he current regulatory regime for P2P lending is arguably a paper tiger »¹⁵⁸. Ils reconnaissent tout d'abord que le recours au droit des valeurs mobilières demeure une approche parcellaire de la réglementation des prêts en ligne, ce droit étant articulé en grande partie autour de la protection des investisseurs, soit les prêteurs qui sont les acquéreurs des titres liés à ce type de prêt. Quant aux emprunteurs, leur protection sera tributaire de l'implication des banques dans la transaction,

154. Préc., note 149.

155. *Règlement 21-101 sur le fonctionnement du marché*, 31 août 2001, Vol. XXXII, no 35, BCVMQ. Pour un historique de ce règlement, voir : AMF, « Historique relatif au règlement 21-101 », en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/fr/historique-reglement-21-101-conso.html>>.

156. Préc., note 149.

157. *Infotique Tyra inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1994] R.J.Q. 2188 (C.A.); *Commission des valeurs mobilières c. Brodeur*, EYB 1995-73154 (C.Q.); *Autorité des marchés financiers c. Tessier*, 2006 QCCQ 7644.

158. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 523.

celles-ci étant soumises à plusieurs réglementations en matière de prêt. Ils admettent ensuite une certaine vulnérabilité du régime fondé sur les valeurs mobilières due à sa pertinence à l'égard d'un seul modèle de prêt entre particuliers, celui qui nécessite l'implication des banques. Il suffirait, disent-ils, que les plateformes de prêt en ligne se limitent à mettre des prêteurs et des emprunteurs en relation pour voir la réglementation sur les valeurs mobilières perdre toute sa pertinence. Il ne resterait alors que les règles du droit commun et les lois en matière criminelle pour régir ces prêts¹⁵⁹. Même si cette dernière partie du raisonnement soulève des réserves au Québec – l'absence d'implication des banques n'ayant pas empêché de qualifier ce type de prêt de valeurs mobilières dans IOU Central inc. et l'avis de l'AMF ne tenant pas compte de ces banques – force est d'admettre que ces remarques ont le mérite de mettre en évidence la complexité des prêts en ligne que la seule référence au droit des valeurs mobilières ne saurait épuiser ou élucider. La difficulté tient essentiellement à la diversité des modèles utilisés et à l'innovation constante dans ce domaine.

Au Québec, l'AMF reconnaît cette complexité et en tient compte dans sa démarche. Sans remettre en question la pertinence de la réglementation sur les valeurs mobilières, elle concède qu'il est difficile de souscrire à un régime juridique capable de prendre en compte tous les modèles de prêts entre particuliers sur Internet. L'*Avis relatif à l'exploitation des plateformes de prêts de personnes-à-personnes (peer-to-peer lending)* du 19 décembre 2008 s'inscrit d'ailleurs clairement dans ce sens¹⁶⁰. Cet avis indique ainsi :

159. *Id.*, 523 et 524.

160. AMF, *Avis relatif à l'exploitation des plateformes de prêts de personnes-à-personnes (peer-to-peer lending)*, 19 décembre 2008, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-amf/2008/2008dec19-avis-peer-to-peer-fr.pdf>>. Voir également : UNION DES CONSOMMATEURS, *Les prêts d'argent entre particuliers via des plateformes Internet : un service financier d'avenir?*, Juin 2010, p. 52-55, en ligne : <[http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/05-R32-P2P-Lending-f\(rev\).pdf](http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/05-R32-P2P-Lending-f(rev).pdf)>.

Malgré la présence de certaines caractéristiques communes, l'Autorité constate que le fonctionnement des plates-formes de prêts et les actes juridiques qui en découlent directement ou indirectement peuvent varier d'une entreprise à l'autre. Ainsi, l'Autorité est d'avis que l'examen du cadre législatif et réglementaire applicable aux plates-formes de prêts doit présentement s'effectuer sur une base individuelle. [...] En conséquence, les représentants des entreprises désirant exploiter des plates-formes de prêts sont invités à communiquer avec l'Autorité avant que l'entreprise n'amorce ses activités au Québec ou à partir du Québec afin de lui présenter une analyse du contexte factuel et du cadre législatif et réglementaire applicable au modèle d'affaires proposé¹⁶¹.

Ledit avis s'achève d'ailleurs en annonçant que l'AMF poursuit sa recherche d'un cadre juridique idoine pour les prêts entre particuliers sur Internet¹⁶². De la même manière, aux États-Unis, en vertu de l'article 989F de la Dodd-Frank Act¹⁶³, le GAO a été mandaté pour mener une étude sur les prêts entre particuliers sur Internet afin de proposer une réflexion en vue d'une réglementation au Congrès¹⁶⁴. Son rapport propose deux avenues pour l'encadrement juridique de ces prêts sans opérer un choix entre les deux, préférant laisser encore évoluer les plates-formes de prêts afin de poursuivre l'observation de leur développement¹⁶⁵. La première avenue consiste à maintenir l'approche actuelle qui

161. AMF, *id.*, p. 1.

162. « [...] l'Autorité avise les intervenants du marché qu'elle poursuit ses travaux d'analyse à l'égard du développement d'un encadrement législatif ou réglementaire adapté aux plates-formes de prêts » : *id.*, p. 2.

