

FINANCEMENT D'ENTREPRISES EN DÉTRESSE : LES LEÇONS DU CAS INDUSTRIES DAVIE

M^e Éric Lalanne

15 septembre 2004



TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	1
2.	Les faits	2
3.	Les documents pertinents : certains extraits	7
4.	Contrepartie et inopposabilité	10
4.1	La caution, un acte à titre gratuit ou à titre onéreux ?.....	10
4.2	Un acte de nature commerciale est nécessairement onéreux	14
4.3	L'action en inopposabilité et le cautionnement	17
4.4	Conclusion	21
5.	Aide financière et abrogation de l'article 44 de la <i>Loi sur les sociétés par actions</i>	22
6.	Taux d'intérêt abusif	27
6.1	Le taux annuel	27
6.2	Intervention judiciaire et taux d'intérêt.....	28
6.3	Taux criminel et validité du contrat	30
7.	Conclusion.....	37

1. INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, le chantier maritime opéré par Industries Davie inc. (ci-après appelée « Industries Davie ») à Lévis a connu diverses difficultés financières. Les déboires de l'entreprise ont fait les manchettes à maintes reprises. Les emplois en cause ont forcé la main des gouvernements fédéral et provincial qui ont injecté sous une forme ou une autre d'importants fonds publics dans l'espoir d'assurer la survie de l'entreprise.

Certains diront que cette survivante de l'époque industrielle du début du 20^e siècle est aujourd'hui mal adaptée pour répondre aux défis du commerce international et se défendre contre des concurrents qui sont soit grassement subventionnés ou soit situés dans des pays où les coûts de main-d'oeuvre représentent une fraction de ceux payés au Québec.

Pourtant, au début des années 2000, libérée d'un lourd passif suite à l'acceptation par ses créanciers d'une proposition concordataire, l'optimisme régnait chez Industries Davie qui comptait devenir le leader mondial dans la vente et la construction d'une nouvelle génération de plateformes de forage pétrolier en haute mer.

Samir Financial LL.C. (ci-après appelée « Samir Financial »), une personne morale créée en vertu des lois américaines, prêtera cinq millions de dollars américains afin de permettre à Industries Davie et d'autres compagnies qui lui sont affiliées de mener à terme ce projet. La faillite d'Industries Davie mettra fin aux espoirs de relance de l'entreprise. Depuis l'automne 2001, le chantier maritime est opéré sous la gouverne du syndic qui n'a toujours pas trouvé de preneur pour l'achat du chantier maritime et ses actifs.

Le présent document fait un survol des procédures judiciaires opposant Samir Financial au syndic de la faillite d'Industries Davie et des points de droit qui s'y rapportent.

2. LES FAITS

En 1998, Industries Davie, une compagnie constituée sous le régime de la *Loi canadienne des sociétés par actions*, est insolvable. Voulant se protéger des droits et recours de ses créanciers, Industries Davie trouve refuge derrière les dispositions du chapitre des propositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

En 1999, une compagnie américaine, Transnational Capital Venture Inc. (ci-après appelée « Transnational »), se montre intéressée à prendre le contrôle de la débitrice. Cette compagnie étrangère est contrôlée par un certain Joseph Eiger, un citoyen américain.

Forte de l'intérêt démontré par Transnational, la débitrice présente une proposition à ses créanciers en septembre 1999. Le 30 septembre 1999, les créanciers de la débitrice votent majoritairement en faveur de l'acceptation de celle-ci. Le 15 décembre 1999, le tribunal homologue la proposition. En bref, la proposition prévoit le paiement d'un dividende aux créanciers ordinaires d'environ 0,42¢ dans le dollar payable sur une période de quatre ans. Notamment, un dividende de 1,5 millions de dollars vient à échéance le 15 août 2001.

Afin d'acquérir Industries Davie, Eiger voit à l'incorporation de Davie International inc. (ci-après appelée « Davie International »), laquelle est contrôlée à 100 % par Transnational. Au tout début de l'an 2000, Davie International acquiert le contrôle d'Industries Davie.

Après avoir pris le contrôle d'Industries Davie, Eiger procède à divers changements administratifs et en scinde les activités. À cette fin, Eiger voit à l'incorporation d'une troisième société à savoir, Davie Acquisitions inc. Ainsi, sous la gouverne de Eiger, le groupe Davie est constitué de :

- **Davie International** : cette société par actions s'occupe de toutes les opérations du groupe concernant le développement des affaires, le marketing et les opérations financières et bancaires requises par le groupe. Elle détient

100 % des actions émises de Davie Acquisitions inc. À l'exception de sa capitalisation et des actions qu'elle détient du capital-actions de Davie Acquisitions inc., elle ne disposerait d'aucun autre actif tangible.

- **Davie Acquisition inc.** : le dossier de Cour ne permet pas de d'établir la nature exacte des objectifs d'affaires de cette entreprise ni la nature de ses opérations. Cependant, il est acquis qu'elle détient 100 % des actions du capital-actions d'Industries Davie
- **Industries Davie** : cette filiale contrôle toutes les opérations manufacturières du groupe. Tous ses contrats lui sont acheminés et transférés par Davie International. Elle possède à toute fin pratique tous les actifs tangibles du groupe Davie.

Lorsque Eiger en prend indirectement le contrôle, le carnet de commandes d'Industries Davie inclus la construction et l'entretien de certains navires, dont les plus importants contrats proviennent du gouvernement fédéral. Cependant, le groupe Davie voit son salut dans le lucratif marché de l'exploration pétrolière en haute mer. Le groupe Davie prévoit vendre et construire une nouvelle génération de plateformes de forage conçues pour l'exploitation en haute mer. Davie International espère s'associer à divers partenaires afin de développer le marché de ces plateformes, lesquelles seraient évidemment construites par Industries Davie.

Du 15 juillet au 20 août 2000, l'essentiel des liquidités financières d'Industries Davie sont transférées à Davie International. Ces transferts totalisent 8,8 millions de dollars. Davie International entend gérer les finances du groupe Davie et remettre à Industries Davie, au fur et à mesure des besoins de l'entreprise, les sommes couvrant le paiement de ses frais d'opérations. Ces transferts d'argent ne font pas l'objet d'une convention de prêt ou autre engagement écrit entre les deux compagnies liées. Le syndic, dans ses procédures, qualifie ces transferts de prêt.

Au début de l'année 2001, Davie International négocie avec divers intervenants la vente de deux plateformes de forage. Cependant, à la même époque, le groupe Davie est en

situation financière précaire et il est loin d'être acquis que le groupe survive jusqu'à ce que la vente de ces plateformes ne soit conclue. Industries Davie paie ses dettes au fur et à mesure de leurs échéances mais les coûts d'opération du chantier maritime dépassent les revenus générés par celui-ci. En fait, sans l'arrivée prochaine de nouveaux capitaux, il est inévitable que le groupe Davie devra mettre fin à ses opérations.

Tout au long de l'an 2000 et au début de cette année 2001, Eiger et le groupe Davie n'ont eu aucun succès auprès des banques et institutions financières qu'ils ont sollicitées autant au Canada qu'aux États-Unis. En soi, la situation de Davie est jugée trop précaire. Le projet des plateformes de forage est intéressant mais sans la confirmation de commandes fermes, les banques ne sont guère intéressées. Le groupe est également incapable de convaincre les autorités gouvernementales de leur consentir du financement intérimaire.

Dans le cadre de leurs démarches, Eiger et le groupe Davie consultent Samir Financial Services inc., un courtier en financement dont les opérations sont basées à Chicago. Voyant qu'il ne peut obtenir le financement à long terme qu'il recherche, Eiger demande à Samir Financial Services inc. si celle-ci peut l'aider à trouver un financement intérimaire (« bridge financing »), le temps de conclure la vente des plateformes de forage dont les négociations sont présentement en cours. Ayant étudié le plan d'affaires du groupe Davie, l'âme dirigeante de Samir Financial Services inc. s'intéresse au projet non plus comme courtier mais aux fins d'y participer comme prêteur. Celui-ci procède à la création de Samir Financial, une *limited liability company*, constituée en vertu des lois de l'Illinois, laquelle est disposée à prêter sur une base intérimaire la somme de cinq millions de dollars américains au groupe Davie.

