

L'article 10 de la *Loi sur l'intérêt* (Canada) et les prêts hypothécaires fermés de plus de cinq ans : regard sur les changements apportés à la Loi

La *Loi sur l'intérêt*¹ (Canada) (« la Loi ») est une loi fédérale qui s'applique dans tout le Canada. Jusqu'ici, les prêts hypothécaires de plus de cinq ans pouvaient être remboursés par anticipation en versant trois mois d'intérêt conformément au paragraphe 10(1), à moins que l'hypothèque ait été consentie par une compagnie par actions ou autre personne morale ou dont le remboursement ait été assuré par des débiteurs émises par de telles compagnies ou personne morale.

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 (« FPI ») forment une tranche importante des propriétaires d'immeubles. Pourtant, jusqu'à maintenant, ni les sociétés en commandite ni les fiducies n'étaient 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'histoire législative 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 (5) 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 offrant toute hypothèque « consentie par une compagnie par actions ou autre*



Fredric L. Carsley se consacre au droit immobilier commercial et plus particulièrement aux projets d'envergure reliés aux commerces de détail et édifices à bureaux. Expert dans l'acquisition, le développement, le financement et la location de biens immobiliers, il a œuvré pour plusieurs intervenants majeurs dans ce secteur d'activité.

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 italiques]

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. Avant la récession économique mondiale de 2008, les prêteurs disposaient d'une abondance de fonds disponibles à prêter à long terme dans le secteur immobilier commercial, souvent dans le secteur des prêts fermés de dix (10) ans. Dans le but de protéger le rendement du prêteur, l'emprunteur ne bénéficie plus du droit de rembourser par anticipation le prêt avant l'échéance, ou il peut le rembourser par anticipation selon un rendement prévu, afin de dédommager le prêteur de toute perte financière qu'il n'aurait pas subie si le remboursement du capital et des intérêts avait été effectué en entier jusqu'à l'échéance du prêt.

Les défis posés par le paragraphe 10 à propos du financement hypothécaire à long terme et les préoccupations supplémentaires à l'égard des prêts hypothécaires contractés au Québec résultant du traitement différent des prête-noms en vertu du Code civil du Québec, comparativement à celui de la *common law*, ont été soulignés par l'auteur dans le numéro Automne/Hiver 2006 du *Shopping Center Legal Update*. Dans le but d'obtenir une stabilité, une constance et une uniformité partout au Canada, l'auteur, au nom du CICC, de concert avec M. Steven Dover du groupe Capital Hill d'Ottawa, a entrepris des pourparlers en vue de résoudre le problème. Après cinq ans de discussions, le processus est sur le point de connaître un dénouement heureux.

¹ 1985 R.S., c.1-18.

² *Litowitz v. Standard Life Assurance Co. (Trustees of)* (1996), 30 O.R. (3d) 579, [1996] O.J. No. 3816 (Ont. C.A.), demande de pourvoi en Cour suprême du Canada rejetée.

Le processus de lobbying

En 2006, nous avons rencontré des représentants du ministère fédéral des Finances (« **Finances** ») afin de leur exposer le problème et leur présenter une solution. Nous avons simplement suggéré d'ajouter les fiducies et les sociétés en commandite à la liste des exceptions autorisées du paragraphe 10(2) en ce qui a trait aux personnes morales et aux sociétés émettrices de débentures. Nos arguments ont suscité une réaction positive de la part des représentants du ministère des Finances, surtout si nous pouvions recevoir l'appui de quelques prêteurs institutionnels importants. Ce qui fut fait.

Et comme nous avons pu le constater en de nombreuses occasions tout au long du processus, la politique mène tout. Il aurait fallu modifier la Loi en suivant le processus parlementaire, tant à la Chambre des communes (« **Chambre** ») qu'au Sénat. Le ministère des Finances a alors décidé d'intégrer cette modification à la Loi d'exécution du budget 2007 devant être déposée devant le Parlement en mars 2007. À l'automne 2006, il y a eu tout un brouhaha concernant le traitement fiscal des fiducies de revenu. Nous n'en avons pas la certitude, mais notre modification fut probablement écartée de la Loi d'exécution du budget de 2007 parce qu'elle concernait les fiducies.

Nous avons donc repris les discussions avec un nouveau groupe de représentants du ministère des Finances dirigé par un ancien membre du groupe sur les politiques fiscales. Il nous a assuré que la proposition avait reçu l'aval du groupe sur les politiques fiscales. Il faudrait consulter les ministères des Finances provinciaux et on ferait tout pour intégrer notre modification à l'exécution du budget de 2008.

Les Finances procédèrent ainsi, mais on s'y prit d'une manière plutôt inhabituelle. On modifia le paragraphe 10 de la Loi en apportant des changements mineurs au libellé du paragraphe 10(1), en remplaçant le paragraphe (2) et en ajoutant un nouveau paragraphe (3). Les paragraphes (2) et (3) se lisent désormais comme suit :

Exception

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

- a) à l'hypothèque sur immeubles ou biens réels consentie par une compagnie par actions ou une personne morale, non plus qu'aux débentures émises par elles, dont le remboursement a été garanti au moyen d'une telle hypothèque;
- b) à l'hypothèque sur immeubles ou biens réels visés par règlement qui est consenti par une entité prévue par règlement, non plus qu'aux débentures visées par règlement qui sont émises par elle, dont le remboursement a été garanti au moyen d'une telle hypothèque.