163. Préc., note 86.

164. Lors de l'examen de la Dodd-Frank Act à la Chambre des représentants, Jackie Speier, une représentante élue en Californie a proposé un amendement qui inscrit les prêts entre particuliers sur Internet sur la liste des exclusions prévue à l'article 3(a) de *Securities Act*, préc., note 112, et qui place lesdits prêts sous la juridiction du Consumer Financial Protection Bureau (CFPB). Cet amendement, bien qu'ayant été adopté à la Chambre des représentants, n'a pu franchir le stade du Sénat : P. SLATTERY, préc., note 6, 253-254.

165. Ce que Paul Slattery résume bien ainsi : « [...] the GAO report adopts a wait-and-see approach and offers no definite conclusions », *id.*, 254.

découle de l'application de la réglementation sur les valeurs mobilières. La protection du prêteur, considéré comme un investisseur, est donc assurée par le biais de cette réglementation et en particulier par la SEC. Quant à l'emprunteur, sa protection est confiée à d'autres organismes chargés de la protection des consommateurs dans le domaine des services financiers. La seconde avenue constitue une approche intégrée ou consolidée qui confie la protection des prêteurs et des emprunteurs à un seul organisme chargé de la protection des consommateurs en matière financière. Elle consacre l'unique compétence de la nouvelle agence créée en vertu de la Dodd-Frank Act¹⁶⁶. Cette agence, qui sous la première approche serait chargée de la protection des emprunteurs, étendrait ainsi son action aux prêteurs sous cette seconde approche¹⁶⁷. Les deux approches diffèrent donc sur la protection à accorder aux prêteurs et, au-delà de la question de la responsabilité d'une ou de deux agences, la seconde voie d'encadrement des prêts en ligne a essentiellement pour conséquence de soustraire les prêts entre particuliers par Internet de la compétence de la SEC¹⁶⁸. C'est la raison pour laquelle cette seconde approche reçoit l'adhésion de ceux qui dénoncent la lourdeur de la réglementation des valeurs mobilières en matière de prêt en ligne et, en particulier, des auteurs qui contestent la qualification d'investissement¹⁶⁹.

En ce qui nous concerne, il est difficile d'écarter complètement la notion d'investissement de l'encadrement juridique des prêts entre particuliers sur Internet. D'une part, les plates-formes de prêts présentent clairement ces produits financiers comme des opportunités d'investissement pour les prêteurs, ces derniers étant invités à les diversifier. D'autre part, la structure complexe adoptée par différentes plates-formes, notamment Lending Club et Prosper, peu importe que cette structure soit la conséquence des exigences posées par les

166. Il s'agit du Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) : Dodd-Frank Act, préc., note 86, § 1001 et suiv.

167. GAO, préc., note 82, p. 42-44.

168. *Id.*, p. 44.

169. A. VERSTEIN, préc., note 71, 522-529; P. SLATTERY, préc., note 6, 258-265.

autorités réglementaires, montre qu'il faut dépasser la simple opération de prêt pour mieux appréhender ces opérations. La définition large de la notion d'investissement proposée par la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁷⁰ et l'interprétation tout aussi large et libérale qu'en donne la jurisprudence militent également pour l'application de cette notion aux prêts entre particuliers par Internet. Mieux, l'article 1(2) de ladite loi prévoit précisément que : « [l]a présente loi s'applique aux formes d'investissement suivantes : [...] un titre, autre qu'une obligation, constatant un emprunt d'argent ». Outre le caractère général de cette disposition, il faut noter que le seul recours au terme « prêt » ne saurait disqualifier la notion d'investissement. Enfin, aux États-Unis, le débat sur la pertinence du recours à la notion d'investissement et à la réglementation sur les valeurs mobilières en cette matière, au-delà du problème réel de la lourdeur de cette réglementation, trouve principalement son intérêt dans le choix de confier l'encadrement de ces prêts à une seule agence ou à deux ou plusieurs agences régulatrices. Ce débat perd une grande partie de son importance au Québec, où l'AMF occupe une place centrale en matière d'encadrement du domaine des produits et services financiers couvrant les quatre grands domaines du secteur financier¹⁷¹. Quant à sa mission prévue à l'article 4 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*¹⁷², elle se veut d'ailleurs très large et soucieuse en particulier de la protection des consommateurs des produits financiers.

