



Le 15 octobre 2010

[TRADUCTION]

Par courriel : finlegis@fin.gc.ca

Madame Jane Pearse
Direction de la politique du secteur financier
Ministère des Finances
L'Esplanade Laurier
15^e étage, tour Est
140, rue O'Connor
Ottawa (Ontario) K1A 0G5

Objet : Garantir l'accès des entreprises au financement hypothécaire à long terme

Madame,

Les Sections du droit de la faillite et de l'insolvabilité et du droit des affaires de l'Association du Barreau canadien (Sections de l'ABC) se réjouissent d'avoir l'occasion de réagir au document de consultation de Finances Canada, intitulé « Garantir l'accès des entreprises au financement hypothécaire à long terme ». Dans ledit document, Finances Canada propose d'augmenter la portée de l'exemption accordée par les dispositions sur les modalités obligatoires de remboursement anticipé du paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt*¹, afin qu'en bénéficient :

- a) les sociétés de personnes; et
- b) les fiducies établies exclusivement ou en partie pour des raisons commerciales.

À l'origine, l'objectif de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* était de remédier aux problèmes d'agriculteurs aux prises avec des hypothèques à taux d'intérêt élevé et immobilisées à long terme, auxquelles s'appliquaient des primes ou pénalités considérables en cas de remboursement anticipé. Environ dix ans après l'article d'origine, l'exemption prévue par le paragraphe 10(2) fut édictée pour réagir aux problèmes que suscitait le paragraphe 10(1) à l'égard des sociétés, particulièrement les compagnies de chemin de fer, lorsqu'elles cherchaient à obtenir un financement à long terme par le biais de prêts garantis par des hypothèques immobilières. Manifestement, les prêteurs hésitaient à accorder des hypothèques à long terme s'il était possible, pour l'emprunteur, de rembourser le prêt après cinq ans, même lorsque le prêt hypothécaire était (selon son propre libellé) fermé. Par conséquent, le paragraphe 10(1) ne s'applique désormais qu'aux débiteurs hypothécaires qui ne sont pas des personnes morales². Il existe, dans plusieurs

¹ *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, ch. I-15.

² *Litowitz c. Fiduciaire de la compagnie d'assurances Standard Life*, 1996 CarswellOnt 4028 (C.A.).

provinces, dont l'Ontario, la Saskatchewan et le Manitoba, des dispositions législatives qui correspondent à l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt fédérale*³.

Finances Canada propose de moderniser la *Loi sur l'intérêt* en allongeant la liste des entités exemptées de l'application du paragraphe 10(1). Les Sections de l'ABC croient comprendre que l'objectif est de permettre à toutes les entités commerciales d'accéder, en toute égalité, à du financement à long terme en leur permettant de négocier leurs propres modalités de paiement anticipé. L'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* et les modifications proposées permettraient aux emprunteurs commerciaux de négocier plus facilement leurs propres modalités hypothécaires et d'obtenir, en échange d'un taux d'intérêt plus bas, des privilèges moins avantageux de paiement anticipé, si c'est ce qu'ils désirent.

OBSERVATIONS

i. L'augmentation de la portée de l'exemption devrait également profiter à certains particuliers

Les Sections de l'ABC soutiennent l'augmentation de la portée de l'exemption prévue par le paragraphe 10(2) de la *Loi sur l'intérêt*. Il est souhaitable que toute partie à une entente de prêt commercial puisse librement négocier ses propres modalités de paiement anticipé et accède ainsi à une entente plus avantageuse de prêt à long terme. Cependant, en excluant les particuliers, les modifications proposées excluent, en fait, les entrepreneurs et autres particuliers qui font des affaires sans se constituer en personne morale ni former de société de personnes. Les modifications empêcheraient ces particuliers de tirer profit des avantages éventuels que pouvait leur procurer la capacité de négocier des modalités de paiement anticipé pour obtenir du financement garanti, à long terme, par une hypothèque immobilière.

