

Prêts commerciaux à taux préférentiel

Louis Payette

Volume 28, numéro 4, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042849ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/042849ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Payette, L. (1987). Prêts commerciaux à taux préférentiel. *Les Cahiers de droit*, 28(4), 963–997. <https://doi.org/10.7202/042849ar>

Résumé de l'article

References to the "Prime Rate" or to the "Base Rate" of lending institutions are of frequent use in commercial loan agreements relating to the interest payable by the borrower. The concept of "Prime Rate" as a valid contractual arrangement has been challenged on the grounds of vagueness or on the basis that discretionary rights were given to one party, the lender ; the scope of its meaning as well as the extent of the duties of a lender lending at prime rate has been reviewed by various judicial decisions. The author reviews such decisions, Canadian, American, and French, and measures the impact of various requirements of the Civil Code, the Interest Act, the Bills of Exchange Act, the Code of Civil Procedure on agreements whereby the variable rate of interest payable by the borrower is related to "Prime Rate".

Prêts commerciaux à taux préférentiel

Louis PAYETTE *

References to the "Prime Rate" or to the "Base Rate" of lending institutions are of frequent use in commercial loan agreements relating to the interest payable by the borrower. The concept of "Prime Rate" as a valid contractual arrangement has been challenged on the grounds of vagueness or on the basis that discretionary rights were given to one party, the lender ; the scope of its meaning as well as the extent of the duties of a lender lending at prime rate has been reviewed by various judicial decisions. The author reviews such decisions, Canadian, American, and French, and measures the impact of various requirements of the Civil Code, the Interest Act, the Bills of Exchange Act, the Code of Civil Procedure on agreements whereby the variable rate of interest payable by the borrower is related to "Prime Rate".

	Pages
Introduction	964
1. Le sens de l'expression « taux préférentiel »	968
1.1 L'arrêt américain <i>Kleiner v. First National Bank of Atlanta</i>	968
1.2 Jurisprudence canadienne	972
2. L'établissement discrétionnaire du taux préférentiel	973
3. Le caractère « indéterminé » du taux préférentiel	977
4. Art. 3 de la <i>Loi sur l'intérêt</i> — convention fixant le taux	979
5. Intérêt au taux préférentiel sur emprunts extérieurs en fonds américains — Taux <i>Libor</i> — Contrats d'échange de taux d'intérêt	981
6. Taux préférentiel et <i>Loi sur les lettres de change</i>	988
7. L'hypothèque et le taux variable	993

* Avocat, du cabinet Desjardins, Ducharme, Desjardins et Bourque.

	<i>Pages</i>
8. Taux variable et recouvrement	995
Conclusions	996

Introduction

Depuis une quinzaine d'années les fortes fluctuations des taux d'intérêt ont imposé dans les prêts commerciaux la pratique des emprunts à taux variables. Le prêteur y trouve une manière d'apparier ses fonds et de s'assurer un loyer de l'argent s'ajustant aux conditions changeantes du marché¹; l'emprunteur y trouve son compte — si le taux fluctue à la baisse.

Les parties pourraient choisir de faire varier le taux suivant le taux d'escompte de la Banque du Canada ou suivant les taux établis lors des encans des bons du trésor. La pratique s'est plutôt orientée sur une référence au taux préférentiel de l'institution prêteuse.

Chaque jour les banques « affichent » ou « publient » leur taux préférentiel en ce sens que ce taux est annoncé par la voie du réseau informatique interne de la banque avec les autres données de base de son commerce bancaire. Ces données sont accessibles depuis toutes les succursales de chaque banque à travers le pays. Dans le cas du mouvement Desjardins, la Caisse centrale Desjardins établit d'une façon semblable son taux préférentiel, quotidiennement, et ce taux sert de référence aux institutions associées ou affiliées au mouvement, notamment aux caisses populaires; celles-ci ont accès à cette donnée par le terminal qui les relie au réseau d'information interne du mouvement.

Ces taux sont aussi annoncés par chaque institution aux agences de presse; celles-ci sont de plus avisées de tout changement de taux.

Le taux préférentiel d'une institution est souvent décrit comme le taux d'intérêt qu'elle établit de temps à autre et qu'elle charge à ses meilleurs

1. *Associated East Mortgage Co. v. Highland Park, Inc.*, 374 A.2d.1070, p. 1073, (1977)

The prime rate fluctuates with money market conditions so that the bank can charge a rate to borrowers which is consistent with the rates it is paying for using the money of its depositors.

clients sur des prêts commerciaux². Il n'existe pas de définition statutaire du taux préférentiel³.

Il n'y a qu'un taux d'escompte fixé par la Banque du Canada mais on retrouve plusieurs taux préférentiels. Chaque institution financière a le sien ; chacune établit son coût des fonds ; les circonstances de disponibilité des fonds, de liquidité ou d'accès au marché dans lesquelles elle se trouve ont une incidence particulière sur cette détermination.

Ainsi une référence qui serait faite « au taux préférentiel des banques canadiennes » serait à proprement parler inexacte ; la seule façon d'y donner effet serait de faire une moyenne de tous les taux préférentiels, tels que variant de temps à autre, de toutes les banques régies par la *Loi sur les banques*. Cependant, compte tenu de la concurrence du marché, ce taux préférentiel est souvent le même d'une institution à l'autre.

Chaque institution propose sa définition du taux préférentiel.