Il faut toutefois convenir que si la question de la compétence d'une ou de deux agences, qui teinte les deux approches de réglementation proposées par le GAO, semble se poser avec moins d'acuité au Québec, son rapport offre des repères, à notre avis utiles dans un contexte québécois de la réglementation des prêts entre particuliers sur Internet. Nous souhaitons que les autorités de régulation de ces prêts puissent s'en inspirer. Le rapport propose en effet plusieurs éléments qui

170. Préc., note 149.

171. N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, préc, note 25, n° 1.12(d), p. 52-54.

172. Préc., note 150.

permettent d'évaluer les propositions de réglementation et met l'accent sur trois d'entre eux qu'il considère comme déterminants. Le premier de ces éléments porte sur la prise en compte d'une protection renforcée du consommateur et de l'investisseur. Celle-ci doit être reflétée à travers une exigence de divulgation de l'information afin que les prêteurs et les emprunteurs reçoivent toutes les informations pertinentes sur ce type de prêt. La question qu'il faut se poser est de savoir si cette divulgation doit se faire par le biais du processus rigoureux d'un prospectus dans le cadre de la réglementation sur les valeurs mobilières ou par d'autres moyens d'information des consommateurs. La protection se manifeste également par le renforcement des règles qui entourent la mise sur le marché de ces produits financiers. Elle se traduit par des mesures destinées à assurer la sécurité de ces transactions en visant en grande partie la solidité financière à la fois des plates-formes de prêts et des prêteurs¹⁷³. En cela, l'AMF se montre prudente et exige dans son avis que ce type de prêt ne soit accessible qu'aux seuls investisseurs qualifiés¹⁷⁴. Un tel choix a assurément une influence déterminante sur l'implantation et sur le potentiel de croissance de ce type de prêt au Québec.

Au titre du deuxième élément, toute réglementation des prêts en ligne devra tenir compte de la grande capacité d'innovation qui caractérise ce type de prêt et de l'évolution rapide qui marque les différents modèles utilisés par les plates-formes. La réglementation devra donc favoriser une approche qui intègre cette flexibilité¹⁷⁵ afin de permettre une adaptation face à ces évolutions. Il est à présent difficile d'anticiper les étapes de l'évolution de ces plates-formes et il faut craindre une désuétude précoce de toute réglementation qui ignorerait cet aspect.

173. GAO, préc., note 82, p. 28.

174. « [...] vu la nature des investissements offerts par l'entremise des plates-formes de prêts et les risques potentiels liés à ces investissements, l'Autorité est d'avis qu'il n'est pas souhaitable pour l'instant que l'offre soit effectuée à des prêteurs qui ne sont pas des investisseurs qualifiés au sens de l'article 1.1 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* (les « investisseurs qualifiés ») pris selon la législation sur les valeurs mobilières » : AMF, préc., note 160, p. 1.

175. GAO, préc., note 82, p. 45.

Le troisième élément qu'il faut considérer porte sur le fardeau que pourrait représenter la réglementation. Plus précisément, celle-ci devra s'assurer de ne pas imposer une charge trop lourde aux plates-formes, ce qui pourrait nuire à l'innovation, et ce, tout en conservant son objectif d'efficacité et d'effectivité¹⁷⁶. Force est de reconnaître que si le dernier élément ne semble pas spécifique aux prêts en ligne, les deux premiers éléments se retrouvent dans l'approche adoptée par l'AMF et représentent des aspects importants dans sa démarche et dans sa réflexion portant sur un encadrement juridique adéquat des prêts en ligne¹⁷⁷.

Si la dimension « investissement » des prêts entre particuliers doit être prise en compte dans cette réflexion sur l'encadrement juridique adapté à ce type de prêt, il est clair que l'opération se traduit en fin de parcours par une somme d'argent prêtée à un particulier. Nous allons voir maintenant les éléments juridiques liés à ce prêt.

2.2.2 La seconde phase : le prêt d'argent

La seconde phase du processus de prêt entre particuliers concerne le prêt d'argent *per se*. Il s'agit d'atteindre le but ultime de l'opération, celui qui consiste à accorder un montant d'argent à un particulier qui s'engage en retour à le rembourser à l'échéance convenue. Ayant déterminé que les entreprises qui offrent ces services ne sont ni des institutions financières ni des entreprises de services monétaires, il peut devenir difficile de les assujettir à l'encadrement visant ces institutions (2.2.2.1). Néanmoins, il existe plusieurs dispositions plus générales concernant le prêt d'argent qui peuvent s'appliquer aux sociétés de prêt entre particuliers, que ce soit pour encadrer l'obtention d'un permis, la

176. *Id.*

177. « L'Autorité est d'avis qu'en raison de la nature des opérations des plates-formes de prêts, il est souhaitable que l'encadrement législatif ou réglementaire applicable à ces plates-formes vise autant à favoriser la divulgation des informations nécessaires ou utiles aux participants pour prendre une décision éclairée qu'à assurer la santé financière et la pérennité des entreprises exploitant ces plates-formes » : AMF, préc., note 160, p. 1.

formation du contrat de prêt et les informations devant être divulguées au consommateur ou la protection contre les taux abusifs et usuraires (2.2.2.2).