Les Sections de l'ABC croient que l'exemption du paragraphe 10(2) de la *Loi sur l'intérêt* devrait s'appliquer aux particuliers empruntant de l'argent dans le but d'exploiter une entreprise, lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur un immeuble utilisé aux fins de ladite entreprise. Les Sections de l'ABC remarquent que certaines dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont censées ne s'appliquer qu'aux particuliers exploitant une entreprise et qu'en relation avec des immeubles acquis ou utilisés par ces particuliers aux fins de ladite entreprise. Or, cette *Loi* comprend des limites similaires.⁴

Recommandation

Les Sections nationales du droit de la faillite et de l'insolvabilité et du droit des affaires de l'Association du Barreau canadien recommandent que les modifications au paragraphe 10(2) de la Loi sur l'intérêt soient rédigées de manière à s'appliquer aux particuliers empruntant de l'argent dans le but d'exploiter une entreprise, lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur un immeuble utilisé aux fins de ladite entreprise.

ii. Modalités de paiement anticipé et exécution

L'objectif sous-jacent à l'article 10 est de permettre à un débiteur hypothécaire/emprunteur exploitant une entreprise d'accéder à un financement à long terme avantageux en négociant des modalités de paiement anticipé incluses dans un financement à long terme garanti par une hypothèque. Ceci permettrait aux prêteurs et emprunteurs de négocier des taux d'intérêt

³ *Loi sur les hypothèques*, L.R.O. 1990, ch. M.40, art. 18. Voir aussi : *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 10, *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 35, *La Loi sur les hypothèques*, C.P.L.M. ch. M200, art. 20 et la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales*, C.P.L.M. ch. F15.

⁴ Voir *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1980, ch. B-3, paragraphes 50.6(2) (financement temporaire), 64.2(3) (charge en faveur de professionnels) et 65.13(2) (vente d'actifs hors du cours ordinaire des affaires).

avantageux en échange de concessions sur la possibilité, pour l'emprunteur, de payer son hypothèque avant l'échéance de celle-ci.

Généralement, un débiteur hypothécaire/emprunteur n'a pas le droit de rembourser une hypothèque avant la date précisée dans l'hypothèque⁵. D'ordinaire, le créancier hypothécaire/prêteur ne souhaite pas que le débiteur hypothécaire/emprunteur rembourse le prêt avant l'échéance de l'hypothèque et en affecte le rendement. Les prêts hypothécaires sont souvent fermés, ou ne permettent le paiement anticipé par le débiteur hypothécaire/emprunteur que sur paiement de maintien du rendement convenu, soit d'une prime sur le paiement anticipé qui permet au créancier hypothécaire/prêteur d'obtenir le même rendement que si le débiteur hypothécaire/emprunteur avait effectué tous les paiements hypothécaires prévus, jusqu'à échéance. L'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* est conçu pour permettre ce genre de disposition.

Bien que l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* traite de la capacité des prêteurs et emprunteurs à négocier les modalités de paiement anticipé – d'ordinaire, l'exigence de faire des versements de maintien du rendement convenu – applicables lorsque le débiteur hypothécaire/emprunteur souhaite payer volontairement, par anticipation, un prêt hypothécaire à long terme, les Sections de l'ABC se préoccupent du fait que des versements de maintien du rendement convenu conformément à l'hypothèque pourraient ne pas avoir force exécutoire lorsque le débiteur hypothécaire/emprunteur, volontairement ou pas, se trouve en défaut et que le créancier hypothécaire/prêteur est forcé d'exercer ses recours hypothécaires.