Il y a quelques années, certaines banques ont établi des catégories à l'intérieur de leur taux préférentiel, selon le type d'avances qu'elles étaient appelées à faire ou le risque que pouvaient représenter certaines classes de clients par rapport à d'autres⁴. Elles auraient agi ainsi dans le contexte d'un objectif de la Banque du Canada visant à assurer une distribution plus égale de la monnaie dans des circonstances où des conditions de crédit restreint

2. À titre d'exemple, le *Black's Law Dictionary* définit le « prime rate » comme étant le « lowest rate of interest from time to time charged by a specific lender to its best customers for short term unsecured loans ». Suivant le *Webster's New Collegiate Dictionary* (1981) il s'agit d'un « interest rate at which preferred customers can borrow from banks and which is the lowest commercial interest rate available at a particular time and place ».

Dans l'affaire *La Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, (1984) C.S. 856, l'acte d'obligation hypothécaire contenait la définition suivante :

Le taux annuel d'intérêt, tel qu'il fluctue de temps à autre, fixé par la Banque et exigé par elle de ses meilleurs clients pour des prêts commerciaux à demande quotidiennement à la clôture des affaires dans la Ville de Montréal (p. 861).

On peut lire la définition suivante dans G.G. MUNN'S *Encyclopedia of Banking and Finance*, Boston, 1973, p. 749 :

In commercial bank loans, the prime rate is the interest rate charged for the very best credits of short term maturity.

3. Le Bill C-16, intitulé *Loi sur la protection des emprunteurs et déposants*, déposé en première lecture à la Chambre des Communes le 27 octobre 1976 définissait comme suit le taux préférentiel :

le plus bas des taux annoncés par les banques à charte pour les prêts industriels et commerciaux consentis aux emprunteurs les plus solvables (art 2(1)).

4. À titre d'exemple : the Bank of Montreal's « small business base interest rate », dans *Bank of Montreal v. A. & M. Investments Ltd.*, (1982) 136 D.L.R. (3d) 181 p. 181 ; I also infer that there is more than one class of « most credit-worthy customer » and that such class has a different rate at which members of the class may borrow from the Bank : *Bank of Montreal v. Dezcam Industries Ltd.*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 359 p. 363.

prévalent, une diversification des taux ayant, semble-t-il, pour effet d'aider à atteindre cet objectif⁵. La tendance maintenant pour chaque institution est de n'avoir qu'un seul taux préférentiel ou taux de base.

Cette pratique du taux variable, bien qu'elle ait pris un grand essor depuis les années 1971, n'est pas nouvelle. On y réfère dans certains jugements de la fin du siècle dernier sous le vocable de *bank rate* ou de *bankers' rate*⁶. La stabilité des taux d'intérêt de 1934 jusqu'en 1971 en aurait alors rendu l'usage moins impératif⁷. Cette pratique n'est pas restreinte à l'Amérique. Voici comment s'exprimait il y a dix ans le Baron Hottinger, président de l'association française des banques, relativement au taux de base bancaire (T.B.B.) français :

... il est d'usage en France que les banques déterminent le taux qu'elles pratiquent avec leur clientèle pour des crédits de toute nature, et notamment pour des découverts au compte, par référence à un taux de base, qu'elles arrêtent périodiquement en fonction des conditions économiques, réglementaires et monétaires du marché et à un niveau qui est de ce fait pratiquement le même pour toutes les banques. Le taux effectivement appliqué à une opération de crédit déterminée est ainsi défini par ce taux de base, majoré d'un pourcentage variable en fonction de la nature et de la durée du crédit, ainsi que de la solvabilité prévisible du client.⁸

Les définitions de taux préférentiel proposées par les institutions financières canadiennes ont longtemps été caractérisées par trois éléments : le fait qu'il s'agit du taux offert par l'institution financière à ses clients les plus solvables (ou à ses meilleurs clients d'une catégorie donnée), le fait qu'il n'est pas arrêté contractuellement en ce sens qu'il est appelé à varier⁹ et le fait que ce taux est établi par l'institution prêteuse. Du premier élément a paru se dégager

5. If it also highly significant that during 1973 most chartered banks adopted a dual lending rate structure for business borrowers. The minimum lending rate to borrowers with authorized credit limits of \$200 000 or less was set lower than the prime rate to other borrowers. Clearly the bank's action will soften the impact of tight credit condition on small business. G.F. BOREHAN, E. SHAPIRO, E. SOLOMON & W. WHITE, *Money and Banking, analysis & policy in a Canadian Context*, 2^e éd., 1979, p. 678.

6. *Lamberton v. Aiken*, (1899) L.R.37 S.C.138 p. 139 :

Here the defender had failed to show what was intended to be the rate of interest under this obligation. It might either be « legal », or « bank » interest. If « bank » it was necessarily fluctuating and rate could only be determined by extraneous evidence.

7. B.J. FITT, « Prime rate litigation : beyond RICO », (1986) 103 *Banking Law Journal* 450, p. 452.

8. M.L. ENGELHARD — GROSJEAN, dans « La détermination de l'objet dans les contrats », 1976, *Annales de la Faculté de droit et de science politique*, Université de Clermont, 439, p. 471, note 85.

9. En neuf ans, soit de janvier 1972 à décembre 1981, le taux préférentiel des grandes banques américaines aurait été modifié deux cent cinquante fois : *supra*, note 7, p. 452.

pendant un certain temps l'idée que le « taux préférentiel » constitue le taux le plus bas offert par l'institution. Le deuxième élément, soit la nature variable du taux d'intérêt, souligne le caractère imprécis ou indéterminé du taux que les parties ont choisi. Le troisième met en relief le fait que l'une des deux parties contractantes, celle qui prête, établit seule le taux d'intérêt.