2.2.2.1 L'encadrement spécifique des institutions financières

Au Canada, tel que nous l'avons souligné plus haut, le prêt à la consommation est distribué par l'entremise des intermédiaires suivants : les institutions de dépôts, les autres institutions financières spécialisées dans le prêt à la consommation, les entreprises commerciales et le crédit alternatif. Après avoir déterminé que la seconde phase du prêt entre particuliers par Internet est un prêt, il faut ensuite qualifier l'intermédiaire, soit la plate-forme électronique.

La seconde phase du processus d'un prêt entre particuliers par Internet, c'est-à-dire la mise des fonds à la disposition de l'emprunteur, ne fait l'objet d'aucun encadrement spécifique. Au Canada, le régime juridique qui s'applique spécifiquement aux institutions financières ne semble pas pertinent pour déterminer la nature de la relation entre la plate-forme et un emprunteur. Une société de prêt entre particuliers ne constitue ni une société de dépôts, c'est-à-dire une banque ou une caisse populaire, ni une société de fiducie.

D'abord, la réglementation bancaire ne s'applique qu'à une banque qui détient une charte bancaire et qui est donc autorisée à utiliser le terme « banque », « banquier » ou « opérations bancaires » dans sa dénomination sociale, dans un prospectus ou autre document relié à une valeur mobilière, ou comme marque d'identification¹⁷⁸. Le critère d'évaluation est tout simplement institutionnel, et non fonctionnel, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada en 1980 en rejetant les prétentions d'une

178. *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 983(1), (2), (2.1), (2.2), (3). En jurisprudence, voir : *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433, 465-468.

société de fiducie dont les activités étaient essentiellement similaires à celles d'une banque¹⁷⁹. D'ailleurs, le gouvernement fédéral a adopté une modification à la *Loi sur les banques*¹⁸⁰ en 2010 afin de prévoir spécifiquement les circonstances où une coopérative de crédit fédérale peut utiliser ces termes¹⁸¹. Cette approche requiert donc une interprétation restrictive et est suffisante pour rejeter l'application du mot « banque » à tout autre dépôt, sous réserve de quelques exceptions¹⁸².

Ensuite, l'article 36 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸³ prévoit qu'une coopérative de crédit doit comporter le terme « coopérative », ou « fédération de caisses populaires » et tout autre terme qui exprime la nature financière de son activité. Bien que cette loi ne comporte aucune disposition similaire à l'article 983 de la *Loi sur les banques*, l'article 36 apparaît suffisamment clair pour être interprété dans le même sens que l'article 983. Au Québec, les articles 1, 18 et 28 de la *Loi sur les coopératives de services financiers*¹⁸⁴ spécifient également qu'une caisse doit s'identifier sous son nom, lequel doit être composé du mot « caisse » ou « coopérative de services financiers ».

La *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*¹⁸⁵ présente plusieurs similarités conceptuelles avec la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸⁶. L'article 42 de cette loi reprend l'essence de l'article 36 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸⁷ et mentionne qu'une société de fiducie doit comporter l'un des

179. *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, préc., note 178, 465. Au fédéral : *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45, art. 42. Au Québec : *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.01, art. 59.

180. Préc., note 3.

181. *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, c. 12, art. 2093.

182. Il s'agit notamment de l'utilisation du mot « banque » par une entité liée à un groupe bancaire ou à une société de portefeuille bancaire : *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 983(4).

183. L.C. 1991, c. 48.

184. Préc., note 3.

185. Préc., note 179.

186. Préc., note 183.

187. *Id.*

termes suivants : « fiduciaire », « fiduciary », « fiducie », « trust » ou « trustco »¹⁸⁸. Au Québec, les articles 59 et 60 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* prévoient une obligation du même ordre¹⁸⁹.

Aucune des sociétés de prêt entre particuliers ne possède une telle charte bancaire et, plus généralement, aucune de ces sociétés ne s'annonce comme étant une banque. Il en va de même pour les coopératives de crédit et les sociétés de fiducie et d'épargne. Ce bref survol suffit pour éviter de qualifier une société de prêt entre particuliers par Internet d'institution financière.

