

**L'ARTICLE 347 DU CODE CRIMINEL :  
« UNE DISPOSITION TRÈS PROBLÉMATIQUE »<sup>1</sup>**

Mary Anne Waldron  
professeur de droit, University of Victoria

I. Introduction

[1] On tient généralement pour acquis que l'abrogation de la *Loi sur les petits prêts* et la modification du *Code criminel* apportée par le même texte législatif<sup>2</sup> n'ont rien en commun. La *Loi sur les petits prêts*<sup>3</sup> avait pour but de limiter les taux d'intérêt pour les petits emprunteurs; on croyait ainsi viser uniquement les prêts à la consommation, domaine dans lequel il y avait certes des abus à prévenir<sup>4</sup>. Or, les intéressés ont facilement déjoué le législateur en refusant tout « petit prêt » au sens de la loi et en n'accordant que des prêts d'une valeur supérieure. Lorsque enfin la carte de crédit est devenue monnaie courante, la loi n'avait évidemment plus d'utilité.

[2] Le Canada, contrairement à d'autres pays, n'a jamais été très enclin à réglementer le loyer de l'argent. Dans les débats de la Chambre des communes, depuis les origines, on sent partout le souci de traiter l'argent comme une marchandise dont la valeur doit être fixée par le marché<sup>5</sup>. Inlassablement, le Nouveau parti démocratique s'est opposé à ce principe chaque année par la présentation d'un projet de loi d'initiative parlementaire. En vain<sup>6</sup>. Jusqu'en 1981, on pouvait s'étonner de constater au Canada l'absence presque totale de réglementation des taux d'intérêt dans une économie mixte, alors qu'aux États-Unis, que l'on peut considérer comme plus ouverts à l'économie de marché, les lois sur l'usure pullulent.

[3] C'est ainsi que l'abrogation de la *Loi sur les petits prêts*<sup>7</sup> concordait à la fois avec une attitude réaliste et avec le courant de pensée majoritaire au Canada. Toutefois, le texte même<sup>8</sup> qui accomplit cette mesure plafonne du même coup les taux d'intérêt admissibles de manière générale tout en introduisant cette notion dans le *Code criminel*<sup>9</sup>. On vise ainsi explicitement, non pas à protéger le consommateur au sens où la *Loi sur les petits prêts* était censée le faire, mais à formuler un critère sans équivoque pour aider la police à coincer les usuriers. En effet, auparavant, pour poursuivre un usurier, il fallait prouver que celui-ci avait recouru à la menace ou à la violence. Cette preuve était difficile à produire, attendu que les victimes, dans ces cas, refusent généralement de témoigner. D'où l'utilité d'un taux objectif<sup>10</sup>.

[4] Rien ne laisse croire que le législateur visait autre chose que les comportements véritablement criminels. Pourtant, on peut se demander si les problèmes qu'a posés par la

suite l'interprétation de l'article 347 ne révèlent pas une ambiguïté. Est-il « véritablement criminel » de tout simplement demander un taux d'intérêt élevé? Certes, cette pratique caractérise souvent le crime organisé, mais à moins de considérer le taux en soi comme digne du mépris moral que l'on réserve au comportement criminel, le fait de poser le seul taux comme critère pour déterminer qu'une personne a commis un acte criminel revient à s'acharner sur le symptôme en négligeant la cause. Or, comme c'est le cas pour plusieurs maladies, un symptôme isolé n'est pas suffisant pour remonter à la cause : la fièvre peut découler d'une grippe ou d'une infection au streptocoque.

[5] Compte tenu de l'histoire canadienne, on peut difficilement prétendre que les Canadiens considèrent effectivement comme criminel le simple fait de demander un taux très élevé, sauf dans des circonstances très particulières. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles toute poursuite intentée en vertu de cet article doit être approuvée par le procureur général<sup>11</sup>. Sans parler, évidemment, du problème qui consiste à déterminer le taux honni. Personne n'est dégoûté en voyant le coursier de son immeuble prêter 20 \$ pour se faire rembourser 22 \$ une semaine plus tard. Pourtant, comme on l'a déjà fait remarquer, selon les principes couramment employés en actuariat, il s'agit ici d'un taux annuel effectif qui défonce les 1000 pour 100<sup>12</sup>. Par conséquent, il semble qu'il y aurait lieu de garder une certaine latitude dans la définition de ce qui constitue un taux criminel; l'article 347 n'en offre aucune.

[6] De même, personne ne s'offusque de voir un prêteur demander un intéressement aux bénéficiaires en contrepartie de son geste, peu importe l'ampleur des gains qui en résulteront. Une nouvelle entreprise présente toujours un certain risque, et il est parfois difficile de trouver un financement intéressant. L'autre solution consiste simplement à renoncer à tout apport extérieur, ce qui limite le développement économique et l'expansion du marché.

[7] Existe-t-il une solution rationnelle aux problèmes posés par l'art. 347 dans le domaine commercial? Certains réclament l'abrogation pure et simple. Mais avant de prendre la hache, il serait peut-être sage d'étudier la questions sous tous les angles.

## II. Un taux d'intérêt criminel

[8] Les avocats de droit commercial ne sont probablement pas très chauds à l'idée qu'un taux d'intérêt quelconque puisse être considéré comme criminel dans un contexte commercial. Il n'en demeure pas moins que hors des cercles commerciaux légitimes, les pauvres peuvent être exploités en raison de divers facteurs tels que l'inaccessibilité du crédit, l'absence de revenu stable et l'impossibilité de subvenir aux besoins d'une famille à partir de son seul revenu. Il n'est pas dans notre propos de décrire ces situations dans le

détail. Cependant, on ne peut moralement nier la nécessité d'une protection dans certaines circonstances. Il est facile de déclarer que l'article 347 doit être abrogé compte tenu des problèmes qu'il pose. Mais il est moins facile de proposer une façon d'interdire le prêt criminel, ce qui est le but de la loi actuelle, sans entraver le monde du commerce.

[9] Dans un autre article<sup>13</sup>, nous faisons remarquer que peu d'infractions à l'article 347 ont été consignées. Il faut dire qu'à cette époque, il n'y avait pas de statistiques distinctes sur la question. En outre, comme nous l'avons précisé, les données recueillies en l'occurrence ne tenaient pas compte des causes intentées dans les juridictions provinciales, où sont normalement poursuivis les usuriers. Selon les dernières statistiques du ministère de la Justice, dans les provinces et territoires qui participent à l'enquête, treize accusations ont été portées en vertu de l'article 347, et sept causes ont fait l'objet d'un procès<sup>14</sup>.

[10] Ce nombre n'est pas exorbitant. Néanmoins, chacune de ces causes pourrait représenter un cas grave d'exploitation que l'on n'aurait pu empêcher sans l'article 347. Il n'est peut-être ni nécessaire ni souhaitable de renoncer à protéger les faibles pour lever un obstacle aux pratiques commerciales. Ajoutons que la loi a été modifiée en particulier à la demande de la police. Ne disposant pas des statistiques de toutes les provinces et de tous les territoires, on ne peut rien affirmer avec certitude. Il se pourrait bien que l'article en question ait atteint certains de ses objectifs sans que ce soit évident. Si possible, la solution à ce problème consiste à trouver un moyen d'aider la police tout en éliminant toute entrave aux activités commerciales.

### III. Problèmes posés par l'article 347

[11] L'article prévoit deux formes d'infraction. La première consiste à conclure un contrat stipulant un taux d'intérêt effectif supérieur à 60 % par année<sup>15</sup>. La deuxième peut être commise même sans contrat; il suffit de toucher un intérêt qui s'avère supérieur au taux légal<sup>16</sup>. Ces deux volets posent un problème dans le domaine commercial en raison, comme nous le verrons, des aspects mêmes qui sont nécessaires pour leur donner quelque utilité dans une poursuite pénale.

#### A. Taux usuraire

[12] On peut croire qu'un taux de 60 % par année est excessif, surtout à une époque où l'inflation est généralement faible, de même que les taux d'intérêt courants. Cependant, l'exemple du coursier relaté plus haut montre bien qu'on n'est pas obligé de stipuler un taux d'intérêt quand on demande un dédommagement pour un prêt. Les tribunaux ont défini le taux d'intérêt comme le taux de l'intérêt « [TRADUCTION] qui court

quotidiennement »<sup>17</sup>. Il s'agit d'une définition logique qui tient compte du fait que dans la plupart des cas, la rémunération du prêteur est proportionnelle à la durée du prêt. Mais notre coursier a été rémunéré autrement, à savoir par frais fixes. Ce procédé pose un problème dans la réglementation des frais d'emprunt.

[13] Lorsque l'on a tenté de réglementer les taux d'intérêt, la première stratégie d'évasion a consisté généralement à fixer des frais fixes : « frais de service », « frais d'administration », « frais de courtage », « primes », « bonis », les appellations ne manquent pas. Ce procédé permet au prêteur de prétendre qu'il ne demande pas d'« intérêts », donc qu'il n'est pas visé par la loi. On contournait ainsi entièrement les objectifs de protection du consommateur à l'époque reculée de la *Loi des prêteurs d'argent*<sup>18</sup>. On affaiblissait aussi considérablement la portée des dispositions de la *Loi sur l'intérêt*<sup>19</sup> relativement à la divulgation en matière de prêt hypothécaire<sup>20</sup>. Si répréhensible soit-elle, la pratique qui consiste à établir des frais fixes pour contourner des règles ne date pas d'hier. Pendant la Renaissance, les banques usaient de ce procédé pour ne pas contrevenir directement aux directives de l'Église, qui interdisait tout intérêt sur les prêts<sup>21</sup>.

[14] Par ailleurs, même si un tribunal a déjà fait valoir que des frais fixes sont plus simples à comprendre que des frais d'intérêt<sup>22</sup>, la réalité est que les frais « payables d'avance » sont plus profitables au prêteur qu'on le croit généralement. En effet, si on emprunte 100 \$ pour un an à 10 %, on rembourse 110 \$ après un an. Si on emprunte 100 \$ pour un an à 10 % d'intérêt tout en acquittant des « frais de service » de 10 \$ prélevés à même le montant du prêt, on rembourse encore 110 \$ après un an. Mais en fait, le bénéfice du prêteur se chiffre cette fois à 20 \$, et l'emprunteur n'a touché que 90 \$. Par conséquent, le coût du prêt s'élève à 22,2 % du crédit accordé. On comprend que les 2,2 % supplémentaires s'expliquent par le fait que les frais de service non seulement ont été remis au prêteur, mais faisaient partie du capital emprunté, et portent donc de l'intérêt sur un an.