À raison de ces trois caractéristiques, le concept de taux préférentiel — que plusieurs institutions financières préfèrent maintenant appeler « taux de base » pour les raisons identifiées plus loin — s'est heurté à un certain nombre de dispositions législatives ou de principes de droit qui, dans la poursuite d'objectifs différents, exigent que l'étendue de l'obligation contractée par le débiteur à l'égard du taux d'intérêt soit déterminée.

Ainsi l'imprécision ou l'ambiguïté de certaines définitions contractuelles du taux préférentiel utilisées dans le passé ont jeté des doutes sur les obligations de l'emprunteur — ou du prêteur — à l'égard du taux. Les rapports judiciaires montrent plusieurs litiges — presque tous survenus aux États-Unis — opposant emprunteurs et prêteurs sur ce sujet. On verra que la portée dégagée par certains tribunaux des définitions en cours a incité plusieurs institutions financières à réviser leur définition contractuelle de taux préférentiel.

De son côté l'article 1060 du *Code civil du Bas-Canada* demande que l'obligation ait pour objet une chose déterminée. L'obligation de payer le taux préférentiel d'un prêteur porte-t-elle sur une chose suffisamment déterminée? Cela a fait l'objet de contestations aux États-Unis et en France.

Les règles qui régissent les contrats veulent que l'étendue des obligations d'une partie ne dépende pas de la volonté purement potestative de l'autre. Ces règles peuvent-elles s'accomoder de la part que joue l'institution financière dans l'établissement du taux?

L'article 3 de la loi fédérale sur l'intérêt prévoit que le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an si les parties n'ont pas par convention « fixé » le taux. On s'est demandé si les parties « fixaient » un taux en référant à un taux variable qui se situe précisément à l'opposé des « taux fixes ».

L'article 4 de la *Loi sur l'intérêt* demande que l'intérêt soit calculé sur une base annuelle. On s'est interrogé sur les conséquences d'une transaction où le taux variable est calculé sur une base de trois cent soixante jours, comme cela survient dans le taux *libor* ou dans le cas du taux préférentiel sur fonds américains déboursés aux États-Unis, sans que les parties aient précisé à quoi équivalait ce taux sur une base de trois cent soixante-cinq jours.

L'article 28(1) de la *Loi sur les lettres de change* exige que la somme à payer en vertu d'une lettre de change soit « précise ». Une référence au taux

préférentiel constitue-t-elle une référence à une somme précise ? Les effets de commerce payables à taux variable sont-ils privés de la négociabilité prévue à la *Loi sur les lettres de change* ?

L'article 2044 du *Code civil du Bas-Canada* exige que l'hypothèque soit consentie pour une somme « certaine et déterminée » à l'acte. Une question analogue se pose donc à son sujet.

L'article 469 du *Code de procédure civile* requiert qu'un jugement soit susceptible d'exécution. Un jugement peut-il condamner un défendeur à payer un taux préférentiel ?

Ce sont ces questions qui seront examinées brièvement dans les paragraphes qui suivent. Une large place y sera parfois faite à la jurisprudence américaine ou française ; bien que ces jurisprudences n'aient pas ici force de précédent, elles peuvent, par analogie, servir d'indication à ce que serait la réaction de nos tribunaux devant des pratiques commerciales semblables.

1. Le sens de l'expression « taux préférentiel »

Comme on l'a vu plus haut les termes « taux préférentiel » ne sont pas définis statutairement. C'est sur le contrat qu'il faut s'appuyer pour en déterminer le sens. À défaut par le contrat (v.g. billet promissoire, débenture ou contrat de prêt) de comporter une définition, c'est aux usages qu'il faudra recourir pour établir quelles ont été les obligations contractées par le débiteur.

La principale difficulté soulevée devant les tribunaux à l'égard de la notion même de taux préférentiel a été la suivante. En octroyant un crédit portant intérêt à ce taux, l'institution financière s'est-elle engagée à octroyer à son client le plus bas taux de tous les taux auxquels elle consentira des prêts durant la durée de ce crédit ? Le cas échéant, le client pourrait avoir droit de réclamer un trop perçu s'il établit que d'autres clients ont joui d'un meilleur taux. Ce ne sera pas le cas si, plutôt, le prêteur a voulu charger un taux d'intérêt égal à une base qu'il fixe de temps à autre en matière d'intérêts, et en dessous de laquelle il n'est généralement pas disposé à octroyer des crédits.

1.1. L'arrêt américain *Kleiner v. First National Bank of Atlanta*¹⁰

C'est aux États-Unis que cette question fut débattue le plus souvent¹¹, dans le contexte de réclamations en trop perçu. On rapporte que l'affaire

10. 581 F. Supp. 995 (1984).

11. Dans le cadre notamment du « Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act » ; voir *supra*, note 7 ; E.F. MANNINO, « Prime rate overcharge cases : how to exorcise the RICO

Kleiner est la plus typique de ces contestations. Voici comment cette affaire s'est présentée.

En 1980, un professeur de droit commercial¹², M. Jackie Kleiner, prenait la tête d'un recours collectif contre la First National Bank of Atlanta. Les demandeurs étaient débiteurs en vertu, entre autres, d'une série de billets portant intérêt à un certain pourcentage au-dessus du taux chargé par la banque de temps à autre à ses meilleurs clients commerciaux sur des prêts d'une durée de quatre-vingt-dix jours¹³, de même qu'en vertu d'une seconde série de billets portant intérêt à un certain pourcentage au-dessus du taux préférentiel chargé par la banque à ses clients ayant la meilleure cote de crédit auprès d'elle¹⁴. Suivant les demandeurs, en s'engageant à leur charger tels taux d'intérêts, la banque avait contracté des obligations à leur égard. Ils prétendaient que la banque avait manqué à ces obligations. Ils alléguèrent que la banque avait commis une faute et leur avait causé des dommages en ce que, premièrement, elle avait le devoir de déterminer de temps à autre lesquels de ses clients constituaient ceux qui avaient la meilleure cote de crédit — la preuve révélait qu'elle ne l'avait jamais fait — à partir desquels elle devait établir son taux préférentiel et, deuxièmement, en ce qu'elle avait perçu de d'autres clients un taux inférieur au taux préférentiel qu'elle leur avait chargé.