Peut-on enfin considérer ces plates-formes de prêts entre particuliers comme des entreprises de services monétaires? Au Québec, l'article 1 de la *Loi sur les entreprises de services monétaires* désigne de telles entreprises comme étant seulement celles qui offrent le change de devises, le transfert de fonds, l'émission ou le rachat de chèques de voyage, de mandats ou de traites, l'encaissement de chèques ou l'exploitation de guichets automatisés¹⁹⁰. Aucune de ces cinq situations ne vise ces plates-formes de prêts entre particuliers par Internet. À titre d'illustration, le transfert de fonds, qui paraît s'en rapprocher le plus, ne peut être considéré sérieusement. Ce type d'entreprise concerne spécifiquement les entreprises qui transfèrent les fonds entre deux personnes et qui n'offrent aucun service de crédit. Au palier fédéral, le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) considère également une entreprise de services monétaires comme étant celle qui effectue des opérations de change, qui remet des fonds ou transmet des fonds par tout moyen ou par l'intermédiaire d'une personne, d'une entité ou d'un réseau de télévirements ou qui émet ou rachète des mandats-poste, des chèques de voyage ou des titres négociables semblables¹⁹¹, comme les sociétés Western Union Financial

188. Préc., note 179. Voir également l'article 47 de cette loi.

189. *Id.*

190. RLRQ, c. E-12.000001.

191. CANAFE, *Typologies et tendances en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme au sein des entreprises de services monétaires*

Services, Inc., MoneyGram Payment Systems, Inc., et d'autres moyens plus modernes comme PayPal.

Un auteur français envisage différentes possibilités quant au statut de l'entité propriétaire du site Web de prêt entre particuliers¹⁹². La première consiste à la considérer comme « une simple plate-forme technique permettant de mettre en relation les prêteurs et les emprunteurs, dont [elle] prétendra que l'utilisation relève de la seule responsabilité des utilisateurs »¹⁹³. Au-delà du fait que cette première avenue traduit essentiellement une réalité technique, elle suppose que la rémunération du propriétaire du site repose essentiellement sur les sommes payées par les utilisateurs pour publier leurs annonces sur le site. Dans ce cas, la rémunération du propriétaire du site n'est pas liée aux opérations qui s'y déroulent. En d'autres termes, il ne perçoit pas de commission sur les prêts, ce qui ne correspond aucunement à la réalité des plates-formes de prêts en ligne. Au titre de la deuxième possibilité, le propriétaire du site pourrait être considéré comme se livrant à une activité de courtage percevant une commission à titre d'intermédiaire. Il s'agirait alors d'un intermédiaire en opérations bancaires. Cette proposition ne saurait néanmoins être retenue vu qu'elle exige que le courtier serve d'intermédiaire entre deux parties dont l'une est un établissement de crédit, ce qui ne correspond pas à la réalité du prêt entre particuliers¹⁹⁴. La troisième possibilité qui consiste à considérer l'exploitant du site comme s'il se livrait à des opérations bancaires à titre habituel a rapidement été écartée par cet auteur pour des raisons identiques puisque de telles activités sont réservées aux établissements de crédit¹⁹⁵. C'est toutefois sous l'agrément à titre d'établissement de crédit que la plate-forme de prêts entre particuliers Prêt d'Union a été autorisée à opérer sur le

(ESM) canadiennes – Rapport de typologies et tendances de CANAFE, juillet 2010, p. 2 et 3, en ligne : <<http://www.canafe-fintrac.gc.ca/publications/typologies/2010-07-fra.pdf>>.

192. R. ROUTIER, préc., note 111.

193. *Id.*

194. *Id.*

195. *Id.*

territoire français à partir de l'année 2011¹⁹⁶. Ce statut juridique et les exigences y reliées se sont révélés très lourds pour ces nouveaux acteurs du milieu financier.

En France comme au Québec, les autorités réglementaires envisagent un nouveau régime juridique pour les acteurs du domaine du financement participatif sur Internet. En France en particulier, l'AMF recourt au statut de conseiller en investissements participatifs¹⁹⁷. La mise en œuvre de ce type d'encadrement vise à alléger les exigences réglementaires imposées aux plates-formes de prêts, en écartant notamment l'exigence d'un prospectus, mais renforce corrélativement l'obligation d'information de ces conseillers en investissements participatifs. Cette démarche s'inscrit résolument dans le cadre d'une nouvelle approche de promotion de ce type de financement¹⁹⁸ dans un environnement sécurisé.

Les nouvelles mesures envisagées en France et au Québec constituent un premier pas dans la recherche d'un régime juridique adapté aux activités des plates-formes de prêts. Ces mesures semblent toutefois viser en grande partie le financement destiné aux entreprises, laissant toute la pertinence de la question de l'encadrement juridique du prêt contracté par un particulier à des fins personnelles. Elles s'inscrivent, en outre, dans le cadre d'une démarche générale de protection des personnes qui prêtent

196. Il s'agit précisément de l'agrément à titre d'établissement de crédit – Prestataire de services d'investissement, voir le site de la plate-forme Prêt d'Union : www.pret-dunion.fr.