[15] Cet exemple montre clairement la nécessité d'inclure les frais fixes dans toute réglementation visant à obliger la divulgation des taux d'intérêt ou à limiter les frais d'emprunt. C'est pour cela d'ailleurs que notre article du *Code criminel* donne une définition extrêmement large du mot *intérêt* : « L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités<sup>23</sup>. »

[16] Dans la suite de la définition, on précise que la question de savoir à qui ces frais sont payés ou payables ne change rien à l'affaire. Encore une fois, on cherche ici à colmater au maximum. Un prêteur peut constituer une agence distincte d'« évaluation de crédit » ou de courtage à qui les frais devront être versés. À moins qu'il y ait véritablement

fraude, le principe des personnalités morales distinctes peut protéger le prêteur de toute accusation si les frais qu'il reçoit sont versés à une tierce compagnie.

[17] Certains frais très mineurs sont exclus de la définition d'*intérêt*, notamment les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier dans le cas d'un prêt hypothécaire et les taxes officielles, lesquelles sont définies de façon très restrictive en ces termes : « taxe perçue, en vertu d'une loi, par une administration pour valider les sûretés »<sup>24</sup>. La nature de ces exceptions montre bien à quel point on tente de cibler spécialement les magouilleurs. Le principal bénéficiaire indépendant des frais expressément exclus de la définition d'*intérêt* est l'État.

[18] Ces définitions et restrictions sont essentielles pour protéger le public. Toutefois, dans le monde du commerce, elles peuvent s'avérer nuisibles si on manque de vigilance. Un emprunteur peut avoir besoin de crédit pour un court délai. Le prêteur, lui, doit assumer certains frais irréductibles peu importe la durée. Il lui faut traiter la demande, faire une évaluation de crédit, voir aux formalités juridiques, rencontrer les intéressés, étudier les documents. Tout cela prend du temps. Et le prêteur doit toucher un bénéfice si l'on veut qu'il reste en affaires. Or, les frais qu'il peut facturer pour tous ces services sont considérés comme de l'« intérêt » selon le *Code criminel*.

[19] Cela nous amène à l'autre aspect de notre article qui, outre la large définition, pose des problèmes dans le monde commercial. Les frais, considérés comme des intérêts, doivent être convertis en taux annualisé. Cette opération est rendue nécessaire par le libellé de la définition de *taux criminel* : « taux d'intérêt annuel effectif [...] »<sup>25</sup>. Ainsi, une fois que l'on a calculé la valeur de tous les frais d'intérêt (vastement définis) ainsi que le capital prêté (sommés ou prestations effectivement crédités, moins les frais, les amendes, etc.), on applique une formule pour savoir ce que serait le taux si la durée du prêt était d'un an, autrement dit, si le rendement touché par le prêteur pour la durée effective du prêt se répétait pour des périodes équivalentes pendant toute cette année.

[20] La formule en question est  $A \times (1 + I)^t = B$ , où A est le montant prêté, B le montant remboursé, I le taux d'intérêt annuel effectif et t le temps écoulé entre le prêt et le remboursement, exprimé en années. On en conclut que le coursier qui demande 10 % pour une semaine touche un taux effectif de 14 000 % par année<sup>26</sup>.

[21] Pour ces raisons, le commerçant qui consent des prêts de courte durée, même en se contentant de frais raisonnables, risque sérieusement de commettre une infraction criminelle. Naturellement, l'article 347 n'est pas utilisé normalement contre les prêteurs licites. On peut même ajouter que l'article protège déjà ces prêteurs en spécifiant que toute poursuite doit être autorisée par le procureur général de la province. Cependant, le

prêteur risque encore d'être obligé de réduire, voire d'annuler ses frais si, au moment de la perception, l'emprunteur refuse de payer en arguant que le taux est criminel et la transaction illégale.

[22] C'est surtout dans ce contexte que l'article 347 a été invoqué, du moins dans les cours supérieures. Dans nombre de ces cas, le prêteur n'a pas tout perdu. Il a pu, par retranchement, renoncer à certains frais et en conserver et ou en modifier d'autres de manière à ce que le montant total corresponde à un taux légal. Cependant, cette méthode ne règle pas le problème de manière satisfaisante. Nous y reviendrons<sup>27</sup>.

[23] Les tribunaux eux-mêmes ont tenté d'atténuer le problème en restreignant la portée de la définition d'*intérêt*. Nous avons vu en effet que le législateur a opté pour la définition la plus large possible. Assez rapidement, les tribunaux ont jugé que les honoraires d'avocats étaient inclus dans cette définition<sup>28</sup>. On précise cependant que ces honoraires doivent être versés au prêteur. Ainsi, si l'emprunteur paie les honoraires juridiques du prêteur (comme il est d'usage), ce montant est calculé dans l'intérêt. Mais s'il verse des honoraires à son propre avocat, ceux-ci sont exclus<sup>29</sup>. Cette restriction se justifie sans doute par la partie de la définition qui précise que les frais doivent être payés « en contrepartie du capital prêté ou à prêter ». Dans certaines décisions, on a même jugé que les frais versés à un courtier en hypothèques indépendant du prêteur ne doivent pas être comptés<sup>30</sup>.

[24] Outre le cas des prêts de courte durée, l'alinéa 347a) peut aussi poser un problème lorsque les parties prévoient nettement un bénéfice substantiel ou un accroissement de la valeur du bien financé et lorsque le prêteur souhaite se réserver un droit sur une proportion fixe de cette plus-value. C'est le cas de la première affaire dans laquelle l'article 347 a été invoqué par le défendeur dans une action civile. Dans l'affaire *Mira Design c. Seascope*<sup>31</sup>, les parties voulaient financer l'achat d'un immeuble.

[25] Le marché à Vancouver était très mûr pour la spéculation (quoiqu'il réservât de mauvaises surprises, comme la suite des événements allait le montrer). L'acheteur avait besoin d'une avance pour un mois. Quant au vendeur, compte tenu des tendances haussières du marché, il était convaincu qu'il pourrait vendre sa propriété beaucoup plus cher un mois plus tard. Pour consentir au financement, le vendeur a donc exigé que le bénéfice « perdu » soit ajouté au capital du prêt hypothécaire si le prêt n'était pas remboursé après un mois. Le montant prêté se chiffrait à 84 000 \$; le montant à rembourser si le prêt durait plus d'un mois était de 100 000 \$. Le prêt, s'il n'était pas payé, devait devenir un prêt à vue. Pendant le mois en question, le marché s'est effondré, et le vendeur a exigé paiement du montant intégral, plus l'indemnité pour le bénéfice

« perdu », 15 jours après l'échéance. C'est cette tentative de récupérer le gain prévu qui a été contestée en vertu du *Code criminel*.

[26] L'intéressement aux bénéfices comme condition de prêt n'est pas une exception. Lorsque les bénéfices sont estimés d'avance et que le remboursement est calculé en conséquence, le risque de toucher un taux d'intérêt criminel est tout à fait réel. Dans l'affaire *Tong c. Advanced Wing Technologies Corp.*<sup>32</sup>, les parties, dans le cadre d'une coentreprise, avaient convenu de financer l'achat d'un aéronef pour le remettre à neuf et le revendre<sup>33</sup>. Le demandeur avait prêté environ 200 000 \$ au défendeur; la moitié prenait la forme d'un prêt, et l'autre moitié la forme d'un achat privé des actions de la compagnie. Le demandeur devait recevoir 280 000 \$ du défendeur si le produit net de la vente dépassait ce montant, et la totalité du produit net de la vente, quel qu'il soit, si celui-ci était inférieur à 280 000 \$.

[27] La distinction entre un investissement sous forme de créance et un investissement sous forme de participation au capital est parfois ténue. On l'a bien vu ici lorsque le défendeur a abandonné le projet d'achat et de revente de l'aéronef à cause de complications juridiques. Le demandeur ne l'a appris que beaucoup plus tard. Cependant, dans le cadre d'une seconde entente verbale, le défendeur a accepté de verser au demandeur 280 000 \$, plus des intérêts annuels de 6 %. Les parties ont convenu que cette entente était illégale. Probablement, bien que le tribunal n'en parle pas explicitement, parce que le paiement devait être effectué indépendamment de l'entente de coentreprise, selon laquelle ce montant ne pouvait être versé que si l'aéronef était revendu à un certain prix.

[28] Résultat : le défendeur a été condamné à verser 280 000 \$ au demandeur, montant calculé sur la base de la remise au demandeur, par le défendeur, de trois chèques postdatés totalisant ce montant, la cour ayant estimé que cette somme avait été versée en vertu de l'entente de coentreprise. De fait, la cour a considéré que ce paiement constituait un dédommagement pour le non-respect des conditions de l'entente de coentreprise, et qu'il n'avait donc pas été versé en conséquence du second accord, accord illégal. Le tribunal a jugé qu'en raison des agissements du défendeur, le demandeur n'a pas pu faire la preuve du montant de sa perte et que le défendeur a reconnu que la somme de 280 000 \$ représentait un montant approprié pour exprimer cette perte. C'est le montant des dommages-intérêts adjugés.

[29] Ce que cette affaire met en évidence, c'est le risque posé par les investissements « mixtes ». Tant qu'un montant constitue *uniquement* du capital investi et que celui qui l'a versé participe aux profits et pertes, on peut prétendre qu'il n'y a pas de « crédit ». Mais dans leur esprit, les « investisseurs » ne font pas aussi clairement cette distinction

entre créance et participation au capital. De plus, cette entente de coentreprise démontre que les deux formes de contribution peuvent se confondre lorsque certains problèmes se posent. Dans ces circonstances, le risque d'enfreindre l'article 347 sans s'en rendre compte est élevé.

[30] On voit clairement la complexité d'une situation mixte de créance et de participation au capital dans l'arrêt *J.D.M. Capital Ltd. c. Smith* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>34</sup>. Dans cette affaire, la société A voulait acquérir un nombre substantiel d'actions de la société B, dont la société C était une filiale. La société A a obtenu un prêt de la société D pour payer une partie des actions. En contrepartie du prêt, la société A s'est engagée à faire de son mieux pour qu'une société ayant un lien avec la société D (la société E) puisse acquérir des actions non émises de la société C à prix réduit par rapport à la valeur comptable afin de produire un « prélevement » non imposable de 1,666 million de dollars. Le prêt a été consenti, mais la société A n'a pas rempli sa promesse. Le juge de première instance a établi que le 1,666 million de dollars constituait de l'intérêt sur le prêt et que celui-ci était par conséquent illégal selon l'article 347(1)a) du *Code criminel*. La Cour d'appel a renversé cette décision.