La banque, de son côté, prétendait qu'il ne fallait pas s'attacher au sens littéral de chacun des mots de la définition du taux préférentiel contenu dans le contrat, l'expression « taux préférentiel » constituant selon elle une expression bien connue dans les usages commerciaux et bancaires et signifiant tout simplement le taux d'intérêt qu'elle pouvait établir et annoncer à discrétion de temps à autre comme son taux préférentiel¹⁵; l'octroi de ce taux à un client l'aurait laissée libre de contracter comme bon lui semblait avec d'autres et n'aurait pas constitué une représentation ou une garantie que le client bénéficierait du plus bas taux.

Sur le premier point, la Cour en vient à la conclusion que l'expression « clients de la banque ayant la meilleure cote de crédit auprès d'elle » ne

devil », (1984) 101 *Banking Law Journal* 196; « Prime rate and the Bank duty », (1984) 101 *Banking Law Journal*, p. 594.

12. *Supra*, note 7, p. 455.

13. 581 F. Supp. 955, p. 957:

at a rate of — percent per annum in excess of the rate charged by [the] bank from time to time to its best commercial borrowers with respect to ninety (90) day borrowings

14. *Id.*, p. 957:

at a rate of — percent per annum plus the « prime rate » currently charged from time to time by [the bank] to its best and most creditworthy customers...

15. *Supra*, note 10, p. 958.

comportait pas implicitement un devoir pour celle-ci de dresser une liste de ses meilleurs clients et de modifier cette liste de temps à autre¹⁶. Cette expression constituait plutôt un terme de référence permettant à la banque d'établir pour un futur prévisible le taux le plus bas qu'elle pouvait se permettre d'abaisser le loyer de l'argent pour des emprunteurs commerciaux¹⁷.

À cet égard la Cour juge que la Banque avait envers son contractant un devoir implicite d'agir de bonne foi dans la détermination de ce que devait être son taux préférentiel pour le futur prévisible.

Dans le cadre du second point, les demandeurs avaient soutenu qu'en convenant à leur prêter à son meilleur taux, la banque s'engageait envers eux à ne pas prêter à d'autres à un taux d'intérêt plus bas. La Cour ne se prononce pas sur ce point ; elle réserve toutefois le droit des demandeurs de faire la preuve d'un trop perçu d'intérêt, si vraiment démonstration pouvait être faite que la banque avait perçu d'eux un intérêt plus élevé que celui chargé à d'autres clients.

La décision du tribunal constituait un jugement interlocutoire. Il semble que les parties aient subséquentement réglé hors cour leur différend.

L'affaire *Kleiner* a suscité beaucoup de commentaires et plusieurs réactions.

Elle a mis en évidence une réalité. L'expression « taux préférentiel » (*Prime Rate*) comporte en elle, au niveau du vocabulaire utilisé, une indication que celui qui y a droit jouit du traitement préférentiel de payer le plus bas taux

16. *Supra*, note 10, p. 959.

One may discern at a glance that the phrase « best commercial borrowers » is not capable of precise application. Reasonable bankers could disagree about which borrowers are the most creditworthy. However, the court finds that the imprecision inherent in application of the term is irrelevant to its legal interpretation because the prime rate is set to cover an unspecified period of time in the future. This means the parties never intended that the Bank would undertake categorization of its borrowers in order to set its prime rate. It would be a physical impossibility to determine precisely who the most creditworthy customers will be, or indeed exactly who the customers will be, in the future. Further, the parties could not possibly have intended for the Bank to conduct a daily canvass of its commercial customers to ascertain who were the most creditworthy. This would be an administrative nightmare, and an obviously impractical banking practice.

17. *Id.*, p. 960.

Instead, it is a clear reference to the type of customers who get the most favorable interest rates. Thus, « the rate charged by (the) Bank from time to time to its best Commercial borrowers with respect to ninety (90) days borrowings » means the Bank's reasonable estimate of the lowest rate it would be willing to charge commercial customers on 90-day loans for the foreseeable future, *i.e.*, until such time as the Bank decides to reset the prime rate.

d'intérêt disponible auprès de l'institution financière. Les définitions traditionnellement données de cette expression comportent les mêmes indications. Aussi bien l'expression employée que la définition qui en est donnée met l'accent sur un volet du taux préférentiel qui n'est peut-être pas le plus important. Du point de vue de l'institution financière, le taux préférentiel s'établit à partir de son coût des fonds. Ce n'est qu'en déterminant ce coût que l'institution peut ensuite déterminer ce que pourrait être son plus bas taux dans les conditions les plus avantageuses de risque pour elle¹⁸.

Suite à cet arrêt, des recommandations ont été faites pour que les institutions prêteuses modifient les définitions qu'elles donnaient du taux préférentiel et, même, qu'elles utilisent une autre expression¹⁹. Effectivement plusieurs institutions financières préfèrent maintenant référer à leur « taux de base » qu'elles définissent en termes très généraux comme étant le taux de référence établi par elles de temps à autre à leur discrétion et à partir duquel sont à leur tour établis les différents autres taux d'intérêt perçus par elles pour les différentes catégories de crédit qu'elles consentent. Ceci rapproche le « taux préférentiel » de sa signification monétaire : il constitue davantage un taux d'intérêt de base qu'un meilleur taux :

18. *Supra*, note 7, p. 454 :

As a practical matter, the prime rate is an administered rate set by lenders with reference to their cost of funds ; it is not determined by lenders with reference to those borrowers who are paying the lowest commercial rates.

