



L'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* (Canada) et les prêts hypothécaires fermés de plus de cinq ans : interprétation d'une loi désuète

INTRODUCTION

La *Loi sur l'intérêt*¹ (Canada) (la « Loi ») est une loi fédérale qui s'applique dans tout le Canada. L'article 10 de cette Loi dispose :

Nul autre intérêt n'est payable

10. (1) Lorsqu'un principal ou un intérêt garanti par hypothèque sur immeubles ou biens réels n'est pas payable, d'après les modalités de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant le droit de payer en vue d'éteindre ou de racheter l'hypothèque offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

Quand l'article ne s'applique pas

(2) Le présent article n'a pas pour effet de s'appliquer à une hypothèque sur immeubles ou biens réels consentie par une compagnie par actions ou autre personne morale, non plus qu'aux débetures émises par une telle compagnie ou personne morale, dont le remboursement a été garanti au moyen d'hypothèques sur immeubles ou biens réels.

Ainsi, même s'ils ne sont pas remboursables par anticipation ou s'ils le sont avec maintien du rendement, les prêts hypothécaires de plus de cinq (5) ans peuvent être remboursés par anticipation en versant trois (3) mois d'intérêt, à moins que l'emprunteur ne soit admissible à la dispense prévue au paragraphe 10(2).

Me Fredric L. Carsley est membre de notre Groupe Immobilier. Il se spécialise dans la mise en valeur, l'acquisition, l'aliénation, le financement et la location d'immeubles commerciaux. Il est président sortant du Comité des Relations gouvernementales au sein de la division canadienne du Conseil international des centres commerciaux (ICCC). Me Carsley s'est vu décerner le 2006 Trustees Distinguished Service Award en reconnaissance du travail qu'il a accompli pour l'industrie des centres commerciaux au Canada.



Pour des motifs valables, notamment en matière d'impôt sur le revenu et de taxe sur le capital, les détenteurs d'immeubles commerciaux canadiens se structurent fréquemment en sociétés en commandite ou en fiducies. De plus, les fiducies de placement immobilier forment une tranche importante des propriétaires d'immeubles. Pourtant, ni les sociétés en commandite ni les fiducies ne sont admissibles à la dispense prévue au paragraphe 10(2).

HISTORIQUE LÉGISLATIF

C'est le juge Robins de la Cour d'appel de l'Ontario qui explique le mieux l'historique législatif de ces dispositions dans l'arrêt *Litowitz*², fréquemment cité :

[TRADUCTION]

Le droit de remboursement par anticipation prévu par l'article 10 a été adopté initialement par le Parlement en 1880. [...] Selon ce que révèlent les débats parlementaires (*Débats de la Chambre des communes*, 31 mars 1880, p. 954), le premier paragraphe visait à

remédier au problème des agriculteurs aux prises avec des prêts hypothécaires à long terme assortis de taux d'intérêt élevés et assujettis à d'importantes primes ou pénalités en cas de remboursement par anticipation. La clause de dispense a été adoptée dix ans plus tard par suite des problèmes que le premier paragraphe avait créés pour les personnes morales, particulièrement les sociétés de chemins de fer, dans le cadre de l'obtention de financement à long terme au moyen de prêts garantis par des hypothèques immobilières. À juste titre, les prêteurs hésitaient à prêter de l'argent à long terme s'il était loisible aux emprunteurs de rembourser ce prêt après cinq ans, et ce, même si l'hypothèque était fermée, selon les conditions de son octroi. Le deuxième paragraphe a été ajouté pour régler ce problème et faciliter les emprunts commerciaux à long terme en dispensant toute hypothèque « consentie par une compagnie par actions ou autre personne morale » de l'application du premier paragraphe. En conséquence, l'application du premier paragraphe se limite à des débiteurs hypothécaires qui ne sont pas des personnes morales. [Nos soulignés]

Comme nous l'avons déjà mentionné, de nos jours, les opérations sont fréquemment structurées au moyen de sociétés en commandite ou de fiducies, ni l'une ni l'autre desquelles ne sont des personnes morales. Alors qu'il discutait de ce problème récemment avec des représentants du ministère fédéral des Finances, l'auteur s'est fait poser la question suivante : [TRADUCTION] « Ce problème existe depuis longtemps. Pourquoi cet intérêt soudain ? ». La réponse se trouve dans le contexte économique actuel du secteur immobilier commercial : les taux d'intérêt sont à leur plus bas niveau historique, les prêteurs disposent d'une abondance de fonds disponibles à prêter à long terme et la concurrence entre les acheteurs de propriétés de qualité est si féroce que les taux de capitalisation sont abaissés à des niveaux concurrentiels très bas.