[31] La Cour d'appel a déclaré que la valeur d'une occasion d'affaires peut être considérée comme de l'intérêt<sup>35</sup> selon le *Code criminel*, mais que s'il est impossible de la quantifier, on ne peut prouver que l'alinéa 347(1)a) a été enfreint, quoiqu'une infraction de l'alinéa 347(1)b) demeure possible. En l'occurrence, l'emprunteur n'avait pas promis de verser le 1,666 million si ses efforts n'étaient pas fructueux. Pour calculer les intérêts liés à la transaction, il fallait regarder le coût pour l'emprunteur. Puisque les actionnaires de la société C étaient minoritaires et que la transaction aurait été approuvée par le conseil de la société C, il aurait fallu que la valeur de la transaction pour l'entreprise (donc pour la société A) soit au moins équivalente à la valeur du rabais. Autrement, les efforts de la société A n'auraient rien donné et aucune somme n'aurait été payable à la société D. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'intérêt payable à un taux criminel selon ce contrat.

[32] On voit bien la difficulté que pose l'évaluation de ce genre de composante d'« intérêt ». L'approche adoptée par la Cour suprême en l'espèce est utile car elle autorise un tribunal à décider que le taux criminel n'a pas été dépassé en vertu du fait que la valeur de l'intérêt est incertaine. Cependant, si les parties avaient explicitement prévu dans leur contrat que la société D toucherait obligatoirement la somme de 1,666 million à laquelle elle s'attendait, la décision aurait été différente<sup>36</sup>. En l'occurrence, l'affaire a été renvoyée au juge de première instance pour qu'il détermine et attribue des dommages-intérêts pour la perte causée par le fait que la société n'a pas fait de son mieux comme promis.



[33] Lorsque le bénéfice est estimé d'avance, on peut prévoir que le taux sera criminel dès la date du prêt. Mais lorsque le bénéfice n'est pas estimé d'avance, comme c'était le cas dans l'affaire *J.D.M. Capital*, l'alinéa 347(1)a) ne pose pas de problème. Toutefois, lorsque des bénéfices inattendus sont réalisés et se chiffrent à un montant qui donne lieu à un taux criminel, l'article 347(1)b) peut être en cause. Regardons cela d'un peu plus près.

#### B. Réception d'intérêt à taux usuraire

[34] Une autre façon de faire fi des limites du taux d'intérêt, dans un contrat, consiste à ne pas prévoir un taux criminel dans le contrat mais à y introduire des dispositions grâce auxquelles le prêteur bénéficie d'un rendement beaucoup plus élevé que le taux d'intérêt déclaré. Lorsque les lois britanniques sur l'usure étaient en vigueur, les créanciers hypothécaires concluaient souvent un second contrat, en marge du contrat hypothécaire, pour obtenir un paiement d'une autre nature. C'est ce qu'on appelait des « avantages accessoires ». Il était fréquent que les tribunaux invalident ces ententes en constatant qu'elles constituaient un moyen de contourner l'interdiction de prêter à un taux usuraire. Ce n'est qu'en 1914 que l'Angleterre a reconnu la légitimité des contrats d'avantages accessoires. La dernière loi sur les taux usuraires était déjà abrogée depuis longtemps<sup>37</sup>.

[35] Encore une fois, il aurait fallu manquer de clairvoyance, compte tenu de l'histoire du plafonnement des taux d'intérêt, pour ne pas penser à ces échappatoires et ne pas prévoir un moyen de les contrecarrer. Dans le *Code criminel*, ce moyen réside dans l'alinéa 347(1)b), qui vise un constat « après coup » en disposant que commet une infraction quiconque « perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel ». Cette disposition pose des problèmes dans deux situations précises en matière de prêts commerciaux :

1. S'il survient un imprévu, une entente portant sur un taux que l'on avait calculé comme inférieur à la limite peut donner lieu à un taux criminel compte tenu de la définition d'*intérêt* et après conversion en taux d'intérêt annuel effectif.
2. Si le rendement pour le prêteur est incertain et dépend de certains facteurs comme les bénéfices touchés par l'emprunteur, il peut arriver que le paiement effectivement reçu, une fois converti en taux d'intérêt annuel effectif, dépasse les 60 %.

[36] On constate toute la portée de l'alinéa 347(1)b) dans l'affaire *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp*<sup>38</sup>. Cette affaire porte sur un prêt qui était légal si on s'en tient à la lettre du contrat. En effet, les intérêts et les frais versés, une fois convertis en taux d'intérêt annuel effectif selon la période pendant laquelle l'emprunteur pouvait profiter de l'argent, ne dépassaient pas 60 %. Cependant, il était prévu que l'emprunteur pouvait réduire la

durée du prêt en anticipant le remboursement, ce qu'il a fait. Le montant en question, calculé cette fois en fonction de la période raccourcie, dépassait la limite légale. L'emprunteur a donc fait valoir que le prêt était illégal parce que le prêteur recevait un paiement d'intérêt à un taux criminel.

[37] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé inacceptable qu'un prêteur puisse se transformer en criminel par un acte volontaire de l'emprunteur alors que manifestement, la transaction était parfaitement légale. La majorité a donc déclaré qu'il ne peut y avoir infraction criminelle si la teneur du contrat est légale. Le juge Hutcheon s'est dissocié de cette opinion, constatant que cette interprétation enlevait tout son sens à l'alinéa 347(1)*b*).

[38] Selon son interprétation stricte, le juge Hutcheon aurait déclaré que le prêteur, ayant reçu un paiement supérieur à 60 % par année, avait enfreint la loi, même s'il n'avait pas le choix. La conséquence paradoxale de cette position, c'est que pour se protéger, le prêteur se devrait d'interdire à l'emprunteur d'anticiper le remboursement dans la mesure où le paiement raccourcirait suffisamment la durée du prêt pour que la limite légale soit dépassée. La plupart des emprunteurs ne considéreraient pas une telle clause comme une faveur! En effet, le droit de remboursement anticipé est généralement considéré comme très avantageux pour l'emprunteur. La Cour suprême du Canada a rejeté l'appel sans motifs supplémentaires<sup>39</sup>.

[39] Même si on adopte l'interprétation stricte de l'alinéa 347(1)*b*), on peut s'interroger sur le cas du prêt à vue. Par définition, ce genre de prêt peut être réclamé presque immédiatement après le décaissement. En tenant à envisager la légalité d'un contrat de prêt en fonction uniquement des conditions du contrat, il semble bien que la Cour d'appel ouvre la porte à ce que tout prêt à vue soit considéré comme criminel à la base en vertu de l'alinéa 347(1)*a*).

[40] Toutefois, l'aspect rassurant de l'arrêt *Nelson*<sup>40</sup>, qui autorisait les prêteurs à se croire protégés dans la mesure où la teneur du contrat est légal, a été annihilé en 1998 dans deux décisions de la Cour suprême du Canada publiées en même temps, soit *Garland c. Consumers' Gas Co.*<sup>41</sup> et *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*<sup>42</sup>. Les deux clarifient la façon d'interpréter l'alinéa 347(1)*b*). Aucun des deux arrêts n'apporte de bonnes nouvelles aux prêteurs. Au contraire, les deux accordent à l'alinéa 347(1)*b*) une portée beaucoup plus large que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[41] Dans l'arrêt *Garland*<sup>43</sup>, le plus souvent cité (sans doute parce qu'il s'agit d'un dossier très connu dans le domaine de la défense des consommateurs), il était question

d'un consommateur qui prétendait que son fournisseur de gaz exigeait un taux d'intérêt criminel à titre de frais pour paiement en retard. Avec la bénédiction de l'organisme de réglementation, Consumers Gas comptait des frais de 5 % du montant de la facture si le paiement restait impayé à l'échéance. Un actuaire a expliqué à la Cour que dans ces conditions, dès que le client paie son compte avant l'expiration d'une période de 38 jours suivant l'échéance, les frais facturés correspondent à un taux illégal.

[42] La compagnie a fait valoir plusieurs arguments. Premièrement, que les frais ne découlaient pas d'un contrat de crédit conclu de plein gré par les deux parties. La compagnie n'encourageait pas ses clients à payer en retard et voulait même éviter cette situation. Les frais ont justement pour but de décourager ce comportement. La Cour a rejeté cet argument, indiquant qu'il s'agissait d'une entente de prêt, même si la compagnie n'encourageait pas ce genre de situation, et que les frais de retard lui procuraient dans les faits un revenu substantiel. De plus, le paiement était prévu dans le cadre d'un régime de réglementation qui créait un contrat de fait entre la compagnie et ses clients. Il s'agissait donc d'une entente de prêt<sup>44</sup>.

[43] L'arrêt *Nelson*<sup>45</sup> est peut-être encore plus inquiétant pour les prêteurs. Premièrement, les juges ont rejeté sans équivoque le jugement de la majorité qui estimait qu'une entente de crédit dont la teneur contractuelle n'était pas illégale ne pouvait pas enfreindre l'alinéa 347(1)b). La Cour suprême du Canada a donné à cet alinéa son sens manifeste. Si cet alinéa avait pour but d'empêcher les détours que peut prendre un prêteur en concluant des contrats qui n'enfreignent pas de manière évidente l'alinéa 347(1)a), il fallait qu'il contienne un aspect de « constat après coup ». Même si un prêt n'est pas criminel au moment où il est accordé, il peut le devenir si le paiement effectivement reçu représente un taux d'intérêt supérieur à la limite. Ainsi, le fait que les frais de retard ne représentaient pas obligatoirement, à la lecture du contrat, un taux supérieur à 60 % par année n'a pas été suffisant pour disculper Consumers' Gas.

[44] Le deuxième aspect problématique de la décision porte sur l'exception découlant d'un « acte volontaire ». La Cour suprême du Canada a confirmé le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon lequel il serait rebutant pour l'esprit d'accepter que le prêteur puisse être déclaré coupable d'avoir enfreint l'alinéa 347(1)b) en raison d'un acte volontaire de l'emprunteur que le prêteur ne peut empêcher. Elle a confirmé que si la teneur du contrat n'est pas illégale et si les intérêts touchés dépassent 60 % par année en raison, par exemple, d'un remboursement anticipé effectué par l'emprunteur sur son entière initiative, la transaction ne peut être illégale. Cependant, la Cour a considéré que dans l'affaire *Garland*<sup>46</sup>, le taux criminel n'était pas causé par ce genre d'acte volontaire.