Règlements

(3) Pour l'application de l'alinéa (2)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement,

- a) prévoir des entités; et
- b) prévoir des catégories d'hypothèques consenties par ces entités et des catégories de débentures émises par elles.

Tout cela pour une simple modification comportant huit mots! Exception faite des expressions « entités prévues par règlement » et « hypothèques visées par règlement », il n'y avait aucun changement important. Nous en avons été informés alors que le projet de loi venait d'être adopté en deuxième lecture par la Chambre. Nous avons alors rencontré les représentants du ministère des Finances pour les convaincre de modifier simplement le paragraphe 10(2). Ils nous ont alors déclaré vouloir consulter d'autres personnes et d'examiner notre proposition avant de décider quelles nouvelles dispenses pouvaient s'appliquer. L'auteur a témoigné devant le Comité des finances de la Chambre composé de représentants des quatre principaux partis politiques. Tout le monde fut d'accord avec notre proposition, mais pour des motifs politiques, il n'y eut aucune modification à la Loi d'exécution du budget de 2008. Ainsi, l'article 10 de la Loi ainsi modifié est en vigueur, mais sans les règlements prévoyant les entités et les catégories d'hypothèques consenties. Le ministère des Finances promit alors d'adopter des règlements pour l'automne 2008.

Les nouvelles dispenses

Malheureusement, il y a eu la crise économique mondiale à l'automne 2008 et le sujet est vite tombé dans l'oubli. Finalement, après des mois d'efforts soutenus, nous avons alors été invités en août 2010 à commenter librement le projet de règlement. Au nom du CICC, nous avons déposé un mémoire renfermant les commentaires des plus éminents avocats en droit immobilier œuvrant partout au Canada.

Le 2 juillet 2011, le ministère des Finances a publié un projet de règlements dans la Gazette du Canada, qui, une fois approuvés par le cabinet fédéral, auraient force de loi et le 20 octobre 2011, ils furent promulgués. Le texte publié dans la Gazette du Canada du 9 novembre 2011 se lit comme suit :

RÈGLEMENT PRÉVOYANT LES ENTITÉS ET LES CATÉGORIES D'HYPOTHÈQUES

1. Pour l'application de l'alinéa 10(2)b) de la Loi sur l'intérêt :

- a) les entités sont :
 - (i) les sociétés de personnes,

- (ii) les fiducies établies pour affaires,
- (iii) les entités à responsabilité illimitée au sens de l'expression « unlimited liability corporation » de la loi de l'Alberta intitulée Business Corporations Act, R.S.A. 2000, ch. B-9,
- (iv) les entités à responsabilité illimitée au sens de l'expression « unlimited liability company » de la loi de la Colombie-Britannique intitulée Business Corporations Act, S.B.C. 2002, ch. 57; et
- (v) les entités à responsabilité illimitée au sens de l'expression « unlimited company » de la loi de la Nouvelle-Écosse intitulée Companies Act, R.S.N.S. 1989, c. 81;

b) la catégorie d'hypothèques est constituée des hypothèques consenties sur les immeubles ou biens réels après le 1er janvier 2012.

2. Le présent règlement entre en vigueur le 1er janvier 2012.

Les présents règlements s'appliqueront uniformément dans tout le Canada aux hypothèques consenties après le 2 janvier 2012. Ils vont permettre à toutes les entités exemptées de négocier les modalités de pré-paiement et les limitations avec leurs prêteurs.

Objectivement, quoique le processus ait été long, ardu et frustrant par moment, nous avons finalement obtenu davantage que ce que nous demandions à l'origine.

Les règlements visent tous les types de sociétés, qu'il s'agisse de sociétés de personnes ou en commandite. Les sociétés à responsabilité illimitée, comme celles que l'on retrouve en Colombie-Britannique, en Alberta et en Nouvelle-Écosse, seront également

couvertes. La raison en est que certaines sociétés à responsabilité illimitée font office de sociétés de personnes et doivent être, par conséquent, traitées sur le même pied.

Pour les fiducies, il y a quelque chose de plus. Pour être admissibles, elles doivent être « mises sur pied à des fins commerciales ou d'affaires ». Les centres commerciaux et les autres catégories d'actifs commerciaux détenus par des fiducies de placement immobilier le sont. Est-ce que les fiducies sans but lucratif à la recherche de financement à long terme pourront en profiter? Le gouvernement a justifié sa décision sur le fait que ces nouveaux règlements viseront les activités commerciales. Voici un extrait des notes explicatives accompagnant les nouveaux règlements :

Quant aux fiducies, il est possible de les établir pour une large gamme de raisons, y compris les raisons personnelles, les raisons caritatives et les activités éducatives en plus des raisons commerciales. Conformément à l'objectif visé par la politique, seules les fiducies établies pour affaires seraient prescrites.

Ainsi, lorsque le débiteur hypothécaire est une fiducie, on doit examiner qui en sont les bénéficiaires et les buts.

Conclusion

Les démarches entreprises depuis 2006 vont finalement procurer des avantages durables, non seulement aux membres du CICC, mais également à toute l'industrie immobilière commerciale canadienne impliquée dans le processus de prêts hypothécaires commerciaux. Les changements modernisent une législation qui ne correspondait nullement aux réalités commerciales actuelles et augmentera dorénavant la facilité et la flexibilité du processus de financement.

Fredric L. Carsley 514 878-3262
fcarsley@degrandpre.com

Ce bulletin est destiné à fournir des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Il ne constitue pas un avis juridique et aucun geste de nature juridique ne devrait être posé sur la base des renseignements qu'il contient.