Ainsi, pour le propriétaire actuel qui cherche à se refinancer, il est logique de vouloir profiter des faibles taux d'intérêt à plus long terme. Pour l'acquéreur qui fixe le niveau des flux de revenu à un faible taux de capitalisation, alors que la marge d'erreur est souvent extrêmement mince, la dette stabilisée à long terme aide souvent à rationaliser les états financiers *pro forma*.

Aujourd'hui, l'expression « plus long terme » s'entend généralement de plus de cinq (5) ans, d'où le problème que pose l'article 10. Au moins un important prêteur institutionnel intègre la clause suivante dans ses offres de prêts sur une durée de dix ans :

[TRADUCTION]

Durée : 120 mois, à la condition que le prêteur obtienne un avis juridique acceptable portant qu'aucune des entités emprunteuses ne bénéficiera du droit de rembourser par anticipation le prêt avant l'échéance aux termes de la *Loi sur l'intérêt*, à défaut de quoi le prêt sera consenti pour une durée n'excédant pas 5 ans.

CONTOURNEMENT DU PROBLÈME

Le paragraphe 10(2) crée trois catégories de dispenses :

1. la société de capitaux (que la Loi appelle « compagnie par actions ») qui, si elle existe encore, est rarement utilisée, étant donné qu'il s'agit d'une association non dotée de la personnalité morale, ayant des actionnaires et qui n'est pas aussi réglementée qu'une personne morale;
2. la personne morale;
3. la débenture émise par une telle société de capitaux ou personne morale.

S'agissant d'exceptions à la règle générale, les tribunaux les interprètent restrictivement. De plus, l'article 10 est d'ordre public et, par conséquent, il n'est pas possible d'y déroger contractuellement. Des techniques ont donc été conçues pour contourner le problème, lesquelles comportent des avantages et des inconvénients relatifs.

UNE PERSONNE MORALE EN TANT QU'EMPRUNTEUR

Position en common law

La technique la plus fréquemment utilisée consiste à faire en sorte qu'une personne morale détienne, au registre immobilier, le titre légal de propriété de l'immeuble, tandis qu'une entité qui n'est pas constituée en personne morale (personne physique, société en commandite ou fiducie) en conserve la propriété effective.

Certaines provinces telles que l'Ontario disposent d'une législation similaire à la Loi, ce qui a occasionné certains litiges intéressants. Ainsi, l'arrêt rendu en 1998 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Kukor Construction & Developments & Associates v. Canada Life Assurance Co.*³, où a été examinée la question de la structuration d'une opération au moyen d'une société en commandite dans le contexte d'un prêt hypothécaire de plus de cinq (5) ans. Cet arrêt est souvent cité comme autorité jurisprudentielle établissant qu'une structure dans le cadre de laquelle le propriétaire effectif de l'immeuble est une société en commandite dont le commandité est une personne morale enregistrée, en tant que telle, à titre de propriétaire légal de l'immeuble, répond aux critères de la dispense prévue à l'article 10 de la Loi. L'arrêt *Litowitz*⁴ a aussi conclu que dans le cas où des personnes physiques achètent des logements dans un immeuble résidentiel à logements multiples constitué en une personne morale qui a vendu les unités et consenti le prêt hypothécaire, le paragraphe 18(2) de la *Loi sur les hypothèques* (Ontario), qui est essentiellement identique au paragraphe 10(2) de la Loi, interdit le remboursement par anticipation.