Id., p. 459 :

The court's statement of the issue ignores the administered rate nature of the prime, where pooled cost of funds is more relevant than the identity of those borrowers who are receiving the funds.

19. *Supra*, note 7, p. 484 :

Lenders who have not done so already should carefully revise their forms and manuals to remove descriptions of their prime rate that refer to a borrower profile. Equally important, the lender should aggressively collect and discard absolute forms as soon as replacements are available.

Voir aussi E.F. MANNINO, « Prime rate overcharge cases : how to exorcise the RICO devil » (1984) 101 *Baking L.J.* 196, p. 215 :

A simpler and better approach for avoiding liability in the future, however, can be supplied by careful attention to drafting appropriate loan documentation. The term « prime rate » should certainly be eliminated, since it can be argued to have a commonly understood meaning of « the lowest commercial interest rate available at a particular time and place. » Wherever possible, a stated interest rate should be provided. If more flexibility is required, a term such as « base rate » or « published rate » can be utilized, but such terms must be carefully defined to avoid any implication of being the lowest or a favored rate. Thus, the definition of such terms should provide that they are only for the internal convenience of the bank, and that no representation is being made that the rate is either the lowest, the best, or a favored rate.

The prime rate, however, which is the rate charged on loans to most creditworthy business customers, serves in the loan market as an index of loan rates in general, although this rate is not a true market rate in the same sense in which the treasury-bill rate is. Rather it is a posted rate : it is announced by banks and changed infrequently.²⁰

Quel que soit le terme employé par l'institution financière, «taux préférentiel» ou «taux de base», si la définition du taux mentionne qu'il s'agit du taux affiché ou publié comme tel par l'institution, il semble que le client puisse difficilement prétendre à obtenir ses fonds à un taux meilleur que celui qui est «affiché» comme le taux préférentiel ou le taux de base. Si une banque offre à un client de lui accorder le taux préférentiel qu'elle affiche ou qu'elle fait publiquement connaître de temps à autre, ce à quoi le client a droit c'est au taux affiché ou publiquement connu. Il pourra se trouver que cette institution prête à plus bas taux que celui qui est affiché comme taux préférentiel²¹ et le client ne pourra s'en plaindre : il n'a pas droit au plus bas taux, mais au plus bas taux affiché.

Ces distinctions sont importantes. Dans l'affaire *Kleiner*, les définitions contractuelles du taux préférentiel ne comportaient pas de référence au taux «affiché» ou «publiquement annoncé» de la banque ; la banque avait purement et simplement offert le taux chargé à ses clients les plus solvables.

1.2 Jurisprudence canadienne

La jurisprudence rapportée au Canada sur les litiges en matières de taux préférentiel ne paraît pas s'être prononcée sur les points soulevés dans l'arrêt *Kleiner*. Les litiges canadiens ont plutôt eu trait, comme on le verra sous peu, à la spécificité du taux préférentiel, compte tenu des règles posées par la *Loi sur l'intérêt*, de la *Loi sur les lettres de change*, ou des règles relatives à l'étendue de l'hypothèque ou à l'exécution des jugements.

On peut toutefois noter que, par voie d'*obiter*, notre Cour supérieure s'est prononcée, comme le fait l'arrêt *Kleiner*, sur le droit qu'aurait l'emprunteur de payer le plus bas des taux d'intérêt acceptés par le prêteur si le taux que celui-ci lui a proposé est le «taux offert à ses meilleurs clients» :

20. *Supra*, note 5, p. 678.

21. Une enquête menée en 1980 et 1981 aux États-Unis aurait révélé que soixante pour cent du volume des prêts effectués par les banques situées à New York avait été effectué à des taux d'intérêts inférieurs au taux préférentiel annoncé par ces banques : *supra*, note 7, p. 451 ; l'auteur s'appuie sur «An analysis of the Prime Rate Practises at the ten largest United States Banks», p. 451, note 5.

La défenderesse pouvait donc convenir légalement avec la demanderesse d'un taux d'intérêt fluctuant, quitte, en cas de litige, à démontrer que les taux exigés par la demanderesse ne sont pas ceux exigés par elle de ses meilleurs clients pour des prêts commerciaux à demande dans la ville de Montréal.²²

Dans cette affaire, la définition contractuelle du taux préférentiel était la suivante :

Le taux annuel d'intérêt, tel qu'il fluctue de temps à autre, fixé par la Banque et exigé par elle de ses meilleurs clients pour des prêts commerciaux à demande, quotidiennement à la clôture des affaires dans la Ville de Montréal.

Il est à noter que cette définition, pas plus que celle dans l'affaire *Kleiner*, ne comportait la notion de taux « affiché » ou de taux « publiquement annoncé ».

2. L'établissement discrétionnaire du taux préférentiel

Le taux préférentiel a aussi été attaqué aux États-Unis et en France pour le motif qu'il est établi arbitrairement par le prêteur.

Ces prétentions n'ont pas été bien accueillies par les tribunaux pour la principale raison qu'elles s'avèrent inexactes. Si le taux préférentiel est déterminé et annoncé unilatéralement par le prêteur, reste que cette détermination ne repose pas sur sa pure discrétion mais sur les conditions du marché et sur son coût de fonds. Or ces deux éléments ne constituent pas des facteurs purement potestatifs de sa part ; un prêteur ne contrôle pas les conditions du marché et beaucoup d'éléments entrant en considération dans le calcul de son coût des fonds ne dépendent pas de lui. Parmi ces éléments on peut noter le coût en intérêt des devises qu'il doit lui-même emprunter, les frais, commissions et autres coûts incluant ceux requis pour se conformer aux exigences de réserve auprès de la Banque du Canada²³. La jurisprudence américaine a souligné cette absence d'absolue discrétion dans l'établissement du taux

22. *Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, (1984) C.S. 856, p. 861.