[45] Une fois qu'il bénéficie d'un crédit (non-paiement à l'échéance), il faudrait que le client attende plus de 39 jours pour éviter de payer un taux illégal. Or, la grande majorité des clients paient en dix jours. De plus, la plupart ne savent pas qu'ils peuvent attendre aussi longtemps qu'ils veulent avant de payer. Ils sont en droit de craindre d'autres pénalités, comme une interruption de service. Par conséquent, le tribunal a jugé que le fait de payer dans un délai de 38 jours et de déclencher ainsi l'illégalité du taux d'intérêt n'était pas un acte volontaire de la part du client<sup>47</sup>.

[46] L'arrêt concomitant, *Degelder Construction Co.*<sup>48</sup>, illustre le lien que fait la Cour suprême entre l'alinéa 347(1)a) et l'alinéa 347(1)b). Dans ce cas, un prêt hypothécaire de deuxième rang d'une valeur maximale de 2,5 millions de dollars a été consenti à Dancorp pour des travaux de construction. L'entente prévoyait une prime pour chaque décaissement et des primes supplémentaires si le capital avancé dépassait 1,55 million de dollars. À cela s'ajoutaient des frais de placement et de traitement et des honoraires juridiques. La durée envisagée était de 11 mois.

[47] Avant les décaissements, il était impossible de savoir exactement quel serait l'« intérêt » (selon la définition du *Code criminel*). C'est probablement la raison pour laquelle Dancorp n'a pas contesté la validité du contrat en prétendant qu'un taux illégal y était stipulé. La société a plutôt fait valoir que le prêt était illégal parce que les frais, les primes et les intérêts effectivement versés par Dancorp se traduisaient par un taux illégal si on les calculait sur la période de 11 mois que devait durer le prêt selon le contrat. Or, le prêt n'a pas été remboursé à la date prévue, mais plus de deux ans plus tard. Si l'on reportait les frais, les primes et les intérêts sur la durée réelle de remboursement, le taux annuel effectif était inférieur à 20 %.

[48] La Cour a jugé que dans ces circonstances, l'alinéa 347(1)b) n'était pas en cause, définissant « un cadre logique pour interpréter l'art. 347 »<sup>49</sup>. Selon ce cadre, la Cour considérait que les questions pertinentes étaient les suivantes :

Pour l'application de l'al. (1)a), la question pertinente est la suivante : « quel est le taux d'intérêt exigé par le contrat? » Quant à l'al. (1)b), la question est la suivante: « à quel taux d'intérêt un paiement a-t-il réellement été reçu? » Comme le prétend l'intimée, un paiement d'intérêts peut être illégal en vertu de l'al. (1)b) même si le contrat de prêt en vertu duquel il est fait ne violait pas lui-même l'al. (1)a) au moment de sa conclusion<sup>50</sup>.

[49] La Cour a ajouté que l'alinéa 347(1)a) doit recevoir une interprétation stricte et que l'infraction « est complète dès la conclusion d'une convention ou d'une entente de prêt, et elle est prouvable au moyen des clauses qui y sont contenues »<sup>51</sup>. Ainsi :

S'il existe simplement une possibilité que le taux d'intérêt devienne illégal dans le cadre du contrat, il n'y a aucune violation de l'al. (1)a). Cela peut se produire lorsque la période de remboursement est sujette à modification ou lorsque des frais d'intérêt considérables sont payables sur demande ou si un événement précis survient. [...] Le taux d'intérêt annuel effectif demeure hypothétique tant qu'on ne connaît pas le montant véritable des intérêts et la période réelle de remboursement. Le rôle de l'al. (1)b) est de s'appliquer aux violations de l'art. 347 commises dans ces circonstances. Il faut donner à cet alinéa une interprétation assez large pour tenir compte des intérêts que le prêteur perçoit réellement à un taux criminel<sup>52</sup>.

[50] Cet énoncé clair, que l'on peut difficilement contester compte tenu du libellé de l'article et de l'intention de faire échec à tout échappatoire dont nous avons fait état précédemment<sup>53</sup>, jette une nouvelle douche froide dans les milieux d'affaires. Tout d'abord, même si les prêts à vue semblaient plus sûrs à la lumière de l'alinéa 347(1)a), on constate pleinement que, dans certaines circonstances, ce genre de prêt peut enfreindre l'alinéa 347(1)b). Lorsqu'un prêt à vue s'accompagne d'une prime ou d'autres frais au décaissement, y compris les honoraires de l'avocat du prêteur, on ne peut pas connaître d'avance le taux d'intérêt réel. Ainsi, pour citer la Cour suprême, « il existe simplement une possibilité que le taux d'intérêt devienne illégal »<sup>54</sup>. Cependant, si un imprévu a pour conséquence que le prêteur demande un remboursement après une courte période, il se peut très bien que le paiement reçu dépasse la limite légale.

[51] Mais les dettes convertibles ou échangeables posent un problème encore plus inquiétant. Normalement, un prêt à vue ne donne pas lieu à une demande de remboursement assez rapide pour rendre l'intérêt illégal. Ce cas n'est susceptible d'arriver que dans des situations inhabituelles, comme un cas d'urgence où la transaction tourne vraiment mal. Dans ce cas extrême, le risque de perdre une partie des frais exigés à l'origine pourrait être le moindre des soucis du prêteur. Les dettes convertibles ou échangeables sont relativement fréquentes dans le domaine du capital de risque. On peut se poser de sérieuses questions sur la légalité de ce genre de transaction et, par conséquent, il pourrait y avoir lieu pour les conseillers juridiques d'émettre des réserves au sujet de ce genre d'investissement<sup>55</sup>.

[52] Dans un excellent article intitulé « Protecting Goliath From David »<sup>56</sup>, Christopher C. Nicholls traite de la question en profondeur. Les dettes convertibles ou échangeables comportent toujours une option dont la valeur peut être calculée à la date où le titre de créance est émis. Évidemment, cette évaluation comporte une part de spéculation, mais elle peut être faite, pour citer le professeur Nicholls, « à l'aide de modèles

mathématiques, de jugement indépendant et d'expérience »<sup>57</sup>. Ainsi, même si on peut rattacher une valeur actuelle à l'option, la valeur finale demeure incertaine. Elle est impondérable. C'est justement cette incertitude, en partie, qui la rend intéressante pour certains investisseurs dans certaines circonstances. C'est elle aussi qui en fait un risque à la lumière du *Code criminel*.

[53] Lorsque la conversion ou l'échange a lieu, la valeur réalisée peut s'avérer très différente de celle de l'option. En fait, c'est justement ce qu'espère le prêteur. Si les actions ont monté en flèche (ce qui profite autant à l'investisseur qu'à la compagnie), le montant remis au prêteur pourrait très bien dépasser un taux de 60 % par année. Selon les principes de *Degelder*<sup>58</sup>, entre alors en jeu l'alinéa 347(1)b) du *Code criminel*. Et là encore, comme le note si clairement le professeur Nicholls, on ne peut invoquer l'acte volontaire<sup>59</sup>. C'est le prêteur qui aura posé le geste déclencheur, et non l'emprunteur. Toutefois, évidemment, dans ce genre de transaction, le « Goliath », c'est-à-dire la partie la plus forte et la mieux outillée, sera généralement l'émetteur des valeurs, soit l'emprunteur, alors que le « David », soit la partie la plus petite et la moins bien outillée, sera probablement le prêteur, ou l'investisseur, à qui les valeurs mobilières ont été attribuées.

[54] Le problème est le même pour tout avantage accessoire dont peut profiter le prêteur et qui peut créer un revenu susceptible de devenir très imposant si l'entreprise en cause est florissante. Ce risque est reconnu dans l'affaire *J.D.M. Capital*<sup>60</sup>, dont nous avons déjà traité. Une autre histoire illustre bien ce cas de figure; c'est l'affaire *Boyd c. International Utility Structures Inc.*<sup>61</sup>, décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, une entreprise avait emprunté une somme pour financer l'acquisition de technologie pour la fabrication de poteaux métalliques de lignes de transmission par un procédé de soudage perfectionné. Le prêt (de 120 jours) portait intérêt à 30 % par année mais était assorti d'une entente selon laquelle le prêteur recevait des redevances sur chaque poteau fabriqué au moyen de la technologie en question. L'entente portant sur les redevances est demeurée en vigueur après le remboursement du prêt.

[55] À juste titre, le tribunal a jugé que la situation était parfaitement légale au vu de l'alinéa 347(1)a). Cependant, il a aussi jugé que les redevances constituaient des intérêts et que cette entente n'était pas assimilable à une participation aux bénéfices. « [TRADUCTION] Les redevances versées constituent, substantiellement sinon formellement, des frais payés ou payables en contrepartie du prêt »<sup>62</sup>. Le tribunal ajoute que ces paiements ne sont pas « volontaires » au sens de l'arrêt *Nelson* et selon les éclaircissements de l'arrêt *Garland*. La seule façon dont l'emprunteur aurait pu éviter de

verser les redevances consistait à « [TRADUCTION] abandonner sa raison d'être. [...] On ne trouve pas ici le "caractère volontaire" au sens de l'arrêt *Nelson* »<sup>63</sup>.

[56] Le tribunal conclut que le prêteur doit cesser de toucher les redevances dès lors qu'elles dépassent l'équivalent de 60 % par année. Jusqu'à concurrence de ce seuil, cependant, il peut intenter un recours pour percevoir les paiements. L'emprunteur n'avait toutefois pas la sympathie de la Cour. Le juge Henderson a finement résumé l'affaire dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Cette requête [...] constitue un autre cas d'entreprise ne manquant pas de moyens qui, après avoir négocié un prêt en toute liberté et sans souffrir d'un déséquilibre des pouvoirs, essaie de se soustraire aux conséquences de l'entente en recourant aux dispositions du *Code criminel* qui porte sur les taux d'intérêt<sup>64</sup>.

[57] Ici encore, le fait qu'il s'agisse purement d'un prêt et non d'une participation au capital a été déterminant. Le prêteur a fait valoir qu'en réalité, il voulait investir dans les actions de l'entreprise, et que ce n'est que lorsque celle-ci s'est montrée réticente que l'on en est arrivé à la formule des redevances à titre de compromis. Ainsi, la difficulté de concevoir des véhicules d'investissement d'intérêt mutuel, illustrée par cette affaire et par l'arrêt *Tong*<sup>65</sup>, dont nous avons traité précédemment, pourrait constituer un des problèmes les plus intéressants posés par l'article 347. Bien que les effets les plus généraux de ce problème se manifestent dans le cas des ententes de financement convertibles décrits dans l'article du professeur Nicholls<sup>66</sup>, il semble bien qu'il entrave aussi sérieusement la possibilité de négocier et de renégocier des ententes de moins grande envergure et faites sur mesure pour satisfaire toutes les parties.