Selon la proposition présentée au groupe Davie, Samir Financial offre de prêter ladite somme de cinq millions de dollars américains à Davie International, compagnie mère du groupe Davie, en autant que les actifs tangibles du groupe, à savoir le chantier maritime exploité par Industries Davie et tous les biens qui s'y trouvent, soient donnés en garantie du paiement du prêt.

Étant donné le risque relié à la transaction, sachant que le groupe Davie avait été incapable de se financer de façon conventionnelle et que ses liquidités s'épuiseront sous peu, Samir Financial exige du groupe Davie un intérêt de 4 % par mois pour la durée du prêt, lequel doit être remboursé au plus tard à l'intérieur d'un délai de 12 mois. Le groupe Davie accepte la proposition de Samir Financial.

Avant la clôture du prêt, Eiger et les représentants du groupe Davie déclarent à Samir Financial que les fruits du prêt financement serviront essentiellement à payer les opérations de développement des affaires, les coûts administratifs et les frais d'opération du chantier maritime requis afin de compléter les contrats en cours et pour garder celui-ci ouvert jusqu'à la conclusion de la vente des deux plateformes de forage présentement en cours de négociation. De telles ventes assureront la rentabilité à long terme de l'entreprise. Par ailleurs, selon les états financiers remis au créancier Samir Financial, les bilans et résultats financiers ne sont pas déficitaires. Samir Financial obtient également du groupe Davie une lettre d'une compagnie brésilienne impliquée activement dans l'industrie pétrolière confirmant son intérêt pour l'achat de deux plateformes.

Dans les journées précédant la clôture du financement, certaines considérations fiscales poussent les parties à modifier la structure du prêt. Une nouvelle compagnie américaine est créée, Dutloan Inc. (ci-après appelée « Dutloan »), laquelle sera l'emprunteur. Par contre, Davie International, Industries Davie et Eiger s'engagent à cautionner le prêt.

Au début du mois d'avril 2001, les parties procèdent à la clôture du prêt entre Samir Financial et Dutloan. Lors de la clôture, le produit net du prêt est remis à l'emprunteur, à savoir 3,5 millions de dollars américains. Une retenue de 1,5 millions de dollars américains est effectuée avec le consentement de l'emprunteur et des cautions, laquelle couvre l'équivalent des six premiers mois d'intérêts dus en vertu du prêt (1,2 millions de dollars américains), les frais de gestion (« closing fee ») de Samir Financial (250 000 USD) et les honoraires professionnels reliés à la préparation et la clôture du prêt.

Quant à la somme de 3,5 millions de dollars américains remise à Dutloan, cette dernière la transfère à Transnational laquelle la remet par la suite à Davie International.

Toujours dans le cadre de ce financement entre Samir Financial et Dutloan, Industries Davie consent à Samir Financial un cautionnement total et sans réserve quant à la dette due par Dutloan à Samir Financial et afin de garantir cette caution, Industries Davie concède à Samir Financial une hypothèque universelle, autant mobilière qu'immobilière, sur tous les actifs de la société.

Sans intervenir directement à la transaction, le syndic remet néanmoins à Industrie Davie un certificat confirmant qu'il n'y a aucun défaut aux termes de la proposition.

Dans ses procédures visant à obtenir l'annulation de l'hypothèque consentie par Industries Davie à Samir Financial, le syndic allègue que des cinq millions de dollars américains faisant l'objet du prêt, seule la somme de 2,7 millions de dollars américains fut éventuellement acheminée dans les coffres d'Industries Davie. Ainsi, selon le syndic, Industries Davie aurait consenti à Samir Financial une hypothèque couvrant la totalité de ses actifs afin de permettre à Davie International de lui rembourser en partie la somme de 8,8 millions de dollars prêtée au cours de l'année 2000.

La ventes des deux plateformes de forage ne se concrétisera pas. D'ailleurs un incendie en haute mer impliquant ce type de plateforme remet en cause leur sécurité. Le plan d'affaires du groupe Davie tombe, pour ainsi dire, à l'eau.

Le 15 août 2001, Industries Davie fait défaut de remettre au syndic la somme de 1,5 millions de dollars requise pour verser le dividende aux créanciers ordinaires conformément aux termes de la proposition acceptée par ceux-ci. Suite à une requête du syndic, le 24 octobre 2001 le tribunal annule la proposition de la débitrice Industries Davie et déclare celle-ci faillie à compter du 24 octobre 2001.

En novembre 2001, le syndic dépose une requête pour faire déclarer inopposable à la masse des créanciers l'hypothèque consentie par Industries Davie à Samir Financial afin de garantir le remboursement des sommes dues par Dutloan. De son côté, Samir

Financial entend faire valoir ses droits contre les actifs de la débitrice et signifie au syndic, en avril 2002, un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire afin d'obtenir le délaissement des biens soumis à son hypothèque, le tout afin de les vendre sous contrôle de justice. Une demande à la Cour est par la suite déposée en ce sens.

3. LES DOCUMENTS PERTINENTS : CERTAINS EXTRAITS

La reconnaissance de dette signée par Dutloan Inc. en faveur de Samir Financial stipule notamment :

- First paragraph of Page 1 - « *...the principal amount of Five Million and 00/100 Dollars (\$5,000,000.00) plus interest on the principal balance remaining from time to time unpaid at the rate of four percent (4.00%) per month (“Interest Rate”) to maturity, ...;*
- Fifth paragraph of Page 1 - « *... After the date of any Default (defined below) or maturity, whether by acceleration or otherwise, interest on the principal balance remaining from time to time unpaid shall be at the rate of four and 25/100 (4.25%) per month (“Default Rate”)...;*
- Second paragraph of Page 4 - « *This Note has been delivered in Chicago, Illinois and shall be governed by the internal laws of the State of Illinois (excluding conflicts of law rules). If any court of competent jurisdiction determines any provision hereunder to be prohibited or invalid or unenforceable under applicable law, such provision shall be ineffective only to the extent of such prohibition, invalidity or unenforceability without prohibiting, invalidating and rendering unenforceable the remainder of the provisions of this Note... »;*

Le cautionnement d'Industries Davie stipule notamment :

- Section 1.1 (a) which defines “AGREEMENTS” « ...means, collectively, the Term Note and General Security Agreement entered into between the DEBTOR and the CREDITOR dated April 4, 2001, and all other present and future agreements, undertakings and contracts pursuant to which the DEBTOR may be or become liable to the CREDITOR and any and all modifications, extensions, replacements, amendments, renewals, supplements, restatements and continuations thereof»;
- Section 1.1 (e) which defines “OBLIGATIONS” as « any and all indebtedness, liabilities and obligations of the DEBTOR to the CREDITOR pursuant to the AGREEMENTS and any and all other indebtedness, liabilities and obligations of the DEBTOR to the CREDITOR, of any nature whatsoever, present and future...»;
- Section 2.1: *For valuable consideration, receipt and sufficiency whereof are hereby acknowledged, the GUARANTOR, hereby, solidarily with the DEBTOR and with any and all other guarantors, guarantees and binds himself in favour of the CREDITOR, for the fulfilment and payment, when due, of all the OBLIGATIONS...»*
- Section 2.5: « The GUARANTOR covenants, represents and warrants that as at the date of this Guarantee: (a) the GUARANTOR is subject to a Re-Amended Proposal dated September 29, 1999... and that the GRANTOR is not in default of any obligation under the said Re-Amended Proposal;...»;
- Section 6.1: « The GUARANTOR hereby postpones and subordinates payment of all claims, debts and liabilities, present and future, of the DEBTOR to the GUARANTOR (“GUARANTOR'S CLAIMS”) to payment in full of the OBLIGATIONS and hypothecates and pledges the GUARANTOR'S CLAIMS in favour of the CREDITOR to the extent of an amount equal thereto

as security for the OBLIGATIONS. The GUARANTOR will not assign or hypothecate any of the GUARANTOR'S CLAIMS to any party other than the CREDITOR...»;