23. G. G. MUNN, *Encyclopedia of Banking and Finance*, Boston, 1973, p. 749 :

Determination of the prime lending rate is a function of a bank's lending policy, which is in turn influenced by the general level of money rates, the availability of excess reserves, and general business conditions.

préférentiel²⁴ et la dépendance du prêteur à l'égard des circonstances du marché monétaire dans la fixation de son taux préférentiel²⁵.

Ce raisonnement des tribunaux américains peut être facilement transposé en termes de droit civil. Notre droit fait en effet une distinction entre les situations qui dépendent à un degré quelconque de la volonté d'une partie contractante de celles qui ne dépendent que de sa seule volonté. Ainsi on admet la condition simplement potestative alors qu'on invalide la condition purement potestative. La condition simplement potestative est celle « qui ne dépend pas exclusivement de la volonté d'une des parties mais aussi de certains éléments extérieurs »²⁶.

24. *Constitution Bank and Trust Company v. Robinson*, 425 A 2d 1268, p. 1270-1271, (1979):

The essential characteristic that distinguishes enforceable from unenforceable variable interest rates is the extent of discretion retained by the lender. If the lender may arbitrarily adjust the interest rate without any standard whatsoever, with regard to this borrower alone, then the note is too indefinite as to interest. If however the power to vary the interest rate is limited by the marketplace and requires periodic redetermination, in good faith and in the ordinary course of business, of the price to be charged to all of the bank's customers similarly situated, then the note is not too indefinite.

Manufacturers National Bank of Detroit v. Pink 341 N.W. 2d 181, p. 184, (Mich. App. 1983):

First, we hold that plaintiff's prime interest rate is controlled by the market. We hold that the reference to the plaintiff's prime interest rate is a reference to an objective standard outside of the control of the parties. While a variation in the prime interest rate may result in defendants paying a greater amount of interest, nonetheless, the interest rate remains the same, to-wit: one and one-half percent above the prime rate.

In our recent financial history, many financial institutions have faced bankruptcy by being tied to a fixed interest rate in the face of an advancing prime rate. The device of tying the interest rate to the prime rate was an effort to avoid this difficulty. Now, in the face of a declining prime interest rate, such a clause would be advantageous to the customers of the financial institution. This Court must be aware of the commercial practices of the day. Notice is taken of the large amount of commercial paper that has been tied to the interest rate and the disastrous effect of holding such paper violative of the above-cited statute. We hold that, where the interest rate is tied to an objective standard beyond the control of either party, the advancing or declining of such standard and ergo, the amount of interest which the debtor must pay, does not constitute a change in the rate of interest charged and hence, does not violate the cited statute.

25. *Bank of Maine v. Weisberger* 477 A.2d 741, p. 744, (Me. 1984):

As to the Trust's second point, the Superior Court was fully justified in concluding that Bank of Maine's prime rate was not subject to arbitrary adjustment at its whim. The prime rate is the central guiding point for a bank in the conduct of its daily lending business. The affidavits before the Superior Court showed that Bank of Maine uses the prime rate, or rates tied to the prime, in many, if not most, of its loan transactions. The prime rate is set by reference to general money market conditions. We will infer an obligation resting on the bank to make its redeterminations of its prime in good faith and in the ordinary course of business.

26. J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Montréal, Ed. Yvon Blais, 1983, n° 790, p. 446.

Il est vrai qu'une trop grande part laissée à la discrétion ou à la volonté d'une seule des parties peut rompre l'équilibre et mettre en péril la validité du contrat. La doctrine et la jurisprudence française ne tolèrent pas qu'un élément du contrat, après la conclusion de ce contrat, dépende exclusivement d'une partie contractante²⁷. Notre jurisprudence, en matière de taux d'intérêt, n'admet pas qu'il soit discrétionnairement fixé par le créancier seul :

Le Législateur prohibe que le *quantum* des intérêts exigibles soit laissé à la seule discrétion du prêteur. Le débiteur ne doit pas être laissé à la merci du créancier sur l'étendue de cette obligation.²⁸

Dans la décision de notre Cour supérieure dans l'affaire de *La Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, mentionnée plus haut, le tribunal s'est satisfait que la notion de taux préférentiel comporte en soi suffisamment d'éléments objectifs et externes à la pure faculté du prêteur. Les notes du tribunal démontrent qu'une des parties avait attaqué la validité de l'obligation de payer le taux préférentiel en plaidant le caractère trop unilatéral de la détermination de ce taux.

Le tribunal écarte l'argument à l'effet que le taux en question est contraire à l'ordre public ou à la notion même d'intérêt :

27. Relativement aux ventes à livraison successive où le prix sera appelé à varier voici ce qu'écrit un commentateur : R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », (1983) *Revue trimestrielle de Dr. Civ.* 11 :

Elle (cette décision) conduit à examiner avec attention particulière tous les contrats dans lesquels un complément de prix dépend en partie de l'activité ou de l'influence d'un des cocontractants. Il ne semble pas toutefois qu'elle soit applicable dans notre hypothèse. Ce que reproche, en effet, la cour d'appel, c'est qu'une partie du prix dépend exclusivement de la volonté d'un des contractants. Or, il est difficile de dire que le chiffre d'affaires, par exemple, dépend uniquement du commerçant. Il se forme en effet, par des contrats de vente ou d'achat pour lesquels l'accord d'autres personnes sera nécessaire. Certes par son influence, par sa volonté le commerçant jouera un rôle important, mais son rôle seul ne suffit pas.