#### IV Effets sur les pratiques commerciales

[58] Les avocats ont manifesté leur inconfort eu égard aux effets de l'article 347 sur leurs pratiques commerciales. Des universitaires en réclament l'abrogation<sup>67</sup>. Comme nous l'avons vu, les deux problèmes les plus évidents dans le domaine commercial concernent les prêts à court terme et le prêt de capital de risque dans des circonstances où la participation aux bénéfices pourrait être souhaitable pour le prêteur. Les trois aspects de l'article 347 qui causent ces difficultés par un effet combiné sont la définition large du terme *intérêt*, la conversion de tous les frais en taux d'intérêt annualisé et l'alinéa 347(1)b), qui autorise un « constat après coup ». Ces trois caractéristiques sont importantes pour assurer l'efficacité de toute disposition d'un code pénal ayant pour objet de rendre illégale une transaction sur la seule base du taux d'intérêt demandé.

[59] La Conférence pour l'harmonisation des lois a demandé aux avocats de lui expliquer l'incidence de cet article sur leur pratique commerciale. Quarante-trois avocats de droit commercial ont répondu, faisant état à tout le moins d'anecdotes illustrant les aspects de cet article qu'ils ont dû considérer. On ne sera pas étonné de constater que 91 % des répondants ont indiqué qu'ils avaient déjà, occasionnellement ou fréquemment, dû se demander si un prêt risque d'enfreindre l'article en question (28 % déclarent se pencher fréquemment sur ce problème). De même, les avocats font état d'une incidence importante sur les opinions formulées au sujet d'un prêt envisagé. Soixante-cinq pour cent des répondants ont parfois ou souvent émis des réserves au sujet d'un prêt en raison du risque de dépasser la limite légale (30 % fréquemment).

[60] Bien que le nombre de répondants soit faible et que nul ne prétend que ces énoncés aient valeur scientifique, il semble bien qu'une part importante du travail des avocats soit consacrée à une question qui ne viendrait pas sur le tapis dans le cadre d'une transaction commerciale n'eût été de l'existence de l'article 347. Il est indéniable que la nécessité d'obtenir un avis juridique sur la question accroît le coût de la transaction, ne serait-ce que minimalement. Il semble que peu d'avocats recourent aux services d'un actuaire pour calculer le risque d'atteindre le taux criminel, mais nombre d'entre eux déclarent effectuer des calculs eux-mêmes ou consulter des banquiers spécialisés dans les opérations commerciales. Il est évident que ces démarches demandent du temps et de l'argent.

[61] Sans compter l'augmentation potentielle du risque pour le prêteur. Soixante-quatorze pour cent des répondants ont occasionnellement ou fréquemment (30 % fréquemment) conseillé à un client de modifier un contrat ou de retarder ou modifier la réalisation d'une valeur mobilière afin d'éviter tout risque de toucher un intérêt criminel. On est en droit de supposer que lorsqu'une entreprise se voit dans la nécessité de réaliser des valeurs obtenues dans le cadre d'un prêt, un retard est susceptible d'aggraver ses difficultés et de nuire à ses chances de récupération. Évidemment, il est impossible de mesurer cet effet avec précision.

[62] Nous avons aussi fait état de l'opinion des magistrats. On sait d'ailleurs que le titre même du présent document est une citation de la décision du juge Major, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co*<sup>68</sup>. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que cet article avait donné lieu à un volume considérable de contentieux civil et que la tendance allait probablement s'accroître à la suite de cet arrêt. Cependant, le juge Major concluait en ces termes : « Si cette disposition a besoin d'être plus précise, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de prendre les mesures correctives nécessaires<sup>69</sup>. »



## V. Mesures correctives

### a) Tribunaux

[63] La découverte que l'article 347 pouvait avoir un effet sur des ententes commerciales tout à fait légitimes caractérisées ni par une inégalité des forces ni par des méthodes de perception condamnables a eu l'effet d'une bombe dans le milieu des affaires. Lorsque cette possibilité a été exprimée pour la première fois, dans l'affaire *Mira Design*<sup>70</sup>, la juge Huddart avait dû ajourner les procédures pour donner à l'avocat du prêteur le temps d'étudier cette idée originale. C'est aussi elle qui a dû arrêter la marche à suivre dans les situations où l'on constate une infraction à l'article 347.

[64] Comme solution, les tribunaux ont opté pour le retranchement. En effet, le cœur du problème réside dans le fait que si un contrat est illégal à la base (par exemple, un contrat de meurtre)<sup>71</sup>, le tribunal ne fait rien pour aider les parties. Ainsi, dans les premières affaires du genre, on faisait valoir que le prêt étant illégal, même le capital ne devait pas être remboursé. Or, les tribunaux ont jugé cette position excessive et inappropriée, compte tenu que, dans la plupart des cas, le prêteur n'avait pas l'intention d'enfreindre la loi et le fait de dispenser l'emprunteur du remboursement du capital avait pour effet d'enrichir celui-ci de manière considérable et indue. Il ne semblait déjà pas que l'on contribuât aux objectifs du *Code criminel* par une application limitée de l'article en instance civile; le fait de déclarer le prêt illégal à la base et de priver le prêteur de tout recours pour récupérer son argent risquait de discréditer la loi encore plus.

[65] Ces trois facteurs – finalité de la loi, intention des parties et risque d'enrichissement indu de l'emprunteur –, outre l'égalité des pouvoirs de négociation, sont devenus les critères fondamentaux devant guider l'invalidation sélective des dispositions illégales. En fait, la juge Huddart a appliqué tous ces facteurs, mais la formule la plus souvent citée est celle de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Thompson (William E.) Associates Inc. c. Carpenter*<sup>72</sup>. Cependant, même si les principes font à peu près l'unanimité, la méthode employée pour les appliquer a varié.

[66] La juge Huddart a appliqué la méthode dite du « stylo bleu ». Il s'agit simplement de biffer certains passages du contrat. Ainsi, dans l'affaire *Mira Design*<sup>73</sup>, la Cour a biffé les mots qui causaient le « surplus » de capital. La même méthode a servi à éliminer des primes et des frais de courtage<sup>74</sup>. L'avantage de cette méthode pour la Cour, c'est qu'elle peut dire qu'elle intervient au minimum dans le libellé de l'entente négociée entre les parties<sup>75</sup>.

[67] Cependant, il est aussi arrivé que la cour annule en entier la contrepartie prévue pour le prêt, refusant de n'invalider que quelques dispositions particulières pour rendre l'entente légale. Dans l'affaire *Terracan Capital Corp c. Pine Projects Ltd.*<sup>76</sup>, le juge a refusé de s'engager dans ces détails, n'accordant au prêteur que le remboursement du capital. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Prowse a déclaré que cette décision relevait du juge de première instance et a refusé de s'en mêler. Le même résultat a été approuvé dans l'arrêt *Thompson*<sup>77</sup>.

[68] Il existe une troisième méthode de retranchement qui n'a été utilisée que récemment. Dans bien des cas, il pourrait être possible, tout simplement, d'ordonner le versement de tous les intérêts conformément à l'acte de prêt, mais uniquement jusqu'à concurrence de 60 % par année. Il est arrivé une seule fois, dans l'arrêt *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.*<sup>78</sup>, que ce genre de retranchement fût indirectement autorisé; dans cette affaire, le demandeur réclamait qu'on lui rembourse des intérêts dont le taux était amplement supérieur au seuil criminel. La Cour a opté pour une approche similaire dans l'affaire *Boyd c. International Utility Structures*<sup>79</sup>, dont nous avons traité précédemment, dans laquelle le prêteur a eu droit aux redevances prévues, mais jusqu'à concurrence de la limite de 60 %. À strictement parler, aucune de ces deux décisions ne consistait à biffer des passages du contrat pour permettre au prêteur d'en faire appliquer une version modifiée. Cependant, cette option a été sérieusement étudiée par la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Transport North American Express c. New Solutions Financial Corp*<sup>80</sup>.

[69] Les faits de l'affaire *New Solutions*<sup>81</sup> fournissent d'ailleurs une illustration intéressante des problèmes qui surviennent lorsque l'on mélange dette et participation au capital. Le prêteur voulait participer au capital de l'entreprise, mais en fin de compte, on a opté pour des « paiements de redevance »<sup>82</sup> en remboursement d'un prêt. En plus des prétendues « redevances », le prêteur devait recevoir des intérêts de 4 % par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement (taux effectif de 10,10 %), des frais de surveillance de 750 \$ par mois, des frais juridiques, des frais d'administration et une commission d'engagement de 5 000 \$. Tout compris, le taux annuel effectif se chiffrait à 90,9 %. Si le remboursement était retardé, le taux pouvait tomber à 82 %, mais jamais moins.

[70] Ici encore, c'est pour des raisons de principe que l'on a opté pour le retranchement. Le tribunal a fait remarquer que « [TRADUCTION] rien ne laisse croire que le demandeur a été dupé, ni même que ses dirigeants ne comprenaient pas parfaitement les conditions de l'entente ni l'étendue et le coût des obligations qu'ils ont acceptées »<sup>83</sup>. Le tribunal a constaté qu'en recourant à la méthode du stylo bleu, il pouvait annuler l'obligation de verser des intérêts de 4 % par mois. En procédant ainsi, il aurait réduit le

remboursement pour atteindre un taux considérablement inférieur au seuil criminel, mais il aurait aussi privé le prêteur du principal poste de rentabilité sur lequel il comptait. Cependant, c'était le seul élément de contrat que l'on pouvait enlever pour faire descendre le taux d'intérêt sous le seuil prévu dans le *Code criminel*.

[71] Procédant à un remarquable examen raisonné de la jurisprudence, le juge Cullity conclut en ces termes :

[TRADUCTION] Je crois qu'on peut prétendre que la méthode du stylo bleu ne se défend pas intellectuellement et qu'il serait anormal de continuer de l'appliquer. [...] La méthode du stylo bleu, à mon sens, est un vestige d'une ère révolue, d'une époque où les tribunaux de *common law*, sans se soucier des règles d'*equity*, étaient plus stricts qu'aujourd'hui en matière d'interprétation et d'exécution des contrats<sup>84</sup>.

[72] Le juge Cullity poursuit en appliquant le « retranchement notionnel », qui consiste à modifier les dispositions « [TRADUCTION] de telle sorte que le taux criminel ne soit pas atteint au lieu de simplement biffer des passages »<sup>85</sup>. Ainsi, le prêteur a pu toucher tous les frais convenus, mais on a réduit les intérêts mensuels afin que le montant total versé ne dépasse pas le taux criminel.