- Section 9.9: *« The undersigned acknowledges that the GUARANTOR is entering into this Guarantee freely and voluntarily, having ascertained and weighed all the facts and circumstances likely to influence its judgment herein, having sought and obtained independent legal counsel and satisfactory explanations to questions pertaining to this Guarantee, having been duly appraised of its legal rights and obligations hereunder, and that this Guarantee is executed in full understanding of and assent to all the terms and conditions of this Guarantee and, more particularly, the financial obligations incumbent on the GUARANTOR... The GUARANTOR declares that all essential stipulations of this Guarantee were freely and fully negotiated and concluded with the CREDITOR by mutual agreement, the whole in the context of a capital venture of the highest risk for the CREDITOR and where no other source of commercial financing was made available to the DEBTOR, and that this Guarantee does not constitute a contract of adhesion within the meaning of Article 1379 of the Civil Code of Quebec. ».*

L'hypothèque consentie par Industries Davie stipule notamment :

- Section 6.1: *« The GRANTOR covenants, represents and warrants that as of the date of this Deed and at all times during which this Deed is in effect: ... (dd) the GRANTOR is subject to the RE-AMENDED PROPOSAL and the GRANTOR is not in default thereunder;...»;*
- Section 24 (reprend essentiellement les stipulations de l'article 9.9 du cautionnement et de façon sommaire stipule essentiellement ce qui suit:) *all essential stipulations of the Deed of Hypothec were freely and fully negotiated and concluded with the CREDITOR by mutual agreement, the whole in the*

context of a capital venture of the highest risk for the CREDITOR and where no other source of commercial financing was made available to the DEBTOR.

4. CONTREPARTIE ET INOPPOSABILITÉ

Dans sa requête en inopposabilité, le syndic allègue que l'hypothèque octroyée par Industries Davie à Samir Financial n'est pas opposable à la masse des créanciers. La débitrice a cautionné le prêt consenti à Dutloan afin de recevoir le paiement des prêts et avances qu'elle a auparavant consentis à Davie International, avances qui, selon le syndic, n'auraient jamais dû exister. Par cette opération, tous les actifs d'Industries Davie se trouvent grevés d'une hypothèque qui ne laisse à l'entreprise aucune marge de manœuvre alors que Davie International bénéficie d'une réduction de ses obligations face à la débitrice. Sans le dire ouvertement, l'on déduit des procédures que le syndic considère l'ensemble de la transaction comme un non-sens. Toujours selon le syndic, l'hypothèque aurait donc été consentie en fraude des droits de la masse des créanciers de la débitrice et leur serait nettement préjudiciable. De plus, l'hypothèque aurait été consentie par la débitrice sans aucune contrepartie.

4.1 LA CAUTION, UN ACTE À TITRE GRATUIT OU À TITRE ONÉREUX ?

L'hypothèque attaquée par le syndic est l'accessoire de la caution consentie par Industries Davie à Samir Financial. Il convient donc d'analyser la validité de cette caution avant de se prononcer sur l'hypothèque.

Selon les termes du *Term Note* signé par Dutloan, les termes et conditions du prêt sont régis par le droit de l'État de l'Illinois. Cependant, la caution et l'hypothèque sont soumis au droit québécois.

Le Code civil du Québec prévoit expressément que le contrat de cautionnement peut être conclu à titre gratuit, tel que l'énonce l'article 2333 C.c.Q. :

« Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre

rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas. »

Le cautionnement est d'ailleurs traditionnellement analysé par la doctrine comme un contrat à titre gratuit comme l'illustre le professeur Ciotola :

« Le cautionnement est à titre gratuit ou à titre onéreux. De tradition, le cautionnement est analysé comme un contrat à titre gratuit. La caution rend service au débiteur : la caution agit ainsi en raison de liens affectifs de parenté ou d'amitié. C'est en cela que le cautionnement est un acte de bienfaisance, un acte à titre gratuit, car la caution s'oblige dans l'intérêt essentiellement du débiteur, et non du créancier. »¹

Ainsi, rien n'empêche au chapitre du cautionnement, que celui-ci soit conclu à titre gratuit. Cependant, les actes à titre gratuit sont difficilement compatibles avec le monde des affaires. Depuis fort longtemps, les autorités soutiennent la prétention que dès qu'une partie trouve un intérêt de nature commerciale à conclure un acte, celui-ci doit nécessairement être qualifié d'acte à titre onéreux².

L'article 1381 C.c.Q. définit les notions d'acte à titre gratuit et d'acte à titre onéreux :

« Le contrat à titre onéreux est celui par lequel chaque partie retire un avantage en échange de son obligation.

¹ Pierre CIOTOLA, Droit des sûretés, 3e édition, Les éditions Thémis, Montréal, 1999, page 22, par. 1.10; voir également Jacques DESLAURIERS, Précis de droit des sûretés, les éditions Wilson & Lafleur, 1990, Montréal, page 22-23.

² MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, édition Montchrestien, tome 2e, pages 81, 82 et 85; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit et de jurisprudence, tome 6, page 45; GAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L., Traité théorique et pratique civil – des obligations, tome 1er, Librairie de la Société du recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 3e édition, page 15.

Le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans retirer d'avantage en retour. »

Au cœur de la notion d'acte à titre onéreux, il y a la notion d'intérêt ou d'avantage réciproque, tel que l'énonce le professeur Pineau :

« Le contrat à titre onéreux est celui qui profite aux deux contractants, chacun des deux ayant un intérêt à retirer de ce contrat. »³

Les auteurs de droit français précisent par ailleurs que le contrat est à titre onéreux (quand il est intéressé de part et d'autre)⁴. Cet intérêt se retrouve soit « quand chacune des parties a en vue un intérêt distinct et pécuniairement appréciable »⁵ ou quand le contrat est conclu pour « pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties »⁶. Sur cette question Mazeaud apporte un commentaire intéressant lorsqu'il compare les éléments intentionnels requis tant pour l'acte à titre onéreux que pour celui à titre gratuit. En effet, l'acte à titre gratuit suppose la volonté que l'une des parties procure à l'autre un avantage sans en tirer profit alors que l'acte à titre onéreux implique l'intention de faire une « affaire », tel que l'énonce cet extrait :

« **100. – Définitions.** – On rencontre deux catégories de contractants : certains recherchent un avantage, « font des

³ PINEAU, J., BURMAN, D. et GAUDET, S., Théorie des obligations, Les Éditions Thémis, 2001, 4e éd., p. 85.

⁴ BEUDANT, Robert et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, Cours de droit civil français, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, Seconde édition, pp. 25-58; GAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L., Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, troisième édition, pp. 14-15; POTHIER, Traité des obligations, M. Siffrein, tome premier.

⁵ BEUDANT, Robert et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, Cours de droit civil français, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, Seconde édition, pp. 25-28.