197. *Règlement 45-108 sur le financement participatif*, projet (18 juin 2014), en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files//pdf/reglementation/valeurs-mobilières/45-108/2014-03-20/2014mars20-45-108-cons-fr.pdf>>; *Projet de règlement général de l'AMF sur le financement participatif*, en ligne : <<http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=6481e3cd-2077-43ac-9e89-643eadd57254>>.

198. De plus, dans un document intitulé « Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif », les autorités réglementaires françaises énoncent en 2013 des propositions de modifications législatives et réglementaires dont certaines visent à assouplir le monopole bancaire afin de permettre le développement des plates-formes de prêts, en ligne : <<http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/390785>>.

des sommes d'argent par le biais des plates-formes et éclairent peu sur l'encadrement du prêt vu sous l'angle de la protection des emprunteurs. Ceci laisse présager, dans le meilleur des cas, une application des règles générales destinées au prêt d'argent.

2.2.2.2 L'encadrement du prêt d'argent

Puisque les sociétés de prêt entre particuliers par Internet ne peuvent être assimilées, au Québec, ni à des institutions financières classiques, telles les banques, les sociétés de fiducie et les caisses populaires, ni à des entreprises de services monétaires, elles ne peuvent donc être assujetties à la réglementation qui concerne ces dernières. Dans la quête de pistes de réflexion, une autre avenue est à envisager pour les sociétés qui se livrent à une telle opération, soit l'encadrement canadien et québécois du prêt d'argent. Les règles concernent les aspects suivants : obtention d'un permis, formation du contrat de prêt et informations au consommateur, protection contre les taux abusifs et usuraires, et protection des renseignements personnels.

Dans un premier temps, l'article 321(b) de la L.p.c. prévoit que les entreprises doivent obtenir un permis pour conclure un contrat de prêt d'argent, à l'exception des institutions financières et des entreprises de services monétaires, autrement réglementées. Cette obligation est simple, mais d'une importance capitale afin de protéger les emprunteurs. Le permis est octroyé par le président de l'OPC. Concernant la nature parfois imprécise de certains prêteurs entre particuliers par Internet, il convient de rappeler que le président de l'OPC peut refuser de délivrer un permis, ou le suspendre ou l'annuler, pour plusieurs motifs, notamment en cas de doute sur l'exercice malhonnête d'activités commerciales ou d'infraction à la L.p.c.¹⁹⁹ ou de condamnation pour une infraction criminelle depuis moins de trois ans²⁰⁰.

199. Art. 325(b) L.p.c.

200. Art. 327 L.p.c.

Dans un deuxième temps, il faut également considérer les aspects fondamentaux de la formation du contrat de prêt qui doit respecter les règles de forme des articles 23 à 33 et 80 de la L.p.c., soit un contrat écrit en double exemplaire, notamment. L'article 115 de cette loi prévoit les informations que le contrat doit comporter : le capital net emprunté, le taux d'intérêt, les frais de crédit et l'obligation totale du consommateur, en particulier. L'article 70 détermine la composition des frais de crédit, lesquels doivent comprendre, entre autres, les frais d'administration.

Dans un troisième temps, bien que l'encadrement normatif du prêt d'argent vise principalement les institutions financières fédérales, certaines facettes de ce cadre réglementaire peuvent s'appliquer aux sociétés de prêt entre particuliers par Internet. D'abord, il faut souligner l'article 347 du *Code criminel*²⁰¹ qui interdit le prêt à un taux d'intérêt supérieur à 60 %, c'est-à-dire le prêt usuraire. Il faut noter que les prêts par Internet présentent moins d'inquiétude à l'égard des dispositions interdisant le prêt usuraire que les autres formes de prêts alternatifs (prêt sur gages, prêt sur salaire ou encaissement de chèques) en raison du taux d'intérêt qui se situe habituellement au-dessous de ce seuil. Cependant, les prêts entre particuliers dont le taux est d'environ 35 % supérieur au taux directeur de la Banque du Canada peuvent parfois atteindre un seuil abusif²⁰². Le cas échéant, il n'existe aucun encadrement à cet égard au Québec, ni ailleurs au Canada, y compris au fédéral. Néanmoins, en décembre 2013, l'OPC a présenté un document de consultation publique destiné à modifier la L.p.c.²⁰³. Une des dispositions proposées concerne une nouvelle présomption de taux lésionnaire, qui pourrait atteindre, à titre d'exemple, 35 % de plus qu'un taux de référence, comme le taux directeur²⁰⁴.