[73] Il y a lieu d'applaudir l'avènement du « retranchement notionnel ». Bien que l'on ait justifié la méthode du stylo bleu, comme l'explique le juge Cullity, par le fait qu'en retirant tout simplement des mots déterminés d'un contrat, on intervient le moins possible dans l'entente négociée entre les parties<sup>86</sup>, les faits de cette affaire montrent parfaitement que ce n'est pas toujours le cas. Posons-nous seulement la question suivante : les parties elles-mêmes diraient-elles que le contrat amputé des frais d'intérêt de 4 % est plus près de l'entente qu'elles avaient prise que le contrat modifié de telle sorte que les frais d'intérêt soient réduits de la manière privilégiée par le juge Cullity? On est en droit de croire que l'entente négociée entre les parties consistait à prévoir un taux de rendement (considéré ici comme de l'intérêt) de près de 90 % parce qu'on estimait que la valeur de la compagnie suivrait une courbe similaire. Cette entente a été négociée, en fait, pour compenser le refus de la compagnie, qui ne voulait pas vendre 30 % de ses actions participatives au prêteur.

[74] Les tribunaux ont donc besoin d'un autre outil flexible pour respecter le plus possible les intentions des parties. Tant que le retranchement demeure la seule méthode permettant à la cour de concilier les réalités commerciales et les obligations de la loi, il importe au plus haut point que la méthode de retranchement reste souple. Par exemple, il semble bien qu'aucun tribunal jusqu'ici n'ait eu à se pencher sur un cas de dette

convertible. Cependant, quand on se demande comment un tribunal pourrait régler ce genre de problème par voie de retranchement, on constate le besoin d'une certaine souplesse. On peut considérer que le simple fait d'annuler l'option d'achat d'actions serait extrêmement injuste pour l'investisseur, pour qui l'opération présentait probablement un intérêt justement en raison de cette option en grande partie. Il pourrait être de loin préférable de simplement réduire le nombre d'actions sur lesquelles l'option peut être exercée afin de réduire le rendement à 60 %. L'arrêt *New Solutions*<sup>87</sup> ouvre cette porte.

[75] Cependant, on voit aussi pourquoi les efforts des tribunaux visant à trouver une solution aux problèmes posés par l'article 347 demeurent insatisfaisants à la base. S'il faut recourir au retranchement, il faut le faire selon des modalités souples; si les modalités sont souples, les résultats seront toujours incertains. Or, comme on le sait, l'incertitude est l'ennemie jurée du droit commercial! Il demeure un risque que certains types d'opérations tombent sous le coup de l'article en question et que, une fois ce fait constaté, l'entente d'origine doive être charcutée. Certes, les dégâts seront limités si l'on trouve un juge sympathique et imaginaire, mais peu de clients se satisferont de cet espoir.

#### b) Réforme législative

##### i) Abrogation

[76] Le premier argument en faveur de l'abrogation veut que cet article porte gravement atteinte à la liberté de fixer un taux sur le marché<sup>88</sup>. Le problème de cet argument, c'est que, tout comme la modification du *Code criminel* et l'abrogation de la *Loi sur les petits prêts*, bien que réalisées par une seule et même loi<sup>89</sup>, ont des buts distincts, la promotion du libre marché (qui pourrait être un objectif du droit commercial) n'est pas le but du droit pénal. Qui plus est, il peut être nécessaire ou souhaitable de tolérer un certain encadrement du marché pour protéger les gens vulnérables des méfaits du prêt usuraire. Ainsi, si valable soit-il, l'argument commercial ne doit pas forcément avoir préséance sur l'objectif de protection<sup>90</sup>. Sur quoi se baser pour trouver un juste milieu?

[77] On pourrait faire valoir que même dans le cadre du droit pénal, cet article n'est pas aussi efficace qu'il serait censé l'être. Comme nous l'avons vu plus haut, historiquement, les Canadiens sont plutôt rétifs à l'idée de réglementer les taux d'intérêt. Ce qui rend une opération criminelle, ce n'est probablement pas simplement le chiffre du taux, mais plutôt son lien avec une activité plus généralement reconnue comme criminelle, dont la menace de représailles violentes. À l'appui de ce principe, on pourrait faire remarquer que les fournisseurs de prêts à échéance au jour de paie (qui demandent généralement un taux

supérieur à la limite légale) sont tolérés par la société et font rarement l'objet de poursuites.

[78] Par conséquent, il pourrait être souhaitable de revenir aux premières formes des lois sur l'usure en requérant une forme de menace ou de violence pour qu'une poursuite soit possible. Mais cette option n'est pas non plus sans lacune. Dans les faits, cette contrainte supplémentaire risque d'enlever toute efficacité à la loi. En théorie, on peut convenir que le taux d'intérêt en soi n'est pas un facteur suffisant pour déclarer qu'une transaction est criminelle, mais en pratique, il peut être impossible d'établir et de prouver les autres critères posés comme nécessaires.

[79] On pourrait aussi faire valoir que les provinces ont d'autres lois qui limitent les pratiques commerciales inéquitables<sup>91</sup>, rendent obligatoire la déclaration des frais d'emprunt<sup>92</sup> et invalident les opérations léonines dans le domaine de la consommation<sup>93</sup>. Ces lois reposent non pas sur un « critère net » comme un taux chiffré, mais plutôt sur les notions souples d'équité, de rapport de forces et de présentation d'information permettant un choix éclairé. Ce genre de critères poserait problème en matière criminelle, mais personne ne s'objecte à laisser cette latitude aux tribunaux dans le domaine civil. Conclusion : si l'article 347 était abrogé, on pourrait s'en remettre à ces lois pour protéger adéquatement les consommateurs.

[80] Nous nous inscrivons en faux contre ce point de vue. L'utilité des lois utilisées pour protéger le consommateur par voie civile est loin d'être démontrée dans le contexte social caractéristique de l'usure. Pour profiter de ces lois, il faut avoir accès à la justice. Pour ce faire, il faut des moyens financiers et une connaissance de ses droits qui font tout simplement défaut à nombre d'emprunteurs sur le marché criminel. Les grandes sociétés sont prêtes à respecter ces lois pour préserver leur image aux yeux du public et des médias, mais l'usurier n'en a cure. De même, on ne pourra protéger adéquatement les droits de victimes en leur permettant d'engager un avocat et d'intenter des poursuites pour se soustraire à un paiement en invoquant des lois de protection du consommateur. La dure réalité, c'est que le seul accès à la justice dont les pauvres peuvent profiter tient souvent au droit pénal et à la police.

## ii) Adaptations de fortune

[81] On peut imaginer un certain nombre de modifications à apporter à l'article 347 pour réduire le risque de voir des prêts commerciaux déclarés illégaux. Aucune, cependant, n'élimine entièrement les trois aspects de l'article qui entraînent les plus grands risques d'infraction. Comme nous l'avons vu plus haut, la définition large du terme *intérêt*, la nécessité de convertir celui-ci en un taux annualisé standard et le « constat après coup »

prévu à l'alinéa 347(1)*b*) sont autant d'aspects très importants pour éviter les échappatoires. Sans eux, l'article ne pourrait pas empêcher les prêts usuraires non plus.

[82] Toutefois, il existe d'autres modifications qui pourraient être utiles sans gêner ces aspects. Premièrement, on pourrait exclure de la définition d'*intérêt* les honoraires des membres d'ordres professionnels tels qu'avocats et comptables. On pourrait aussi la clarifier en en excluant expressément les honoraires d'agents indépendants n'ayant aucun lien avec le prêteur. Il n'y a pas lieu de croire que cette mesure ouvrirait un nouvel échappatoire. Dans les prêts usuraires, normalement, on ne fait pas appel à des avocats, à des comptables ni à des courtiers indépendants. Comme nous l'avons vu plus haut, les tribunaux ont déjà accompli un certain chemin vers cet objectif<sup>94</sup>. Cependant, les honoraires juridiques du prêteur demeurent inclus et il subsiste une incertitude à propos de certains autres frais<sup>95</sup>. Ce genre d'exclusion réduirait de beaucoup le risque de commettre une infraction criminelle en raison d'un imprévu nécessitant la fin prématurée d'un prêt à vue. Dans ce genre de cas en effet, ce sont souvent les honoraires qui causent le dépassement de la limite légale.

[83] On pourrait en outre modifier la définition d'*intérêt* en limitant l'application de l'article aux transactions mixtes de créance et de participation au capital de l'entreprise, situation qui, comme nous l'avons vu, est particulièrement susceptible d'entraîner une infraction. Par exemple, on pourrait expressément exclure de la définition d'*intérêt* tout rendement dont profite le prêteur et ayant un lien avec le succès des activités de l'emprunteur. De façon plus explicite, la définition exclurait toute participation au capital de l'entreprise (fonds propres), qu'elle prenne la forme d'une dette convertible ou échangeable, d'une participation aux bénéfices imprévisible ou précalculée ou d'une redevance liée à l'utilisation d'une propriété.

[84] Une autre possibilité consiste à tout simplement faire passer la limite à un taux comme 500 %. Si le chiffre de 60 % paraît très élevé aujourd'hui eu égard aux taux traditionnels, cela n'a pas toujours été le cas, même dans le champ traditionnel. De plus, l'examen de la jurisprudence analysée ici laisse croire qu'une opération tout à fait loyale peut très bien dépasser 60 % par année. Sans compter que généralement, les frais demandés par les usuriers « respectables » comme les fournisseurs de prêt à échéance au jour de paie dépassent amplement la limite de 60 %. Il se peut que les gens qui ont proposé cette limite, à l'origine, ne se soient pas rendus compte des effets de la formule utilisée pour obtenir le taux annuel effectif, comme nous l'avons vu plus haut. Il n'est pas du tout impossible de fixer un taux assez haut pour inclure les pratiques normales du crime organisé tout en excluant les opérations commerciales les plus inusitées<sup>96</sup>.

### iii) Limitations

[85] Au lieu de procéder à une série de modifications complexes, il pourrait être souhaitable de limiter dans la loi le champ d'application de l'article. Si on admet que l'article 347 vise en fait les prêts à la consommation, il pourrait suffire d'exclure les prêts commerciaux. Les lois provinciales font couramment la distinction entre les deux, et il ne serait pas difficile de la définir clairement. Cependant, pour prendre cette voie, il faut supposer que le milieu commercial est exempt d'activités de prêt criminel ou alors qu'on renonce à entamer des poursuites le cas échéant. Il ne faut pas oublier que le droit criminel ne vise pas seulement la protection du consommateur.