⁶ POTHIER, Traité des obligations, M. Siffrein, tome premier, p. 90.

affaire »; d'autres sont mus par un but désintéressé, ne poursuivant aucun avantage personne. »⁷

Il est essentiel de ne pas confondre l'acte à titre onéreux avec l'acte synallagmatique. En effet, il s'agit de deux types distincts de classification des contrats :

« Notons toutefois qu'à la différence du contrat synallagmatique, le contrat à titre onéreux se reconnaît par la réciprocité des avantages économiques qu'il procure à chaque partie et non par la simple réciprocité des obligations. »⁸

« Dans le contrat à titre onéreux au contraire, chaque contractant reçoit une prestation de l'autre ou tire un avantage de l'engagement. On retrouve le contrat à titre onéreux surtout dans les contrats synallagmatiques (vente, louage, etc.) mais on ne doit pas les confondre. Comme les auteurs se plaisent à le souligner, la réciprocité des avantages caractérise les contrats à titre onéreux, alors que la réciprocité des obligations caractérise les contrats synallagmatiques. Il peut, en effet, exister des contrats unilatéraux à titre onéreux, tel le prêt à intérêt. Certains types de contrats peuvent enfin être indifféremment soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, selon la volonté particulière des parties. »⁹

Il ne faut pas confondre l'intérêt, l'avantage ou utilité pour chacune des parties, nécessaires pour qualifier l'acte d'onéreux, avec la réciprocité des obligations ou des prestations, propre au contrat synallagmatique. Ainsi, l'absence d'obligation

⁷ MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, Éditions Montchrestien, tome deuxième, pp. 81, 82, 85.

⁸ KARIM, Vincent, Commentaires sur les obligations, Les éditions Yvon Blais inc., vol. 1, p. 41.

⁹ BAUDOIN, Jean-Louis, Les obligations, Les éditions Yvon Blais inc., 4^e édition, p. 52; voir également GAUDRY-LACANTINERIE, G et BARDE, L., Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, troisième édition, pp. 14-15.

corrélative pour chacune des parties n'empêche pas les parties de retirer un avantage suffisant pour conférer à l'acte un caractère onéreux.

D'ailleurs, aussi surprenant que cela puisse paraître, l'avantage qu'en retire une partie n'est pas nécessairement économique et immédiat :

« Il faut donc apprécier chaque opération juridique dans son ensemble, c'est-à-dire à la fois dans ses éléments *matériels*, en vérifiant l'existence et l'importance relative des deux contre-prestations, et dans ses éléments *psychologiques* en tenant compte de l'intention libérale d'un des contractants et plus généralement du but poursuivi en commun. Il faut aussi envisager l'opération en se référant aux rapports juridiques antérieurs ou futurs des parties. L'avantage en vue duquel un contractant est réputé conclure à titre onéreux, n'est pas forcément économique, immédiat et certain. Il peut être moral, aléatoire, passé ou futur. Il peut même être présumé par le législateur. »¹⁰

4.2 UN ACTE DE NATURE COMMERCIALE EST NÉCESSAIREMENT ONÉREUX

Par définition, un acte de nature commerciale est nécessairement conclu à titre onéreux. Comme l'affirme l'auteur Maurice Tancelin : « Seuls les contrats onéreux peuvent avoir le caractère commercial. »¹¹ Ces propos sont solidement ancrés dans la doctrine de droit civil français comme l'illustrent les extraits suivants :

« *Le droit commercial* est le droit des affaires. Aucune de ses règles – de compétence ou de fond – ne peut alors s'appliquer aux actes à titre gratuit, qui lui sont, par essence, étrangers. »¹²

¹⁰ PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit & de jurisprudence, tome VI, Obligations, première partie, pp. 44-48.

¹¹ TANCELIN, Maurice, Source des obligations/l'acte juridique légitime, Les éditions Wilson & Lafleur, 1993, p. 41.

¹² MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, Éditions Montchrestien, tome deuxième, p. 85.

« La distinction que nous venons d'étudier présente surtout de l'intérêt au point de vue : (...) [5^e] de la notion de l'acte de commerce (la gratuité est absolument incompatible avec la commercialité); »¹³

« 4^e Le commerce étant essentiellement une spéculation, la gratuité d'un contrat l'empêche de posséder par lui-même, sinon en vertu de la règle de l'accessoire, la *nature commerciale*. »¹⁴

Ainsi, le fait de grever les actifs d'une entreprise d'une sûreté afin de garantir un prêt en faveur d'une entreprise liée (dont le constituant de l'hypothèque dépend afin de poursuivre et développer ses opérations), constitue un acte de nature commerciale. Dans le contexte particulier de l'affaire, des compagnies du groupe Davie (où le prêt est consenti à une compagnie étrangère qui remet les fonds à la compagnie mère, alors que la filiale hypothèque tous ses actifs), un tel geste a nécessairement pour objet de procurer un avantage de nature économique, c'est-à-dire de préserver les deux corporations liées et dépendantes l'une de l'autre de la faillite et assurer la poursuite de leur activités commerciales.

Dans *Bolduc & Associés inc. (In re): Swidler c. Laurent Gagnon inc.*¹⁵, la Cour a conclu que la caution et l'hypothèque consentis par une compagnie en faveur des créanciers d'une compagnie affiliée n'est pas un contrat à titre gratuit mais était plutôt un contrat à titre onéreux. Selon la Cour, le caractère du contrat devait être déterminé du point de vue du créancier :

« Vu que les créanciers ont donné du crédit, c'est-à-dire un délai, à leur débiteur, "Les Hôtels", ceci suffit pour rendre le contrat onéreux, même si la caution, c'est-à-dire la débitrice, ne reçoit rien

¹³ BAUDRY-LACANTINERIE, G et BARDE, L, Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, troisième édition, pp. 14-15.

¹⁴ PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit & de jurisprudence, tome VI, Obligations, première partie, pp. 44-48.

¹⁵ *Bolduc & Associés inc. (in re): Swidler c. Laurent Gagnon inc.*, J.E. 78-336 (Cour supérieure).

comme dans le présent cas. On lit dans Planiol et Ripert, 1954, tome 7, p. 26, No. 935 :

"Si la sûreté a été établie en même temps que naissait la créance, elle prend nécessairement le caractère du contrat principal et doit suivre son sort. Si au contraire elle n'a été constituée qu'après coup, sa nature doit s'apprécier isolément. Il faut rechercher, ici encore, si le créancier à qui est constituée ultérieurement la sûreté en a fourni à ce moment, sous une forme quelconque, un équivalent. Le plus souvent la contre-partie consiste de la part du créancier, à consentir une prorogation d'échéance pour une dette actuellement exigible, de sorte que l'exigibilité de la dette lors de la constitution de la sûreté, sans être un critérium absolu, implique habituellement le caractère d'acte à titre onéreux et nécessite la preuve de la complicité du bénéficiaire.

Le fait que la sûreté constituée émane d'un autre que du débiteur de la dette garantie (caution, hypothèque constituée par un tiers) ne modifie pas le problème. C'est toujours par rapport au créancier bénéficiaire qu'il faut caractériser l'acte, puisque c'est lui que menace l'action paulienne et c'est en sa faveur qu'est exigée la condition supplémentaire, en cas d'acte à titre onéreux. On recherchera donc encore s'il a fourni la contre-valeur de la sûreté. Ainsi un cautionnement, acte gratuit dans les rapports du débiteur principal et de la caution, peut apparaître à l'égard du créancier qui en bénéficie comme un acte à titre onéreux."

Dans la mesure où l'on distingue le contrat à titre onéreux du contrat synallagmatique et que l'on assimile le contrat à titre onéreux à celui qui procure à chaque partie un avantage, un geste de nature commerciale comme celui de garantir un prêt essentiel à la survie de l'entreprise est conclu à titre onéreux.

4.3 L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ ET LE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement ou l'acte hypothèque conclu en fraude des droits des créanciers peut être déclaré inopposable, tel que le permet l'article 1631 C.c.Q. :

« **1631** Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier. »

Les principes généraux de l'action en inopposabilité peuvent se résumer ainsi : l'acte d'aliénation doit causer un préjudice au créancier, le débiteur est insolvable ou par l'effet de son acte le devient et enfin, le débiteur agit avec l'intention de frauder¹⁶. Quant à l'autre partie impliquée dans la transaction ou acte attaqué, il n'est pas requis de prouver qu'elle est le complice du débiteur. Par exemple, son aveuglement volontaire pourrait suffire pour que le recours soit accueilli. Avant de prononcer l'opposabilité de la transaction au créancier, les tribunaux exigeront la bonne foi de cette tierce partie.