201. L.R.C. 1985, c. C-46.

202. N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, n° 239, p. 256-258.

203. OPC, *Phase IV de la révision législative. Première consultation. Modifications envisagées aux lois sous la surveillance de l'Office de la protection du consommateur*, 8 novembre 2013, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/ConsultationPhase4.pdf>.

204. *Id.*, n° 27.

Enfin, soulignons l'obligation de respecter la protection des renseignements personnels de l'emprunteur²⁰⁵. D'une manière générale, les législations fédérale et québécoise prévoient que toute personne qui exploite une entreprise au Québec et qui constitue un dossier sur une autre personne résidant au Québec doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire²⁰⁶. Le dossier, qui doit être sur support matériel, doit avoir un objet déclaré et la personne qui le constitue ne peut recueillir que les renseignements nécessaires à la réalisation de cet objet²⁰⁷. Le maintien d'un dossier personnel ne peut porter atteinte à la réputation et à la vie privée²⁰⁸. La cueillette des renseignements personnels doit se faire par des moyens licites auprès de la personne concernée²⁰⁹. Des mesures sécuritaires doivent être prises par la personne qui recueille et conserve les renseignements pour leur conservation confidentielle²¹⁰. La loi fédérale prévoit que les mesures de sécurité varient en fonction de la sensibilité des renseignements²¹¹. De plus, la personne qui détient le dossier ne peut pas utiliser les renseignements qu'elle possède à des fins non pertinentes à l'objet du dossier²¹². Elle ne peut pas communiquer les renseignements personnels, sauf avec le consentement de la personne concernée ou selon ce que la loi québécoise prévoit²¹³.

205. Pour plus de détails sur ce point, voir : N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, nos 176-178, p. 197-203.

206. Au Québec : *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 4 (ci-après L.p.r.p.s.p.); C.c.Q., art. 37. Au fédéral : *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, Annexe 1 (*Code type sur la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA-Q830-96), art. 4.2 (ci-après L.p.r.p.d.e., Annexe 1).

207. Art. 5 L.p.r.p.s.p.; C.c.Q., art. 37; art. 4.2, 4.4, 4.5 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

208. C.c.Q., art. 35 et 38.

209. Les renseignements peuvent également être recueillis auprès de tiers avec l'autorisation de la personne concernée, sauf exception : art. 6 L.p.r.p.s.p.; art. 4.2, 4.4, 4.5 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

210. Art. 10 L.p.r.p.s.p.; art. 4.7 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

211. Art. 4.7.2 L.p.r.p.d.e., Annexe 1. Il peut s'agir de moyens matériels (verrouillage des classeurs et de l'accès), administratifs (autorisation et accès restreint) et techniques (mots de passe et chiffrement).

212. Art. 13 L.p.r.p.s.p.; art. 4.3.3, 4.4 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

213. Art. 12-14, 18, 20, 39, 40 L.p.r.p.s.p.; art. 7 L.p.r.p.d.e.; art. 4.3 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

Parmi les modèles exposés dans la typologie des prêts entre particuliers par Internet²¹⁴, les trois premiers modèles, incarnés par le prêt simple, le recours aux enchères et le prêt sans intérêt, peuvent généralement être analysés au même titre que le prêt d'argent traditionnel. Un premier élément essentiel concerne l'information qui doit être transmise à l'emprunteur, surtout en ce qui concerne le prêt sans intérêt. Dans un contexte commercial où le prêt est à but lucratif, le prêt sans intérêt est présenté pour une durée limitée. L'article 22 du *Règlement sur le coût d'emprunt*²¹⁵ indique que la banque doit mentionner si « tout intérêt dû après cette période courra ou non pendant celle-ci, cette indication devant avoir la même importance que la mention de la renonciation, si elle est explicite, sinon, devant être en évidence ». Dans le cas où des intérêts ne courent pas, les conditions applicables à l'exemption de ces intérêts et le taux annuel sur le capital doivent être prévus dans la publicité. Une pratique pourrait consister à exiger des frais de retard, lesquels peuvent être qualifiés de frais de crédit s'ils sont dénoncés comme tels dans le contrat²¹⁶.

Le quatrième modèle est le plus complexe et fait cohabiter l'idée de base, soit le prêt à intérêts, avec la vente de titres financiers à des investisseurs. Dans le tronçon « prêt », nous avons indiqué ci-dessus que l'intermédiaire fait appel à une institution financière, appelée WebBank, ce qui le différencie des autres modèles proposés. Cette banque états-unienne respecte les exigences réglementaires habituellement imposées aux banques, comme l'obtention d'un permis d'opération, l'assujettissement à l'assurance-dépôts, le respect des règles concernant le blanchiment d'argent et l'observance des exigences réglementaires lors d'un prêt, dont l'obligation de divulgation. Ce *modus operandi*, soit l'intervention d'une banque pour effectuer le prêt, est un changement de cap drastique de la part de ces prêteurs par Internet qui affirmaient à leurs débuts ne pas avoir besoin de

214. *Supra*, Section 2.1.1.