En *equity*, un débiteur hypothécaire/emprunteur en défaut pouvait rembourser l'hypothèque en donnant au créancier hypothécaire/prêteur soit un avis de six mois ou en payant six mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis. Cependant, un créancier hypothécaire/prêteur réalisant sa sûreté avait l'obligation d'accepter les versements effectués par le débiteur hypothécaire/emprunteur pour s'acquitter de son dû, sans intérêts supplémentaires ou versements de maintien du rendement convenu⁶. Des dispositions législatives édictées en Ontario, en Saskatchewan et au Manitoba accordent un droit semblable au débiteur hypothécaire/emprunteur. À titre d'exemple, la *Loi sur les hypothèques* de l'Ontario prévoit ce qui suit : ⁷

17. (1) Paiement du principal advenant le défaut. Malgré toute convention contraire, dans le cas de défaut de paiement des sommes dues sur le principal garanti par une hypothèque sur une propriété franche ou une propriété à bail, le débiteur hypothécaire ou la personne qui a le droit d'effectuer un tel paiement, peut, moyennant le versement de trois mois d'intérêts sur l'arriéré du principal, acquitter cet arriéré. Il peut également, moyennant un avis écrit d'au moins trois mois donné au créancier hypothécaire, énoncer son intention d'effectuer un tel versement à la date qui y est indiquée. Le versement ainsi effectué à la date indiquée lui donne droit d'acquitter l'arriéré sans payer d'autres intérêts que ceux courus à cette date.

En pratique, permettre au débiteur hypothécaire/emprunteur de rembourser une hypothèque sur paiement de seulement trois ou six mois d'intérêts empêche le créancier hypothécaire/prêteur de récupérer le rendement convenu par entente contractuelle dans le cas où le débiteur hypothécaire/emprunteur fait défaut et que le créancier hypothécaire/prêteur prend des mesures d'exécution. Aucune exemption aux règles d'*equity* relatives au remboursement ou au

⁵ Voir, à titre d'exemple, *Banque Hong Kong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, 1993 CarswellAlta 250 (C.S.C.) et *International Taoist Church of Canada c. Ching Chung Taoist Assn. of Hong Kong Ltd.*, 2010 CarswellBC 2180 (C.S.C.).

⁶ Voir *O'Shanter Development Company Ltd. c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1995] O.J. No 2546 (Div. gén.).

⁷ *Loi sur les hypothèques*, L.R.O. 1990, c. M.40, paragraphe 17(1); *The Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16, art. 40; *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, ch. S-17.1. Voir *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, ch. I-15, paragraphe 8(1). Voir aussi *Lynch c. Citadel Life Assurance Co.*, [1983] 149 D.L.R. (3d) 316, *Mun. Savings & Loan Corp. c. Wilson* (1981), 20 R.P.R. 188, 127 D.L.R. (3d) 127 (C.A.).

paragraphe 17(1) de la *Loi sur les hypothèques* de l'Ontario n'est prévue pour les personnes morales ou les sociétés par actions.

En général, la *Loi sur l'intérêt* est également perçue comme une restriction à la capacité du créancier hypothécaire/prêteur de récupérer le rendement convenu. La *Loi sur l'intérêt* prévoit ce qui suit :⁸

8. (1) Pas d'amende sur les versements arriérés. Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêts garantis par hypothèque sur immeubles ou biens réels, aucune amende, pénalité ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

Cette disposition a été interprétée comme limitant la capacité d'un créancier hypothécaire/prêteur à récupérer des « primes de résiliation anticipée »⁹ et les prêts hypothécaires commerciaux ne sont pas exemptés de l'application de l'article 8.

Les Sections de l'ABC ne croient pas qu'il existe de motif impérieux pour que le droit d'un créancier hypothécaire/prêteur à récupérer le rendement convenu lorsqu'il exécute une hypothèque avant échéance en raison d'un défaut ne corresponde pas à la capacité du créancier hypothécaire/prêteur de récupérer le rendement convenu lorsque le débiteur hypothécaire/emprunteur souhaite mettre fin volontairement à l'entente de prêt avant échéance. Nous sommes d'avis que la protection d'un particulier qui est débiteur hypothécaire/emprunteur face à son obligation de payer le rendement convenu n'est pas, dans le cas d'ententes de prêt commerciales, une justification suffisante puisque les parties auront, dans ces cas, et conformément à l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*, négocié les modalités relatives au paiement anticipé. La justification même qui sous-tend l'exemption des prêts commerciaux à l'application de l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* s'applique.