L'action en inopposabilité peut viser tant un acte à titre gratuit qu'un acte à titre onéreux. Le cautionnement et l'hypothèque d'Industries Davie étant des actes à titre onéreux, les dispositions de l'article 1632 C.c.Q. s'appliquent également et précisent :

¹⁶ *Duchesne c. Labbé*, [1973] C.A. 1002; *Bouchard c. Parent*, [1988] R.L. 77 (C.A.); *Fournel c. Laferrière*, REJB 2000-19767 (C.S.).

« **1632** Un contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder si le cocontractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable. »

Par ailleurs, en alléguant que l'hypothèque a été consentie sans contrepartie, voulant lui donner un caractère d'acte à titre gratuit, le syndicat tente de tirer profit des dispositions de l'article 1633 qui crée une présomption irréfragable en sa faveur :

« **1633** Un contrat à titre gratuit ou paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder, même si le cocontractant ou le débiteur ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué.

Les précédents judiciaires nous enseignent que l'hypothèque consentie par le débiteur, même insolvable, simultanément à la perception des fruits du financement qui s'y rapportent, sera opposable au créancier du débiteur, en autant qu'il s'agisse d'une transaction commerciale légitime et qu'elle ne masque pas des intentions douteuses (comme par exemple permettre à une personne liée de mettre la main sur divers actifs par le biais d'une prise en paiement volontaire alors que le montant du prêt est minime lorsque comparé à la valeur des actifs cédés¹⁷.

Si l'affaire Davie est un jour soumise à l'attention d'un juge, le tribunal devra donc déterminer si :

- Industries Davie était solvable ou non au moment où la caution et l'hypothèque ont été consentis;

¹⁷ Voir par exemple *Place Lac Quimet inc. (Syndic de)*, J.E 92-9608 (Cour supérieure) et *Re Évaporateur Portneuf Inc.*, [1962] CA 218.

- La caution et l'hypothèque, en autant que Industries Davie était insolvable, accordent une préférence à Samir Financial au détriment des autres créanciers;
- La caution et l'hypothèque ont été exécutés en fraude des droits des créanciers, représentés par le syndic.

Le syndic devra donc faire la preuve du caractère frauduleux de la transaction. À cet égard, la présomption de l'article 1632 peut être repoussée. En bout de ligne, les mêmes faits et motifs qui permettent de conclure que le cautionnement et l'hypothèque sont des actes à titre onéreux, seront au cœur du débat concernant l'analyse du caractère frauduleux des actes.

En effet, par la transaction avec Samir Financial, le groupe Davie n'essayait pas de se rendre insolvable, ni de poser des gestes en fraude des droits de ses créanciers et tout particulièrement d'Industries Davie où était concentré l'essentiel des dépenses du groupe. Ses dirigeants tentaient simplement de financer à court terme les opérations du groupe, assurant ainsi sa survie le temps requis pour conclure la vente des deux plateformes de forage. De plus, la Cour devra trancher si une entreprise insolvable, ou sur le point de le devenir, peut légitimement adopter une ligne de conduite qui, à long terme, favorise ses intérêts financiers et sa survie et ce, au détriment des intérêts à court terme de ses créanciers. En effet, il sera certainement plaidé que la transaction était au bénéfice des créanciers de Industries Davie. Le financement permettait au groupe de bénéficier d'un sursis requis pour compléter les transactions concernant la vente des plateformes de forage, ce qui aurait renfloué les coffres de la débitrice et assuré le paiement des dividendes prévus à la proposition, alors que sans financement, la débitrice aurait été contrainte de fermer ses portes dans les semaines suivant ses démarches avec Samir Financial. Il est loin d'être acquis que la liquidation forcée des actifs d'Industrie Davie aurait permis de payer la totalité des sommes dues aux créanciers non garantis.

Essentiellement, il s'agira donc pour la Cour de déterminer si la débitrice, en consentant à Samir Financial la caution et l'hypothèque, a agi de bonne foi dans le but de sauvegarder ses intérêts surtout dans l'expectative que la transaction permettrait au débiteur, et dans ce cas-ci ses compagnies affiliées, de poursuivre ses (leurs) opérations commerciales dans le cours normal des affaires.

Brièvement, le syndic pourrait également fonder son recours sur les dispositions de l'article 95 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁸.

L'article 95 vise les transferts et transports frauduleux (communément appelés les « paiements préférentiels »). Nos commentaires ci-haut concernant la motivation des parties et la qualification des actes, à savoir sont-ils frauduleux ou non, s'appliquent également aux recours intentés sous cet article. Nous mentionnons simplement au passage qu'il existe d'importants précédents reconnaissant la validité du paiement ou de la transaction effectuée par la débitrice afin d'assurer la survie de son entreprise¹⁹.

Également, l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pourrait peut-être trouver application. Le syndic pourrait prétendre que la caution et l'hypothèque constituent une transaction révisable aux termes de l'article 100, lequel prévoit :

« Le tribunal peut, sur demande du syndic, enquêter pour déterminer si le failli qui a vendu, acheté, loué, engagé, fourni ou reçu des biens ou services au moyen d'une transaction révisable..., a donné ou reçu, selon le cas, une juste valeur du marché en contrepartie des biens ou services. »

Si le syndic ajoute ce moyen à ses prétentions actuelles, l'impact d'une telle approche risque cependant d'être purement théorique et n'avoir aucune utilité pratique. En effet, l'article 100 ne permet pas d'annuler la transaction sous étude.

¹⁸ L.R.C. (1985), ch. B-3.

¹⁹ Voir à cet effet les nombreuses décisions citées dans HOULDEN L.W, et MORAWETZ G.B., *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., volume 2, chapitre F-98(4), page 4-74.

L'intervention du tribunal se limite à condamner la partie ayant tiré avantage de la transaction à payer au syndic « la différence entre la contrepartie réellement donnée ou reçue par le failli et la juste valeur du marché, telle qu'elle est déterminée par le tribunal, des biens ou services sur lesquels porte la transaction ». Dutloan et Davie International étant aujourd'hui insolubles, inopérantes et, dans le cas de Dutloan résidente étrangère, une condamnation monétaire contre celles-ci n'avancerait pas la cause des créanciers d'Industries Davie.

4.4 CONCLUSION

Les habitués du domaine de l'insolvabilité auront déjà remarqué que le recours du syndic serait vraisemblablement voué à l'échec si le prêt avait directement été consenti à Industries Davie.

La volonté d'éviter les retenues fiscales découlant d'un prêt directement consenti à Industries Davie, aura ouvert la porte au recours du syndic et lui permet donc de demander au tribunal de déclarer si la transaction s'est effectuée ou non en fraude des droits des créanciers (évidemment nos commentaires sur les revendications du syndic ne doivent pas être interprétés comme étant une admission ou une reconnaissance de leur bien-fondé).

La prolifération des groupements corporatifs doit inciter les prêteurs à faire preuve de prudence. Les règles juridiques n'ont pas encore parfaitement assimilé cette réalité du monde des affaires et dans certains cas s'adaptent mal aux structures corporatives modernes. Alors qu'il peut sembler logique de contracter avec la compagnie mère et obtenir le cautionnement des filiales et leurs biens à titre de sûretés, les règles concernant la personnalité juridique distincte des compagnies et la protection individuelle des créanciers de chacune de ces compagnies insolubles peuvent dans certains cas mettre en péril les droits de prêteurs ayant agi en toute bonne foi (voir, par exemple, les restrictions en

matière d'aide financière prévues à la Partie 1A de la *Loi sur les compagnies*, article 123.66).

5. AIDE FINANCIÈRE ET ABROGATION DE L'ARTICLE 44 DE LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

La participation de Dutloan dans le financement accordé par Samir Financial résulte de la volonté des parties d'éviter l'impact des retenues fiscales qui s'appliquent aux paiements d'intérêts versés par un résident canadien à un prêteur américain. Autrement, les parties avaient envisagé structurer la transaction de sorte que le prêt était consenti à Davie International, compagnie mère des sociétés canadiennes impliquées, afin de financer les opérations du groupe.