Position en droit civil québécois

Au Québec, nous sommes confrontés à un problème plus épineux découlant en grande partie du fait que la distinction qu'établit la common law entre la propriété légale (*legal ownership*) et la propriété effective ou bénéficiaire (*beneficial ownership*) n'existe pas au Québec. Même si le *Code civil du Québec* reconnaît ce qu'on appelle les démembrements du droit de propriété (l'usufruit, la servitude et l'emphytéose), il ne divise ni ne « fragmente » la propriété entre un titre de propriété légale et un titre de propriété effective comme le fait la common law. Ainsi, lorsque une personne morale acquiert un titre à l'égard d'un immeuble pour le compte d'une autre, elle le fait en tant que prête-nom ou mandataire (le pendant en droit civil du mandataire (*agent*) de common law) et ce prête-nom ne jouit d'aucun droit que ce soit à l'égard de cet immeuble. Le prête-nom signe habituellement une convention de prête-nom avec le propriétaire, par laquelle il renonce à tout droit et s'engage à ne rien faire sans la permission du propriétaire. Ainsi, puisque le constituant d'une hypothèque conventionnelle (c'est-à-dire contractuelle) doit avoir la capacité juridique d'aliéner⁵, même si le prête-nom est désigné comme constituant de la sûreté hypothécaire, il ne peut ce faire que pour le compte du véritable propriétaire.

En tenant compte de ce qui précède, structurer la propriété d'un immeuble situé au Québec au moyen d'un prête-nom figurant au titre de propriété pour le compte d'une entité non dotée de la personnalité morale, revient au même que si cette entité, en tant que véritable propriétaire, avait acheté l'immeuble de son propre chef et non par l'intermédiaire d'un prête-nom et, pour son propre compte, avait contracté un emprunt et hypothéqué l'immeuble. Certains praticiens estiment que les arrêts *Kukor* et *Litowitz* s'appliquent parfaitement et valablement au Québec mais, à la connaissance de l'auteur, aucune décision judiciaire ne confirme ni n'infirme cette position.

Technique du transfert (*Drop Down*)

L'approche sans aucun doute la plus prudente favorise ce qu'on appelle un « transfert » (*drop-down*), qui est utilisé fréquemment dans le cadre d'acquisitions financées par un nouveau financement hypothécaire de plus de cinq (5) ans. Cette opération s'effectue en deux étapes, soit l'achat de l'immeuble, la personne morale qui est propriétaire de l'immeuble l'étant de plein droit et non en tant que prête-nom suivi, après un certain délai convenu, du transfert de la propriété bénéficiaire à la société en commandite ou à la fiducie. Le motif juridique sous-jacent à cette technique est que les tribunaux ont statué que le moment pertinent pour l'application du paragraphe 10(2) et la date à laquelle l'hypothèque est consentie⁶.

La technique du transfert fonctionne bien pour des financements d'acquisitions où l'acquéreur peut prévoir la structuration de concert avec le prêteur et ainsi répondre aux besoins respectifs des parties. Elle ne fonctionne pas pour le financement initial ou le refinancement d'un immeuble dont la fiducie ou la société en commandite est déjà propriétaire, à moins que le raisonnement des arrêts *Kukor* et *Litowitz* ne soit accepté et mis en œuvre. Transformer la structure de propriété pour faire en sorte qu'une personne morale soit propriétaire est un processus coûteux qui comporte souvent des incidences défavorables en matière d'impôt sur le revenu et de taxe sur le capital ou d'impôt des grandes sociétés.

Enfin, même les prêteurs expriment certaines préoccupations au sujet de la technique du transfert. Informés de la situation, ils se demandent souvent si cette connaissance peut revenir les hanter cinq (5) ans plus tard. Mais puisque ils obligent eux-mêmes les emprunteurs à

déclarer et à garantir leur droit de propriété, quel autre choix ont-ils ?

Tout ceci ne fait que justifier davantage la nécessité d'une réforme législative.

Émission de débentures

Cette technique, permise par le paragraphe 10(2) de la Loi, consiste en un emprunt de fonds par la personne morale et en l'émission d'une débenture constatant la dette. La fiducie ou la société en commandite qui est propriétaire de l'immeuble garantit ensuite le titre de créance, de même que l'obligation de ses exécutions au termes de ce titre, au moyen d'une hypothèque sur l'immeuble.