Les Sections de l'ABC croient que l'élargissement de l'accès des emprunteurs commerciaux à du financement hypothécaire à long terme avantageux ne sera pleinement réalisé que lorsque la réclamation du créancier hypothécaire/prêteur contre le débiteur hypothécaire/emprunteur en défaut, et son exécution, seront identiques à la réclamation du créancier hypothécaire/prêteur lorsque le débiteur hypothécaire/emprunteur souhaite mettre fin volontairement à la relation de prêt dans le cours normal des affaires.

Les Sections de l'ABC remarquent que bien qu'il y ait, en *common law*, des limites à la capacité du créancier hypothécaire/prêteur à récupérer d'un débiteur hypothécaire/emprunteur des « pénalités » lors de la résiliation d'une relation de prêt, la limite applicable en pratique aux prêteurs et emprunteurs lorsqu'ils négocient des modalités de paiement anticipé créées par le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les hypothèques* de l'Ontario et par d'autres dispositions similaires ainsi que le droit en *common law* de recouvrer, ne s'appliquent pas aux prêts autres que les prêts hypothécaires. Dans le cadre d'un prêt garanti par des biens mobiliers, l'emprunteur et le prêteur sont libres de négocier des modalités de paiement anticipé. Sous réserve du droit applicable en matière de pénalités, le prêteur peut récupérer toute réclamation découlant de la résiliation du prêt avant échéance. Par exemple, dans l'arrêt *Pike c. Bel-Tronics*¹⁰, la Cour supérieure de l'Ontario a examiné la question de savoir si des « droits de sortie », qui sont payables en cas de résiliation précoce, volontaire ou non, par l'emprunteur ou par le prêteur d'une entente de prêt, ou en cas de

⁸ *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, ch. I-15.

⁹ Voir par exemple *McDonald c. Royal Trust Corp. of Canada*, [1987] A.J. No. 1165 (B.R.). Voir aussi *O'Shanter Development Company Ltd. c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1995] O.J. No. 2546 (Div. Gén.) au sujet de l'interaction entre l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt* (Canada) et le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les hypothèques* (ON) et *Mastercraft Properties Ltd. c. EL EF Investments Inc.*, 1993 CarswellOnt 614 (C.A.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée (1994), 35 R.P.R. (2d) 219n (C.S.C.).

¹⁰ 2000 CarswellOnt 3540, 19 C.B.R. (4th) 262 (C.S.J.).

quelque avancement de l'échéance des obligations dues par l'emprunteur au prêteur, pouvaient être recouvrés par un prêteur dans le contexte de la mise sous séquestre de l'emprunteur. La cour a conclu que les droits de sortie n'étaient pas une « pénalité » et étaient recouvrables par le prêteur. La cour déclare ce qui suit lorsqu'elle confirme la capacité de l'emprunteur à récupérer les frais :

[TRADUCTION] Il convient de rappeler que le prêteur était un prêteur à risque élevé, sinon de dernier recours, et que l'entente de prêt a été négociée entre le prêteur et l'emprunteur, deux entités commerciales averties bénéficiant, toutes deux, des services d'avocats tout au long du processus¹¹.

Nous sommes d'avis que l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt* devrait être modifié de façon à prévoir que dans le cas d'hypothèques commerciales, toutes les pénalités relatives au paiement anticipé ou à des paiements de maintien du rendement convenu versés en cas de défaut puissent être récupérées par le créancier hypothécaire/prêteur.