Dans la mesure où un tribunal pourrait décréter que la transaction devrait être analysée comme si elle était intervenue directement entre Samir Financial et Davie International (autrement dit que Dutloan n'aurait agi qu'à titre de mandataire ou de prête-nom pour Davie International), quel est l'impact des dispositions légales régissant l'aide financière entre personnes liées ?

Industrie Davie est une société constituée en vertu des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA »)²⁰. Jusqu'en novembre 2001, cette loi fédérale prévoyait d'importantes restrictions concernant la validité de l'aide financière consentie par une compagnie au bénéfice d'une personne liée²¹. Afin de pouvoir consentir une telle aide financière, la compagnie devait répondre à certains tests financiers. En fait, l'ancien article 44 LCSA se lisait comme suit :

« **44. (1) Prêts et cautions interdits** Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution :

²⁰ L.R.C. (1985), c. C-44.

²¹ Art. 44 LCSA.

a) à leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés ou aux personnes ayant des liens avec eux;

b) à tout acheteur d'actions émises ou à émettre par l'une d'elles,

dans les cas où il existe des motifs raisonnables de croire que :

c) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;

d) ou bien la valeur de réalisation de son actif, déduction faite de l'aide consentie, soit sous forme de prêt, soit par mise en gage de biens ou de constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution, serait, du fait de cette aide financière, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré.

(2) **Prêts et cautions autorisés** La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution :

a) à toute personne, dans le cadre de son activité commerciale normale, si le prêt d'argent en fait partie;

b) à toute personne, à titre d'avance sur des dépenses engagées ou à engager pour son compte;

c) à sa société mère, si elle lui appartient en toute propriété;

d) à une personne morale qui est sa filiale;

e) à ses employés ou à ceux des personnes morales de son groupe :

(i) soit pour les aider à acheter ou à construire leur propre logement,

(ii) soit dans le cadre d'un programme d'achat d'actions de la société ou de ces personnes morales destinées à être détenues en fiducie.

(2.1) Interprétation pour l'application de l'alinéa (2)c), une société appartient en toute propriété à une autre personne morale dans chacun des cas suivants :

a) toutes ses actions émises sont détenues par :

(i) soit cette autre personne morale;

(ii) soit cette autre personne morale ainsi qu'une ou plusieurs personnes morales dont toutes les actions émises sont détenues par cette autre personne morale;

b) elle appartient en toute propriété à une personne morale qui elle-même appartient en toute propriété à cette autre personne morale.

(3) **Exécution forcée** La société peut poursuivre l'exécution des contrats qu'elle a conclus en violation du présent article; il en est de même du prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation. »

L'objectif du législateur était de protéger les créanciers de l'entreprise et les actionnaires minoritaires des faits et gestes insoucieux de compagnies insolvable ou qui le devenaient par la constitution de l'aide financière (conscient des limites d'une telle interdiction, le législateur prévoyait également la responsabilité personnelle des administrateurs de la compagnie si l'aide était octroyée en violation des restrictions législatives²²).

Le prêteur de bonne foi qui ignorait la violation des dispositions de l'article 44 LCSA pouvait néanmoins exiger la reconnaissance et l'exécution forcée de l'aide financière consenties par la compagnie²³.

Lors de l'adoption de la LCSA, le législateur s'éloigna des recommandations du rapport Dickerson sur lequel repose la loi²⁴. Il y introduit une exception concernant l'aide financière fournie par une filiale à sa compagnie mère, exigeant cependant que cette dernière détienne la totalité des actions du capital-actions de sa filiale²⁵. Ainsi, l'aide financière autrement interdite est autorisée entre la compagnie mère et sa filiale contrôlée à 100 %. Il va sans dire que la caution et hypothèque consenties par Industries Davie afin de permettre le déboursé d'un prêt dont le produit a été remis à Davie International (en supposant qu'il y avait une relation mandant-mandataire entre Dutloan et Davie International) constituaient une forme d'aide financière soumise aux dispositions de l'article 44 LCSA et de son exception concernant la relation compagnies mère-fille détenue à 100 %.

²² Art. 118(2) LCSA.

²³ Art. 44(3) LCSA.

²⁴ Robert W. DICKERSON, John L. HOWARD et Leon GETZ, Proposals for a New Business Corporation Law for Canada, Ottawa, Information Canada 1971.

²⁵ Art. 44 (2)c) LCSA.

Les restrictions de l'article 44 furent la source de nombreuses difficultés dans le cadre de financements impliquant des regroupements corporatifs. Autant les comptables que les avocats refusaient d'émettre des opinions à l'attention des administrateurs confirmant le respect des dispositions de l'article. Le législateur abrogea l'article 44 en novembre 2001²⁶. Afin de réduire l'impact de sa décision, le législateur fédéral annonçait lors du dépôt de son projet d'amendement de la loi que celle-ci disposait déjà de mesures suffisantes protégeant les personnes victimes d'abus en matière d'aide financière:

« Les administrateurs qui approuvent une aide financière sont assujettis par la loi à une obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société, et ils s'exposent à des poursuites en cas de manquement à cette obligation. La protection ainsi assurée est suffisante. »²⁷

C'est aux dispositions de l'article 122 LCSA auquel nous réfère le législateur :

« **122.1 Devoir des administrateurs et dirigeants** : les administrateurs et les dirigeants doivent dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

- a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
- b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

2. Observations : les administrateurs et les dirigeants doivent observer la présente loi, les règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.

²⁶ *Loi modifiant la L.C.S.A.*, L.C. 2001, c. 14, art. 26.

²⁷ Livre d'instructions – article 26 du projet de loi.

3. Absence d'exonération : sous réserve du paragraphe 146, alinéa 5, aucune disposition d'un contrat, des statuts, des règlements administratifs ou d'une résolution ne peut libérer les administrateurs ou les dirigeants de l'obligation d'agir conformément à la présente loi et à ses règlements d'application ni des responsabilités découlant de cette obligation. »

À notre connaissance, il n'existe qu'une seule décision ayant traité de la dualité entre l'exception de l'article 44, alinéa 2 c) et les devoirs des administrateurs de l'article 122 (voir l'affaire *Faillite de Peoples Department Stores c. Wise et al*). La Cour suprême du Canada a entendu cette affaire au mois de mai dernier et sa décision est toujours attendue. Nous espérons que la Cour suprême saura mieux guider la communauté des affaires quant à la portée de l'article 44, alinéa 2 c) et les devoirs des administrateurs en matière d'aide financière.

Même si l'aide financière fournie par Industries Davie était conforme à l'exception prévue à l'article 44, alinéa 2 c), quel est l'impact des autres dispositions de la loi quant à la validité de l'acte en soi, particulièrement si la compagnie était complètement insolvable ou sur le point de le devenir ?

Il faut penser que le créancier frustré, l'actionnaire minoritaire ou dans le cas Davie, le syndic, pourrait tenter de demander l'intervention du tribunal en vertu des dispositions de l'article 241 LCSA, communément appelé le recours en oppression :

« **241. (1) [Demande en cas d'abus]** Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) **[Motifs]** Le tribunal saisi d'une demande visée au paragraphe (1) peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à

leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

a) soit en raison de son comportement;

b) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;

c) soit par la façon dont les administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs. [...] »

Parmi les remèdes dont dispose le tribunal, il nous apparaît évident que l'annulation de l'acte s'offre comme une possibilité²⁸. Il ne semble pas avoir de précédents judiciaires analysant l'aide financière entre compagnies liées analysés sous l'angle de l'article 241 LCSA. La notion d'abus, et parfois de mauvaise foi, étant habituellement au cœur même de ce recours, le cas Davie ne semble pas représenter le cas idéal pour tester cette approche inédite.