[86] En rédigeant une loi civile provinciale tendant à protéger le consommateur contre les transactions injustes, il est tout à fait acceptable de considérer que les acteurs du secteur commercial doivent surveiller eux-mêmes leurs affaires et d'exclure les opérations commerciales du champ d'application de la loi. Si un acteur commercial est une petite entreprise (ce qui peut, en fait, presque se résumer à son unique actionnaire), il doit être en mesure de se payer des conseils de spécialistes juridiques et autres : sa survie en dépend. La question est purement économique. Mais à notre humble avis, on peut dire que dans l'optique du droit pénal, il n'y a pas de différence entre l'usurier qui menace la sécurité de M<sup>me</sup> Jones, simple citoyenne ayant contracté un prêt, et celui qui menace celle de M<sup>me</sup> Smith, présidente d'entreprise. Autrement dit, le caractère commercial de la transaction n'a pas nécessairement quoi que ce soit à voir avec le caractère criminel de l'acte<sup>97</sup>.

[87] Une autre limitation pourrait avoir un meilleur effet : il s'agirait de limiter le recours à l'article 347 dans les actions civiles. En effet, les seuls problèmes constatés dans l'application de l'article concernent des cas où l'on a invoqué l'article 347 pour justifier le non-remboursement d'un prêt ou, toujours dans une instance civile, pour exiger le remboursement d'un montant versé et dépassant la limite légale. On pourrait donc réviser l'article 347 et les lois provinciales pour édicter que dans le cas d'un prêt à finalité commerciale, on ne peut, dans une action au civil, ni justifier le non-paiement d'intérêts ni réclamer le remboursement d'intérêts versés en invoquant le fait que le taux dépasse la limite prévue au *Code criminel*, à moins qu'une poursuite pénale n'ait été approuvée par le procureur général. On pourrait ainsi continuer d'intervenir en matière pénale lorsque le procureur général le juge à propos.

[88] Si on décide de restreindre le champ d'application de l'article en matière civile, il faudra réfléchir aux effets sur le marché de la consommation. Cet aspect déborde le cadre du présent article. Cependant, la limitation ciblée que je suggère pourrait être adaptable en fonction de certains problèmes potentiels dans le domaine des prêts à la consommation comme dans le domaine commercial. Il serait avantageux que la réforme choisie pour

l'article 347, quelle qu'elle soit, soit potentiellement compatible avec les méthodes qui pourraient être utilisées pour régler les autres problèmes posés par l'article 347.

[89] Actuellement, les fournisseurs de prêts à échéance au jour de paie posent un problème particulier. Habituellement, ces prêteurs demandent des frais pour un prêt à très court terme (nombre de jours restant avant le jour de paie suivant). Dans tous les cas, le seuil légal est dépassé en raison de la durée du prêt. En outre, si le prêt n'est pas remboursé le jour de la paie, ces prêteurs comptent généralement des frais de découvert qui compliquent extraordinairement le problème. Mais comme nous l'avons déjà mentionné, ce n'est pas ce genre de prêteurs qui est visé par les lois sur l'usure. En fait, ces prêteurs fournissent peut-être un service utile pour certaines parties du marché du crédit. La ligne à suivre dans ce domaine consiste probablement non pas à les poursuivre au criminel, mais plutôt à encadrer leurs activités par des lois provinciales les obligeant à détenir un permis et à faire des déclarations.

[90] Ces prêteurs aussi courent le risque d'être poursuivis au civil en vertu de l'article 347. Cependant, dans la plupart des cas, l'emprunteur ne soupçonne même pas que le taux est criminel, ne serait pas conscient des conséquences juridiques s'il le savait, et ne songerait pas à se défendre si on le poursuivait devant un tribunal provincial. Il y a toutefois une exception, dont on a le récit dans l'affaire *Dean's Cash Connection Ltd. c. Nelson-Wiger*<sup>98</sup>, décision de la Cour provinciale de l'Alberta répertoriée par Quicklaw. Le juge Ingram a fait remarquer que dans la plupart des cas semblables, la question de la légalité des frais d'intérêt n'aurait jamais été soumise à un tribunal. Cependant, en l'occurrence, la défenderesse avait déposé un avis de contestation, invoquant non pas le caractère criminel du taux, mais simplement le fait qu'elle n'avait pas pu rembourser le prêt parce qu'elle avait été mise à pied. Elle avait offert d'échelonner le remboursement, mais cette offre avait été refusée. Elle a donc décidé de contester non pas le coût du prêt prévu à l'origine (soit 25 \$ pour un prêt de 100 \$ sur onze jours, ce qui est nettement d'ordre usuraire), mais les frais de découvert et les autres frais de perception. Le tribunal a éliminé tous les frais d'intérêt et autorisé le prêteur à recouvrer ses 100 \$.

[91] Nous ne croyons pas que bien des gens éprouvent de la sympathie pour le pauvre prêteur qui réclame sur-le-champ la somme 375 \$ pour un prêt de 100 \$ datant de moins de deux semaines. Cependant, si les fournisseurs de prêts à échéance au jour de paie sont reconnus comme des acteurs légitimes du marché, et si la loi est le meilleur moyen d'encadrer leurs activités, il faudra modifier le *Code criminel* pour les protéger contre des poursuites éventuelles et contre les conséquences civiles de la loi. Dans presque tous les cas, ces prêteurs enfreignent l'alinéa 347(1)a), même si le prêt est remboursé à l'échéance, à cause de la courte durée.



[92] On pourrait modifier le *Code criminel* de manière à soustraire de l'application de cet article les prêts consentis par une société réglementée par une loi provinciale. On éviterait ainsi les problèmes entraînés par une exemption touchant toutes les transactions commerciales sans distinction. L'exemption tiendrait à la nature du prêteur et non à celle de la transaction. Non seulement la définition est plus facile, mais on réserve ainsi la protection aux seules entreprises dont le fonctionnement, les frais et les conditions de prêt sont régis par des lois provinciales<sup>99</sup>.

[93] Le fait de limiter les recours civils invoquant l'article 347 ne protège pas les acteurs du monde des transactions commerciales contre les poursuites pénales. En pratique, l'examen des précédents laisse croire que le risque n'est pas très grand, d'autant plus que le législateur y a déjà pensé et l'a affaibli par l'obligation d'obtenir le consentement du procureur général avant d'engager des poursuites; toutefois, l'épée de Damoclès demeure. Cette crainte intéresse particulièrement les avocats qui, à juste titre, hésitent à conseiller à leur client de conclure un contrat civilement exécutable mais susceptible, même si la possibilité est très mince, de les rendre complices d'une infraction criminelle<sup>100</sup>.

[94] Pour cette raison, autant que pour limiter les conséquences en matière civile, il y aurait lieu de réviser l'article. S'il y avait une seule modification à apporter, la plus utile serait sans doute d'augmenter le taux légal à un niveau plus réaliste.

## VI Conclusion

[95] L'expérience de la profession et les commentaires des spécialistes et des juges plaident pour une remise en question de l'article 347. L'abrogation de l'article est évidemment la réforme la plus simple et la plus souvent suggérée. Cependant, cet article n'a pas un effet uniquement sur les transactions commerciales. Elle sert à poursuivre les usuriers, et même si la valeur du taux d'intérêt n'est peut-être pas le critère le plus juste pour définir l'usure, ce moyen présente tout de même un avantage pratique qu'il est difficile d'évaluer. À notre humble avis, on ne peut pas recommander l'abrogation de l'article en s'arrêtant uniquement aux problèmes qu'il pose dans le domaine commercial.

[96] Outre l'abrogation, les autres solutions consistent à : limiter la définition de l'intérêt d'une manière qui nuit le moins possible à la finalité de l'article, soit la répression d'un comportement criminel; augmenter le taux commercial; exempter certains types de transactions ou de prêteurs; limiter les possibilités de poursuite civile en cas de dépassement du taux légal. Comme dans la plupart des problèmes complexes, on souhaiterait pouvoir simplifier la question, mais il faudra sans doute une solution

complexe pour obtenir les résultats souhaités tout en réduisant au minimum les effets pervers.

[97] En conclusion, je propose les modifications suivantes à l'article :

- a) La définition d'*intérêt* devrait exclure les contreparties d'un prêt qui prennent la forme d'une participation aux bénéfices, que ce soit par un titre de participation, par des redevances liées à l'utilisation d'une propriété ou par une estimation véritable des bénéfices escomptés. Elle devrait aussi exclure la valeur des honoraires versés à un professionnel indépendant.
- b) Le taux d'intérêt criminel devrait être substantiellement augmenté. Le chiffre à retenir doit être déterminé de concert avec les autorités policières.
- c) Le fait de dépasser le taux criminel devrait n'entraîner aucune conséquence en matière civile, sauf si la transaction fait l'objet d'une poursuite pénale.
- d) Certains secteurs d'activité assujettis à d'autres réglementations devraient être entièrement exemptés de l'application de la loi. On pense ici aux fournisseurs de prêt à échéance au jour de paie, à condition que les législatures provinciales adoptent des lois pour réglementer leurs activités, ainsi que les services publics surveillés par des organismes de réglementation.

[98] Ces modifications devraient permettre d'éliminer à peu près tout risque qu'une entreprise bien outillée, pour citer la Cour d'appel de l'Ontario, « [TRADUCTION] invoque un point de détail pour se soustraire à une importante obligation d'affaires »<sup>101</sup>. Elles réduiraient également le risque, pour les prêteurs et les avocats, de voir une transaction déclarée criminelle après coup ou d'être incapables d'en prévoir les conséquences en matière civile. De plus, les modifications suggérées ne compliqueraient pas l'application de l'article en droit pénal. Aucune de ces suggestions n'empêcherait l'article de formuler un critère clair et simple pour la répression du prêt usuraire.

[99] L'histoire fascinante des moyens pris pour définir, comprendre et réprimer le prêt usuraire se reflète de plusieurs manières dans le parcours étonnant de l'article 347. Si les juristes canadiens considèrent cet article comme « très problématique »<sup>102</sup>, ils ne sont pas les seuls. Nombreux sont les pays où l'on sent le besoin de recourir au code pénal pour prévenir les excès des usuriers tout en reconnaissant la nécessité de tenir compte de la légitimité de certains marchés de crédit et d'autoriser une certaine souplesse dans les ententes de prêts<sup>103</sup>. Une analyse complète de la question des prêts usuraires montre bien pourquoi la situation est si complexe. La logique mathématique qui s'en remet au simple calcul des intérêts demeure bien faible pour nous aider à atteindre les objectifs socio-économiques de la loi; ces objectifs socio-économiques sont eux-mêmes contradictoires dans une certaine mesure; les recours civils étendent indûment les effets d'une disposition pénale; enfin, puisque notre système juridique veut que les lois pénales soient interprétées

strictement et que la culpabilité en cette matière soit prouvée hors de tout doute raisonnable, il n'est ni possible ni souhaitable de définir le crime avec une trop grande latitude. Pour toutes ces raisons, il n'y a pas de solution idéale. Cependant, on pourra faire des progrès importants si l'on s'attaque spécifiquement, par une réforme législative, aux problèmes particuliers mis en évidence par l'étude de la jurisprudence et par l'expérience de la profession dont fait état le présent article.