Il s'agit d'un processus coûteux, qui nécessite une documentation abondante et que la plupart des emprunteurs préfèrent éviter. De plus, étant donné que l'emprunteur doit être une personne morale émettrice de la débenture, il faut éventuellement résoudre des problèmes en matière de taxe sur le capital. Dans le cadre d'opérations impliquant plusieurs propriétaires, les prêteurs insisteront généralement pour que le processus soit répété pour chacun des copropriétaires et emprunteurs. Si aucun d'entre eux n'est une personne morale, alors chacun se trouve confronté au problème que pose l'article 10. Lorsqu'un ou plusieurs emprunteurs sont des personnes morales et de ce fait admissibles aux termes du paragraphe 10(2), il n'est pas surprenant que ces derniers refusent de se lancer dans un processus de débentures simplement pour accommoder un copropriétaire structuré en tant que société en commandite ou en tant que fiducie. Les motifs de refus peuvent aller d'interdictions ou des restrictions internes insurmontables concernant l'émission de débentures jusqu'au simple refus de se lancer dans un processus complexe et coûteux qui n'est rendu nécessaire que parce qu'un autre copropriétaire n'est pas une personne morale. L'une ou l'autre explication est parfaitement légitime dans le monde commercial volatile d'aujourd'hui.

RÉFORME LÉGISLATIVE

Le statu quo et l'incertitude qui en découle ne servent les intérêts d'aucun intervenant du domaine des prêts hypothécaires commerciaux. Les prêteurs désireux d'« immobiliser » des fonds à long terme ne souhaitent pas voir les emprunteurs rembourser leur prêt par

anticipation avant l'échéance et perturber ainsi le rendement que les prêteurs en attendaient. Les emprunteurs veulent être en mesure de structurer leurs droits de propriété de la manière la plus avantageuse possible et emprunter à long terme sans complication induite ni dépenses supplémentaires. Les avocats à qui l'on demande de rendre des avis juridiques quant au caractère exécutoire des opérations souhaitent pouvoir le faire avec degré raisonnable de certitude. Pour établir une comparaison tirée de l'expérience personnelle de l'auteur, pourquoi la situation d'un emprunteur qui est une société en nom collectif formée de personnes morales est-elle si simple, alors que celle d'une société en commandite ou d'une fiducie est problématique ?

Si le paragraphe 10(2) a été ajouté à la Loi vers la fin du dix-neuvième siècle en vue de faciliter les emprunts commerciaux à long terme du type de personnes morales qui connaissait alors un engouement, il pourrait être très aisément modifié de nouveau en ajoutant les sociétés en commandite et les fiducies aux dispenses autorisées, ce qui réglerait facilement le problème et mettrait fin à toute l'incertitude et toutes les complications dont le présent texte fait état.

Pour le compte du Conseil international des centres commerciaux (le « CICC »), l'auteur, de concert avec le groupe Capital Hill d'Ottawa, a entrepris des pourparlers avec le ministère fédéral des Finances en vue de faire modifier le paragraphe 10(2). Une rencontre préliminaire a eu lieu à Ottawa le 13 juin 2006 et nos arguments ont suscité une réaction positive. Maintenant, ce processus se poursuit assidûment et, avec un peu de chance, le paragraphe 10(2) sera modifié dans un prochain avenir pour ajouter les sociétés en commandite et les fiducies à la liste des exceptions autorisées.

¹ (1985) L.R.C., ch. I-18

² Litowitz c. Standard Life Assurance Co. (Trustees of) (1996), 30 O.R. (3d) 579, [1996] O.J. n° 3816 (C.A. Ont.), demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada rejetée.

³ 11 O.R. (3d) 577.

⁴ Précité, note 3.

- ⁵ Article 2681 du *Code civil du Québec* : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui a la capacité d'aliéner les biens qu'il y soumet ».
- ⁶ Voir, par exemple, *Laberge c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1998] R.J.Q. 1956, où des personnes physiques ayant pris en charge une dette hypothécaire initialement contractée par une personne morale ne pouvaient se prévaloir du paragraphe 10(1) pour rembourser par anticipation cette dette après cinq ans.



DE GRANDPRÉ CHAIT SÉNÉCAL
AVOCATS

1000, rue De La Gauchetière Ouest, bureau 2900
Montréal (Québec) H3B 4W5 CANADA
Téléphone : (514) 878-4311 Télécopieur : (514) 878-4333
www.dgclex.com

Pour plus d'informations générales concernant
cet article, veuillez communiquer avec nous.

Pour la liste des avocats rattachés au
groupe Immobilier, veuillez cliquer sur :
[Immobilier](#)