J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de la vente et la condition potestative*, Chronique, Recueil Dalloz — Sirey, 1973, p. 61 et p. 62.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a bien précisé dans un arrêt du 11 février 1957 (Bull. Civ. III, n° 49, p. 42) que les éléments à partir desquels le prix était déterminé ne devaient pas dépendre « de la seule volonté de l'une ou l'autre partie » ; ce qui paraît impliquer que cette volonté pourrait avoir quelque incidence sur ces éléments, sans que cela justifie l'annulation de la vente (V. en ce sens, avec la même formule, Com. 18 déc. 1972, D.1973.662 ; ...) La véritable difficulté apparaît lorsque le prix est déterminé dans le contrat en fonction d'éléments qui ne sont pas totalement indépendants de la volonté de l'acquéreur, mais qui ne sont pas non plus soumis à son arbitraire.

Ainsi, dès l'instant qu'un contrôle judiciaire est possible au niveau de l'exécution et à partir de données objectives, le contrat est valable.

28. *Moreau v. Tri State Investments Co. Ltd.*, (1979) C.P. 121 p. 123.

La définition du taux préférentiel fournie par les parties établit que ce taux est applicable à un ensemble de clients. Il s'agit donc d'un taux qui comporte certains éléments objectifs et qui n'est pas purement discrétionnaire.²⁹

En France la Cour de cassation refusait en 1982 d'invalider une clause suivant laquelle la Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Sarthe s'était réservé la faculté de modifier le taux d'intérêt au cours de la durée du prêt « si le taux d'intérêt de la Caisse nationale de crédit agricole venait à changer » ou « dans le cas de modification du maximum du taux d'intérêt fixé par arrêté ministériel pour les prêts à court terme et à moyen terme » ; la Cour de cassation jugea que

(...) cette clause prévoyant la possibilité pour le conseil d'administration de modifier le taux de l'intérêt en cours d'exécution de contrat de prêt ne constitue pas une condition purement potestative de la part du débiteur prohibée par l'article 1174 du *Code civil*.³⁰

Il faut dire que cette convention ajustait le taux d'intérêt à des variations établies par des organismes indépendants des parties contractantes ; ces variations se décidaient sans l'intervention de la volonté du prêteur ; une fois ces variations survenues, le prêteur décidait de les appliquer au contrat de prêt en cours. Mais les variations que subit le taux préférentiel ou le taux de base bancaire, quoique décidées par l'institution, ne dépendent-elles pas également de circonstances qui lui sont externes ? Les variations du taux préférentiel ne dépendent pas de la pure volonté de l'institution financière, quoique celle-ci en décide seule sans l'intervention de l'emprunteur. Aussi un auteur français s'exprimait-il comme suit, dans ses commentaires sur cet arrêt :

La pratique du Crédit agricole ne peut manquer de faire songer à la référence par les banques inscrites au taux de base bancaire que chacune est censée fixer individuellement. En réalité, ce taux l'est présentement sous la pression du ministère de l'Économie et des Finances et force est de constater qu'il devient, avec quelques jours de décalage, à raison de l'identité de coût de la ressource, celui pratiqué par l'ensemble des banques inscrites et constitue le prix du marché (...). Pour ces deux raisons, la référence au taux de base bancaire n'est pas davantage l'expression d'une condition purement potestative.³¹

29. *La Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc.*, (1984) C.S. 856 p. 861.

30. *Époux Breton c. Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Sarthe*, (1982) Bull. civ. I. n° 295 p. 253.

31. M. VASSEUR, *Chronique bancaire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1982, I.R.7, p. X. En Allemagne le caractère unilatéral de la détermination du taux variable par le prêteur a également été attaqué sans succès ; on peut lire le résumé d'arrêt suivant dans *European Law Digest*, 1986, vol. 14, partie 2, p. 490 :

Clauses contained in standard form loan agreements used by banks, which give the bank the right to change the interest rate applicable unilaterally in order to adapt it to the bank's cost of refinancing the loan do not contravene the provisions of the General Constitution Act (AGBG) — (1986) D.B.1272.

3. Le caractère « indéterminé » du taux préférentiel

Très liée à la discussion qui précède, une autre interrogation a été soulevée à l'égard du taux préférentiel. L'obligation de payer de l'intérêt à ce taux ne constitue-t-elle pas une obligation à caractère trop vague ?

L'article 1060 du *Code civil du Bas-Canada* énonce ce qui suit :

Il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Pothier, dont la doctrine a servi de fondement à cet article (et à l'article 1129 du *Code civil français*) écrit que « ce qui est absolument indéterminé ne peut-être l'objet d'une obligation »³². Mais encore ici une distinction s'impose entre ce qui est « absolument indéterminé » et « indéterminé ». Pothier écrit en effet que non seulement une chose déterminée mais aussi « quelque chose d'indéterminé » peut être l'objet d'une obligation pourvu qu'elle soit déterminable ; il ajoute cependant que serait invalide l'obligation portant sur une chose dont la quantité ne serait « ni déterminée, ni déterminable » ; l'obligation serait aussi invalide « lorsqu'on ne peut savoir la quantité que les contractants avaient en vue »³³.