6. TAUX D'INTÉRÊT ABUSIF

Le prêt consenti par Samir Financial porte intérêt au taux de quatre pour cent (4 %) par mois. Le syndic attaque ce taux, d'une part parce qu'il n'est pas calculé sur une base annuelle et, d'autre part parce que le taux serait assimilé à un taux d'intérêt criminel.

6.1 LE TAUX ANNUEL

L'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*²⁹ prévoit que le taux d'intérêt d'un prêt doit être exprimé sur une base annuelle :

« Sauf à l'égard des hypothèques sur immeubles ou biens réels, lorsque, aux termes d'un contrat écrit ou imprimé, scellé ou non, quelque intérêt est payable à un taux ou pourcentage par

²⁸ Voir 241(3) LCSA.

²⁹ L.R.C. (1985), ch. I-18.

semaine, semaine ou mois, un taux ou pourcentage pour une période de moins d'un an, un intérêt supérieur au taux ou pourcentage de 5 % par an n'est exigible, payable ou recouvrable sur une partie quelconque du principal, à moins que le contrat n'énonce expressément le taux d'intérêt ou pourcentage par an auquel équivaut cet autre taux ou pourcentage. »

À prime abord, la position du syndic semble exact et il apparaîtrait logique de conclure que le taux devrait être réduit à 5 % annuellement. Cependant le *Term Note* qui fixe les conditions du prêt est soumis aux dispositions légales de l'état de l'Illinois. Samir Financial a déposé au soutien de ses prétentions une opinion d'un avocat de Chicago confirmant la validité de la stipulation de l'intérêt sur une base mensuelle en vertu du droit de l'Illinois³⁰.

6.2 INTERVENTION JUDICIAIRE ET TAUX D'INTÉRÊT

Le principe en matière d'intérêt est celui de la liberté contractuelle, tel que l'énonce l'article 2 de la *Loi sur l'intérêt* :

« Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne peut stipuler, allouer et exiger, dans tout contrat ou convention quelconque le taux d'intérêt ou d'escompte qui est convenu. »

Ailleurs, le *Code civil du Québec* reconnaît le principe de la lésion en ce qui concerne le contrat de prêt. En effet, l'article 2332 C.c.Q. énonce :

« Lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, donner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard aux risques et à

³⁰ Le *Illinois Uniform Commercial Code* et le *Illinois Interest Act* n'ayant pas de dispositions similaires à celles de l'article 4 de la *Loi sur l'Intérêt*.

toutes les circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties. »

Le *Code civil du Québec* laisse donc aux juges un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le caractère abusif du taux d'intérêt.

Les tribunaux doivent analyser l'ensemble des circonstances entourant le contrat de prêt avant d'intervenir. Ainsi, dans la mesure où un taux d'intérêt élevé peut être justifié par l'état du marché ou encore le niveau de risque, un taux qui à première vue peut sembler élevé peut rencontrer les exigences de l'article 2332 C.c.Q.

Samir Financial allègue que le taux d'intérêt convenu reflète l'importance du risque relié à l'opération et soutien au surplus que pour ce genre de « *bridge financing* » le taux est conforme aux attentes du marché.

La Cour d'appel du Québec, à l'occasion de l'affaire *Piscines Dauphin Limitée*³¹, a reconnu la validité d'un crédit relativement élevé compte tenu des risques et du contexte particulier de l'emprunteur. En effet, l'honorable juge Marie Deschamps, alors qu'elle siégeait à la Cour d'appel, affirme :

« Dans ce contexte, il est certes indispensable à la survie de Dauphin de continuer ses activités commerciales mais tout aussi important pour elle et ses créanciers de contrôler le processus de liquidation...

Au moment où les sept principaux créanciers de l'entreprise approuvent la convention de financement intérimaire, ils sont conscients que le prêt que leur fait les Encanteurs est très risqué. C'est la raison pour laquelle ils acceptent le principe des honoraires de risque. En ce sens, ils acceptent qu'Encanteurs jouent à la roulette russe...

³¹ *Piscines Dauphin Limitée (Faillite de) c. Labelle Marquis Inc.*, REJB 1998-04775, Cour d'appel.

Les sept créanciers ont eu l'occasion de prendre connaissance par écrit des conditions faites à Encanteurs et ils ont transmis par écrit leur consentement. Rien n'indique qu'ils aient été des novices dont Encanteurs auraient pu profiter. La clause accordant les honoraires de risque ne peut être analysée dans l'abstrait. Remise dans son contexte, je ne vois pas dans l'engagement approuvé par les créanciers rien de contraire à l'ordre public...

L'évaluation du caractère lésionnaire ne doit cependant pas être fondée sur une analyse faite après la réussite de la liquidation mais sur les circonstances prévalant lorsque la convention est conclue...

La seule possibilité d'améliorer leur position était de trouver un prêteur à court terme qui leur fournissait une marge de manœuvre et le temps nécessaire pour remplacer de premier rang ou trouver un acheteur pour les actifs de leur débitrice...

À mon avis, il n'y a pas lésion. »

Nous croyons que ce raisonnement s'applique au cas Davie. Nous nous permettons de paraphraser le passage ci-haut pour l'adapter aux circonstances de notre affaire : « *l'évaluation du caractère lésionnaire ne doit pas être fondé sur une analyse faite après l'échec des objectifs d'affaires du débiteur mais sur les circonstances prévalant lorsque la convention est conclue* ».

6.3 TAUX CRIMINEL ET VALIDITÉ DU CONTRAT

L'article 1373 C.c.Q. prévoit qu'une obligation ne peut être prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public. L'article 342 (2) du *Code criminel* prévoit un taux d'intérêt maximal de 60 %, après quoi le taux d'intérêt est considéré criminel :

« **342.** (2)...“Taux criminel” tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et

pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse
60 %. »

Le prêt de Samir Financial prévoit un taux de 4 % par mois, ce qui, selon l'expert retenu par le syndic, équivaldrait sur une base annuelle à un taux réel de 60,1 %. De plus, cet expert exprime l'opinion qu'en ajoutant toutes les considérations financières de la transaction, le taux d'intérêt effectif sur une base annuelle serait de 81,6 %. Pour arriver à cette conclusion, l'expert retenu par le syndic a choisi d'ajouter au taux d'intérêt stipulé tous les frais de financement (« closing fees ») et accessoires assumés par la débitrice (incluant notamment les frais payés à son propre avocat). Dans la mesure où le syndic établit que le taux d'intérêt réel surpasse le taux de 60 %, la convention de prêt est-elle valide ?

Dans l'affaire *Piscines Dauphin* citée plus haut, la Cour d'appel aborde le dossier sous l'angle de l'article 347 *Code criminel* mais demeure silencieuse sur la validité du prêt dont le taux d'intérêt violerait la prohibition de l'article 347 *Code criminel*.

L'honorable juge Chicoine de la Cour du Québec dans *Distributions Minute Gourmet inc.*³² refuse de reconnaître au prêteur le droit de percevoir les intérêts considérés illégaux :

« ...Le tribunal conclut de la même façon: le prêteur n'est pas admis à réclamer ce qui équivaut à un intérêt criminel tel que défini à l'article 347 du Code criminel, mais il est bienvenu à réclamer son capital. »

Malheureusement, le juge Chicoine, ayant cité diverses jurisprudences provenant de l'Ontario pour justifier la validité du contrat quant au capital prêté, ne précise pas l'article de loi ou le principe juridique en vertu duquel il juge invalides les dispositions du contrat quant au taux d'intérêt contracté.

³² *Distributions Minute Gourmet inc. c. 3109348 Canada inc.*, J.E. 97-1340 (Cour du Québec).

En février 2004, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *New Solutions Financial Corporation*³³ conclut que la violation des dispositions de l'article 347 *Code Criminel* entraîne une série de solutions alternatives, lesquelles ne se limitent pas à la nullité de l'acte, et définit le pouvoir d'intervention des tribunaux.