Recommandation

Les Sections nationales du droit de la faillite et de l'insolvabilité et du droit des affaires de l'Association du Barreau canadien recommandent que l'article 8 de la Loi sur l'intérêt soit modifié de façon à prévoir que dans le cas d'hypothèques commerciales, toutes les pénalités relatives au paiement anticipé ou à des paiements de maintien du rendement convenu en cas de défaut puissent être récupérées par le créancier hypothécaire/prêteur.

iii. Incompatibilité avec d'autres dispositions législatives

Il existe dans certaines provinces canadiennes des dispositions législatives semblables à l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*. À titre d'exemple, l'article 18 de la *Loi sur les hypothèques* de l'Ontario se lit comme suit :

18. (1) Droit au rachat après cinq ans. Lorsque tout ou partie du principal ou des intérêts garantis par une hypothèque sur une propriété franche ou une propriété à bail, est, en vertu de l'hypothèque, échu plus de cinq ans après la date de l'hypothèque, aucun autre intérêt sur le principal ou les intérêts échus de l'hypothèque n'est exigible, payable ou recouvrable après cette date si la personne ayant l'obligation de payer ou le droit de rachat offre ou paie au créancier hypothécaire du montant de l'hypothèque, à une date subséquente à ces cinq ans, le principal et les intérêts échus à la date de l'offre ou du paiement, de même que les intérêts de trois mois supplémentaires pour tenir lieu d'avis.

(2) Exceptions. Le présent article n'a pas d'application dans le cas d'une hypothèque consentie par une compagnie par actions ou une autre personne morale, ou d'une débenture émise par celles-ci et garantie par une sûreté sur une propriété franche ou une propriété à bail.

À moins que des modifications correspondantes ne soient effectuées, élargir l'exemption prévue par le paragraphe 10(2) de la *Loi sur l'intérêt* pourrait créer des incompatibilités entre les dispositions législatives fédérales et celles ailleurs au Canada. Des litiges supplémentaires, qui auraient pu sinon être évités, pourraient en découler¹².

¹¹ *Ibid.*

¹² Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Mastercraft Properties Ltd. c. EL EF Investments Inc.*, 1993 CarswellOnt 614 (C.A.); dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la constitutionnalité de ce qui est désormais le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les hypothèques* (ON) à la lumière des dispositions du paragraphe 8(1) de la *Loi sur l'intérêt*, et de l'arrêt *Tomell Investments Ltd. c. East Markstock Lands Ltd.*, 1977 CarswellOnt 422 (C.S.C.) qui examine la validité constitutionnelle de l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt* (Canada). Les Sections de l'ABC n'ont pas examiné la question de savoir s'il existait, entre les dispositions législatives provinciales/territoriales reliées aux hypothèques et l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*, des incompatibilités pouvant être inconstitutionnelles.

CONCLUSION

Les Sections de l'ABC soutiennent la proposition d'élargir l'exemption prévue par l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* afin que d'autres entités commerciales soient incluses. Nous croyons que l'exemption devrait être élargie encore davantage de manière à inclure les particuliers exploitant des entreprises, en ce qui concerne des hypothèques sur des biens utilisés dans le cadre desdites entreprises.

Les Sections de l'ABC remarquent également ce qui suit :

- (a) Les limites à la capacité d'un créancier hypothécaire/prêteur à récupérer le rendement convenu dans le contexte de l'exécution contreviennent à l'atteinte de l'objectif sous-tendant l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* et une modification de l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt* remédierait à cette situation; et
- (b) Les modifications proposées pourraient entraîner des incompatibilités entre la *Loi sur l'intérêt* et les dispositions législatives relatives aux hypothèques dans certaines provinces telles que l'Ontario, la Saskatchewan et le Manitoba.

Nous vous prions d'agréer, madame, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

(original signé par Gaylene Schellenberg pour E. Patrick Shea et Ross Swanson)

E. Patrick Shea
Président, Section nationale du droit de la
faillite, de l'insolvabilité et de la restructuration

Ross Swanson
Président, Section nationale du droit des affaires