215. DORS/2001-101 (Gaz. Can. II).

216. Art. 92 L.p.c.; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 1319.

banques et même offrir un service de qualité supérieure à celles-ci.

Si cette approche doit être encouragée, il faut néanmoins noter deux points importants. D'abord, les taux d'intérêt peuvent parfois atteindre 40 %²¹⁷, ce qui pourrait devenir abusif²¹⁸. Ensuite, il convient de s'interroger au sujet de la qualité de l'évaluation du crédit de l'emprunteur, celle-ci reposant principalement sur le dossier de crédit, mais tenant également compte des revenus et des dépenses (ratio d'endettement) de l'emprunteur²¹⁹. En ce sens, les récentes exigences imposées par la Dodd-Frank Act²²⁰, obligeant les prêteurs hypothécaires à vérifier la capacité de payer selon les revenus, les dépenses et le dossier de crédit, devraient être transposées au prêt personnel, surtout lorsqu'il est octroyé par l'entremise d'Internet.

CONCLUSION

Phénomène récent, mais inspiré d'un concept éprouvé, le prêt entre particuliers par Internet juxtapose l'expérience communautaire et les nouvelles technologies. Les versions récentes des modèles se sont toutefois écartées du communautarisme, puisque les investisseurs ne se fient qu'à un pointage de crédit établi par la plate-forme de prêts, l'emprunteur conservant son anonymat. Devant les abus potentiels et les risques liés à ces opérations, le législateur s'est interrogé quant à la nécessité d'encadrer cette activité.

Or, notre analyse permet de classer en deux phases cette forme de prêt, soit l'investissement effectué par des investisseurs à la recherche d'un profit et un prêt octroyé par les sociétés

217. Voir : LENDING CLUB, « Loan Agreement », art. 1, en ligne : <<https://www.lendingclub.com/info/loan-agreement.action>> (consulté en 2013). La société Prosper limite les taux octroyés aux emprunteurs risqués à 35,36 %.

218. Voir *supra* notes 202-204 et le texte correspondant.

219. LENDING CLUB, « Loan Agreement », préc., note 217, art. 2; P. SLATTERY, préc., note 6, 238-239.

220. Préc., note 86, § 1412; *Consumer Credit Protection Act*, 15 USC § 1639c(b).

intermédiaires à partir de l'argent recueilli auprès de ces investisseurs.

Dans le premier cas, il est nécessaire, selon nous, de bien adapter la réglementation des valeurs mobilières afin de tenir compte d'une meilleure divulgation de l'information, de renforcer les règles qui entourent la mise sur le marché de ces produits financiers et de s'assurer de la rigueur de ces plates-formes, notamment en ne les rendant accessibles qu'aux seuls investisseurs qualifiés, même si une telle restriction peut nuire à l'implantation et à l'expansion de ces plates-formes au Québec. Au demeurant, toute réglementation des prêts en ligne devra tenir compte de la grande capacité d'innovation qui caractérise ce type de prêt et de l'évolution rapide qui marquent les différents modèles utilisés par les plates-formes.

Dans le second cas, il faut convenir que les dispositions législatives concernant l'obtention d'un permis, la formation du contrat de prêt et les informations divulguées au consommateur, la protection contre les taux abusifs et usuraires ainsi que la protection des renseignements personnels semblent généralement adéquates dans les circonstances actuelles. Cependant, il convient de s'interroger sur la possibilité de restreindre les prêts aux souscripteurs d'une plate-forme de prêts entre particuliers, comme le suggère le *Règlement 45-108 sur le prêt participatif*²²¹. Il faudrait également considérer la possibilité d'assujettir ces entreprises aux obligations fédérales en matière de lutte au blanchiment d'argent. Enfin, il serait légitime de s'interroger à propos du contrôle et de la supervision des plates-formes de prêt entre particuliers. En effet, compte tenu des différents modèles qui peuvent être utilisés pour ce type de prêt et de la pertinence de plusieurs législations en cette matière, le recours à une seule agence de réglementation pour la protection à la fois des consommateurs investisseurs ou prêteurs et des consommateurs emprunteurs, à l'image de l'AMF, nous paraît être la meilleure avenue pour donner une cohérence à cet encadrement juridique.

221. Préc., note 197, art. 10 et 45.

Cette approche, qui évite la multiplication des autorités réglementaires, pourrait être un préalable à une démarche internationale et harmonisée relative aux règles applicables au prêt entre particuliers par Internet.