<sup>1</sup> *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, p. 143.

<sup>2</sup> *Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel*, L.C. 1980-81-82-83, c. 43.

<sup>3</sup> *Loi sur les petits prêts*, L.R.C. 1970, c. S-11.

<sup>4</sup> Stephen Antle, « A Practical Guide to s. 347 of the Criminal Code – Criminal Rates of Interest » (1994) 23 Can. Bus. L.J. 323, p. 324.

<sup>5</sup> Débats de la Chambre des communes, 1<sup>re</sup> sess., 1<sup>re</sup> lég., 31 Vict. 1867-68, p. 642; 2<sup>e</sup> sess., 1<sup>re</sup> lég., 32 Vict. 1869, p. 33-34; 3<sup>e</sup> sess., 1<sup>re</sup> lég., 33 Vict. 1870, p. 155.

<sup>6</sup> Mary Anne Waldron, *The Law of Interest in Canada* (Thompson Professional Publishing, 1992), p. 9-10.

<sup>7</sup> Voir note 3.

<sup>8</sup> Voir note 2.

<sup>9</sup> L.R.C. 1985, c. C-46.

<sup>10</sup> On trouvera une analyse de cette politique dans Jacob S. Ziegel, « The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost » (1986) 11 Can. Bus. L.J. 233.

<sup>11</sup> Par. 347(7).

<sup>12</sup> Voir Christopher C. Nicholls, « Protecting Goliath from David: Criminal Rate of Interest and Finance Transactions after *Garland* and *Degelder* » (2000) 15, B.F.L.R. 249, pp. 271-278.

<sup>13</sup> Mary Anne Waldron, « White Collar Usury: Another Look at the Conventional Wisdom » (1994) 73 Can. Bar Rev. 1.

<sup>14</sup> Enquête sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes 1999-2000, Statistique Canada. Quatre provinces et territoires ne participent pas à l'enquête.

<sup>15</sup> Al. 347(1)a).

<sup>16</sup> Al. 347(1)b).

<sup>17</sup> *Attorney-General for Ont. c. Barfried Enterprises Ltd.* (1963), 42 D.L.R. (2d) 137 (S.C.C.), p. 145.

<sup>18</sup> L.C. 1906, c. 32 abrogée par L.C. 1956, c. 46, art. 8.

<sup>19</sup> L.R.C. 1985, c. I-15.

<sup>20</sup> *London Loan and Savings Co. c. Meagher* [1930] R.C.S. 378.

<sup>21</sup> James B. Sauer, « Religious Texts, Moral Prescriptions and Economy: The Case of Interest » (1999) 25 *Managerial Finance* 4. On discute dans cet article du problème posé, dans une économie en croissance, par l'interdiction religieuse de prêter avec intérêts.

<sup>22</sup> *London Loan and Savings Co. c. Meagher*, voir note 20.

<sup>23</sup> Par. 347(2).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Voir note 12, aux p. 273-275. Le professeur Nicholls relève une erreur de calcul dans une démonstration semblable présentée dans notre ouvrage cité ci-dessus à la note 6. Il a raison, quoique notre but ait été non pas de calculer le taux annuel effectif exact, mais plutôt de démontrer que même en suivant une méthode simplifiée (ce qui n'est pas à conseiller), on arrive manifestement à un taux qui dépasse la limite prévue dans le *Code*. Cependant, après coup, nous constatons que nous aurions pu exprimer cette idée plus clairement.

<sup>27</sup> Voir ci-dessous : V Mesures correctives a) Tribunaux.

<sup>28</sup> *Thompson (William C.) Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1 (C.A. Ont.).

<sup>29</sup> *Cresswell c. Raven Bay Holdings Ltd.* (1984), 53 B.C.L.R. 183 (C.S.).

<sup>30</sup> *Ingram c. Dorian* (1992), 22 R.P.R. (2d) 198 (Ont. Gen. Div.). M. Antle est en désaccord avec cette décision (voir note 4, p. 329). Je suis d'accord avec lui. Voir aussi *Cresswell*, voir note 29.

<sup>31</sup> *Mira Design Co. Ltd. c. Seascope Holdings* (No. 1) (1981), 34 B.C.L.R. 55 (C.S.).

- 32 (2001) C.S.C.-B., dossier S001809, Vancouver.
- 33 Puisqu'il s'agissait d'une participation au capital comportant un risque de profits et pertes, la transaction n'a pas été jugée problématique eu égard à l'article 347. Voir *Pacific National Developments Ltd. c. Standard Trust Co.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (C.S.). Cependant, comme nous le verrons plus loin, la différence entre créance et participation au capital n'est pas toujours nette, et comme le souligne le professeur Nicholls (voir note 12, p. 251), par notre interprétation de cette limite, nous avons peut-être « permis à l'espoir de triompher sur la raison ».
- 34 [1999] 6 W.W.R. 687 (C.A.C.-B.).
- 35 *Ibid.*, p. 692.
- 36 *Ibid.*, p. 693.
- 37 *G. and C. Kreglinger c. New Patagonia Meat and Cold Storage Ltd.*, [1914] A.C. 25 (H.L.).
- 38 (1984), 16 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 139 (C.A.C.-B.) conf. par [1986] 1 R.C.S. 749.
- 39 *Ibid.*
- 40 *Ibid.*
- 41 Voir note 1.
- 42 [1998] 3 R.C.S. 90.
- 43 Voir note 1.
- 44 *Ibid.*, p. 137-142.
- 45 Voir note 38.
- 46 Voir note 1, p. 144-151.
- 47 Le professeur Nicholls (précité, note 12) présente les calculs pour arriver à ce chiffre.
- 48 Voir note 42.
- 49 *Ibid.*, p. 106.
- 50 *Ibid.*
- 51 *Ibid.*
- 52 *Ibid.*, p. 107.
- 53 La Cour en parle aussi, *ibid.*, p. 105.
- 54 Voir note 52.
- 55 Apparemment, ils le font souvent. Voir plus loin : IV Effets sur les pratiques commerciales.
- 56 Voir note 10.
- 57 *Ibid.*, p. 265.
- 58 Voir note 42.
- 59 Voir note 12, p. 267-268.
- 60 Voir note 34.
- 61 [2001] 5 W.W.R. 492 (C.S. C.-B.).
- 62 Voir p. 498.
- 63 *Ibid.*, p. 499.
- 64 *Ibid.*, p. 494.
- 65 Voir note 32.
- 66 Voir note 12.
- 67 Le plus connu d'entre eux étant bien sûr le professeur Jacob Ziegel. Voir « Editorial – The Overdue Repeal of Section 347 of the Criminal Code » (1999) 31 Can. Bus. L.J. 173. Le professeur Ziegel a même incité la Conférence pour l'harmonisation des lois à prendre en charge ce dossier.
- 68 Voir note 1.
- 69 *Ibid.*, p. 144.
- 70 Voir note 31.
- 71 *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 337, p. 345, cité et confirmé dans *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, p. 443.
- 72 Voir note 28.
- 73 Voir note 31.
- 74 Voir *Pacific National Developments Ltd.*, précité, note 33; *Milani c. Banks* (1997), 32 O.R. (3d) 557 (C.A.).
- 75 Antle, précité, note 4, p. 337-338.
- 76 [1993] 3 W.W.R. 724 (C.A.C.-B.).
- 77 Voir note 31.

- 78 (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. div. Ont.).
- 79 Voir note 61.
- 80 (2001), 200 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 560 (C. sup. Ont.).
- 81 *Ibid.*
- 82 La Cour a jugé que le mot « redevance » (*royalty*) n'était pas utilisé ici dans son sens courant, *ibid.*, p. 568.
- 83 Voir p. 572.
- 84 *Ibid.*, p. 571 et p. 573.
- 85 *Ibid.*, p. 574.
- 86 *Ibid.*, p. 573.
- 87 *Ibid.*
- 88 David Coyne et M.J. Trebilcock, « Market Considerations in the Formulation of Consumer Protection Policy » (1973) 23 U.T.L.J. 396.
- 89 Voir note 2.
- 90 Évidemment, je tiens ici pour acquis que les buts du droit pénal ne sont pas uniquement économiques, ce qui n'est certes pas l'opinion de tous les théoriciens!
- 91 Exemple : *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457.
- 92 Exemple : *Cost of Consumer Credit Disclosure Act*, S.B.C. 2000, c. 13.
- 93 Exemple : *Consumer Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 69.
- 94 Voir note 28.
- 95 Voir les considérations relatives aux frais des courtiers indépendants, plus haut, note 30.
- 96 Ce phénomène résulte évidemment de la conversion en taux annuel effectif. Pour citer le professeur Nicholls : « Un jour de retard [...] et un taux de 5,4 milliards pour 100 », précité, note 12, p. 271.
- 97 Il existe déjà une définition bien établie de « transaction de consommation ». Cependant, à notre humble avis, on s'exposerait à de sérieux problèmes si on tentait d'exempter les « emprunteurs outillés ».
- 98 [2001] A.J. n° 246.
- 99 Après l'arrêt *Garland*, précité, note 1, de la Cour suprême, on n'a pas encore résolu la question de la marche à suivre lorsqu'une pratique approuvée par un organisme de réglementation est illégale. Voir Christopher C. Nicholls, « Winning isn't Everything: The Latest Installment in *Garland c. Consumers' Gas Co.* » (2000) 16 B.F.L.R. 131.
- 100 Nous n'avons pas abordé directement la question de la responsabilité potentielle des avocats dans notre article. Cependant, on peut dire que le fait de ne pas aviser le client des risques liés à l'article 347 constitue à tout le moins de la négligence. Voir *Block c. Arniko* [1999] B.C.J. No. 2925 (C.S.C.-B.).
- 101 *William E. Thompson Associates Inc. c. Carpenter*, voir note 28.
- 102 Voir note 1.
- 103 Citons comme exemple le secteur du microcrédit dans les pays sous-développés.