Sous la plume de l'honorable juge Arbour, la Cour, dans une décision majoritaire, retient une définition très libérale du mot « intérêt ». Ainsi, toutes les charges et frais liés au prêt sont assimilables à un intérêt :

« Le 6 mars 2000, les Dragosits ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d'engagement prévoyant les paiements suivants :

- a) des intérêts au taux de 4 % par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance;
- b) des frais de surveillance de 750 \$ par mois;
- c) un droit d'usage de 1 %;
- d) une redevance de 160 000 \$ payable en huit versements trimestriels;
- e) le paiement des honoraires d'avocats et d'autres frais;
- f) une commission d'engagement de 5 000 \$. »

Le juge de première instance Cullity et le juge d'appel Rosenberg ont estimé que, à l'exception du droit d'usage, tous ces paiements constituaient des « intérêts » au sens du paragraphe 342 du code. La raison pour laquelle le droit d'usage n'a pas été pris en compte dans le calcul du taux d'intérêt effectif est vraisemblablement le fait qu'aucun paiement n'a été fait à ce titre parce que la somme de 500 000 \$ a été empruntée d'un seul coup...

³³ *New Solutions Financial Corporation c. Transport North American Express Inc.*, 2004 C.S.C., p. 7.

Le terme “intérêts” est défini largement au paragraphe 342, alinéa 2 : voir *Garland c. Consumers Gaz Co.*, 1998 3 R.C.S. 12, au paragraphe 28. Les divers paiements effectués par TNAE, à l'exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d’“intérêt” au paragraphe 347, alinéa 2. Sont également visés les “redevances” prévues par le contrat. Je souscris à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle l'ensemble des paiements faits par TNAE a New Solutions donne un taux d'intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*.³⁴ »

La définition du *Code criminel* du concept d'intérêt se lit ainsi :

« **347.** (2) « intérêt » L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier. »

Conclusion qui peut surprendre les civilistes, la Cour suprême refuse de décréter la nullité *ab initio* d'une convention contraire aux dispositions de l'article 437 du *Code criminel* :

« Il est généralement admis que la règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n'est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l'article 347 du code. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et

³⁴ Paragraphes 11 et 19 de la décision.

accorder des réparations adaptées à la situation contractuelle concernée. »³⁵

Il sera intéressant de voir comment nos tribunaux québécois vont dorénavant qualifier ces clauses contractuelles stipulant un taux d'intérêt supérieur à 60 % à la lumière de cette approche constructive privilégiée par la Common Law. Dans quelle mesure la disposition d'une loi nationale peut elle avoir des conséquences différentes d'une province à l'autre ?

La Cour suprême reprend les propos du juge Blair de la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire William B. Thomson Associates Inc. c. Carpenter³⁶ afin de définir les critères d'intervention des tribunaux :

« Dans l'arrêt Thomson, précité, à la page 8, le juge d'appel Blair a tenu compte des quatre facteurs suivants pour décider s'il devait déclarer le contrat nul *ab initio* ou ordonner son exécution partiel :

- i) la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettrait l'objectif ou la politique générale visée par l'article 347;
- ii) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante;
- iii) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations;
- iv) la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie. Le juge Blair n'a toutefois pas écarté la possibilité d'examiner d'autres considérations dans d'autres affaires, soulignant que la réponse à la question de savoir si [traduction] "un contrat entaché d'illégalité est entièrement inexécutoire dépend de l'ensemble des circonstances du contrat et de la mise

³⁵ Paragraphe 4 de la décision.

³⁶ 1989 61 D.L.R. 4e édition, p. 1.

en balance des facteurs énoncés précédemment ainsi que, dans certains cas, d'autres considérations" »³⁷

Même si les tribunaux reconnaîtront la validité d'un contrat prévoyant un taux d'intérêt supérieur à 60 %, il est acquis que le prêteur ne pourra toutefois pas demander que l'exécution forcée s'effectue à un tel taux. Les tribunaux devront intervenir et réduire le taux à l'intérieur de la limite légale.

Confrontée à deux courants de pensée distincts : la méthode du « trait de crayon bleu » (certaines clauses sont écartées afin de réduire le taux réel alors que les autres restent au contrat) et la méthode de la « divisibilité fictive » (le juge fixe un taux de façon discrétionnaire en fonction des circonstances de l'affaire), la Cour suprême retient le second et fixe le taux d'intérêt à 60 %, le maximum permis :

« Les juges disposent d'un éventail de réparations lorsqu'ils examinent les contrats contrevenant à l'article 347 du code. Le pouvoir discrétionnaire que représente ce spectre de réparation est nécessaire pour permettre aux juges de façonner des solutions adaptées aux différentes situations contractuelles dans lesquelles peuvent se présenter les contraventions de l'article 347. À une extrémité de ce spectre, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement. Par exemple, les arrangements de prêts usuraires abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l'autre extrémité, on trouve les contrats qui, quoiqu'ils contreviennent à un texte de loi, ne sont pas par ailleurs répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l'application de la doctrine de la divisibilité. La convention en cause dans la présente affaire est un exemple d'un tel contrat. Dans chaque cas, pour déterminer l'endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du

³⁷ Paragraphe 24 de la décision.

point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l'illégalité en cause.

En l'espèce, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes :

- i) la convention intervenue entre New Solutions et TNAE ne contrevenait pas à l'article 347 qu'en raison d'une inadvertance;
- ii) les parties avaient de l'expérience des affaires et avaient négocié sans lien de dépendance;
- iii) aucune preuve n'indiquait qu'elles n'avaient pas négocié d'égal à égal;
- iv) chacune avait consulté son propre conseiller juridique durant les négociations ayant abouti à la convention...

New Solutions a droit au remboursement du capital du prêt, ainsi qu'au taux d'intérêt le plus élevé que la loi autorise, à savoir 60 %. Ce taux est inférieur au taux de 90,9 % prévu par le contrat, mais, eu égard à l'article 347 du Code, il s'agit du taux le plus élevé que New Solutions peut légalement percevoir. Cette modification ne constitue pas davantage une reformulation du contrat que ne le serait la solution d'ordonner l'exécution des autres obligations seulement, lesquelles correspondent cumulativement à un "intérêt" de 30,8 %. »³⁸

Même si la méthode de la divisibilité fictive et celle du trait de crayon bleu n'ont pas nécessairement leur équivalent en droit québécois, il ne fait aucun doute que les tribunaux du Québec disposent déjà d'une discrétion leur permettant d'intervenir et fixer le taux d'intérêt approprié aux circonstances d'une affaire³⁹.

³⁸ Paragraphes 6, 7 et 47 de la décision.

³⁹ Art. 2332 C.c.Q.

Somme toute, si les paramètres de l'affaire New Solutions sont appliqués au cas Davie, les réductions qu'espère obtenir le syndic risquent d'être plutôt minimales.

7. CONCLUSION

Dans la présente affaire, un prêteur de bonne foi voit ses droits contestés et doit investir dans d'importantes et coûteuses procédures judiciaires pour faire valoir ceux-ci et obtenir le remboursement de son prêt. Il devra défendre ses actions et prouver sa bonne foi alors que la transaction attaquée devait assurer, pour une certaine période, la survie de l'entreprise (en fait, grâce au prêt de Samir, le groupe Davie a pu prolonger ses activités de 5 à 6 mois, en espérant atteindre certains objectifs de son plan d'affaires). Devant ces faits, les prêteurs préféreront agir à l'intérieur d'un cadre différent tel qu'en vertu des dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers* qui assurent notamment au prêteur intérimaire une protection décrétée par la Cour quant à la validité de son prêt et un rang prioritaire quant à ses sûretés.

En dernier mot, l'auteur voudrait remercier le précieux apport de M^e Frederica Jacobs et M^e Patrick Taillon dans la préparation de ce texte.