On sait que nos tribunaux se sont souvent reposés sur cet article 1060 pour invalider les engagements à caractère trop indéterminé, notamment l'engagement pris par un emprunteur à rembourser à un créancier les frais, honoraires, commissions et dépenses que celui-ci pourrait encourir pour la perception de sa créance. On peut noter dans les motifs de ces jugements l'importance que revêt le caractère aléatoire de l'étendue de l'engagement pris et surtout sa dépendance de la discrétion ou de la pure volonté du créancier³⁴.

32. M. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, tome 1, Paris, Bechet Ainé, 1824, n° 283.

33. *Supra*, note 32, n° 131.

34. *Turcot c. Cibula*, (1974) C.A. 452, p. 453 :

Dans la présente cause, rien n'empêcherait le créancier de convenir avec son procureur d'un montant exorbitant d'honoraires, montant qui pourrait même excéder l'obligation elle-même, et le tribunal serait fort embarrassé pour déterminer le montant justement dû.

Posluns c. Berke et al, (1968) C.S. 255, p. 260 :

Une clause qui impose au débiteur l'exécution d'une obligation indéterminée, du moins quant à son maximum, assumée par le créancier, envers un tiers, hors de la présence de ce débiteur et soumise à la seule générosité de ce créancier engageant l'argent d'un autre, est contraire aux bonnes mœurs et prohibée par les articles 13, 990 et 1060 C.c.

La Caisse populaire de St-Malo c. Goulet, (1973) R.P. 333, p. 341 : Alors qu'il était question de renouveler le bail, il s'agissait, en réalité, d'un bail nouveau que l'on prévoyait puisque les conditions devaient être déterminées par la bailleuse.

Cette dernière pouvait donc changer toutes les clauses du bail et en supprimer à volonté.

Dans le cas d'un prêt au taux préférentiel, l'obligation de payer de l'intérêt est déterminée; c'est la quantité, ou la quotité, qui ne l'est pas: le taux, par définition, varie et le montant d'intérêt à payer ne pourra être connu qu'au passage de chaque jour. La détermination du taux sera faite par une partie, le créancier, à l'aide d'éléments qui lui sont extérieurs: coût des fonds, conditions du marché monétaire; pour paraphraser Planiol et Ripert, cette détermination sera faite « par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent pas de la seule volonté de l'une des parties »³⁵.

De plus la détermination par une institution financière de son taux d'intérêt préférentiel se fait à l'égard de l'ensemble de la clientèle (ou de l'ensemble de la clientèle d'une catégorie donnée) et non pas à l'égard d'un client ou contractant particulier. Il se pourra que, compte tenu du risque impliqué, un client doive payer un demi pour cent ou trois pour cent au-dessus du taux préférentiel, ou un point de pourcentage en-dessous du taux préférentiel, mais le taux préférentiel lui-même est déterminé d'une manière identique à l'égard de tous. Cet élément diminue d'autant le facteur subjectif ou arbitraire que pourrait comporter la détermination du taux.

Enfin la pratique bancaire et les usages veulent que le taux préférentiel soit rendu public quotidiennement. Chaque institution établit ses taux pour une période indéterminée et, habituellement, les confirmera, sur simple appel téléphonique auprès de l'interlocuteur.

Sur la base de ces différents facteurs, soit la détermination du taux préférentiel en fonction des conditions du marché monétaire, sa détermination à l'égard de l'ensemble de la clientèle et enfin la divulgation quotidienne de ce taux, la jurisprudence américaine a refusé de prononcer la nullité des contrats stipulant le taux préférentiel pour le motif qu'ils seraient vagues ou trop indéterminés³⁶.

35. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, Obligations, Paris, L.G.D.J., 1930, p. 294, n° 220.

36. *Supra*, note 7, p. 462-463; *Associated East Mfg. Co. v. Highland Park Inc.*, 374 A.2d 1070, p. 1076; *Constitution Bank & Trust Co. v. Robinson*, 425 A.2d 1268, p. 1271, (1979):

The note presently before us meets the test of enforceability. The uncontested affidavit of the plaintiff's assistant treasurer that accompanied the motion for summary judgment affirmed that the plaintiff had a single prime rate that was set with reference to general money market conditions, openly available to any inquirer, and uniformly applicable to all affected borrowers. This uniform variable rate was applied to the defendant's loan and was, without protest, paid by the defendant until his default on the principal obligation. The defendant has made no claim of unconscionability or of inadequate disclosure.

Voir aussi, au même effet, *Banker's Trust Co. v. Steenburn*, 409 N.Y.2d 51, p. 62; *Matter of Le Blanc*, 622 F.2d 872, p. 878, (1980); *Moore v. Wachovia Mortgage Company*, 226 S.E.2d 812, p. 814, (1976); *Weiss v. Salamone*, 116 A.D. 2d 1009, (1986).

En France la jurisprudence s'est prononcée en faveur du caractère suffisamment déterminé des crédits aux termes desquels le prêteur charge un taux qui varie durant l'existence des crédits suivant des modifications qu'il établit suite aux changements du marché³⁷. En doctrine, certains se sont montrés, il y a quelques années, hésitants à accueillir sans réserve cette jurisprudence, compte tenu des exigences du *Code civil français* relativement à la détermination de l'objet du contrat³⁸; d'autres l'ont jugée carrément contestable, pour les mêmes raisons³⁹; on semble maintenant plus enclin à trouver que les exigences du *Code civil du Bas-Canada* peuvent s'accommoder du taux de base bancaire⁴⁰.

4. Article 3 de la Loi sur l'intérêt — convention fixant le taux

L'article 3 de cette loi se lit comme suit :

3. Sauf à l'égard des obligations qui existaient immédiatement avant le 7 juillet 1900, chaque fois que l'intérêt est exigible par convention entre les parties ou en vertu de la loi, et qu'il n'est pas fixé de taux en vertu de cette convention ni par la loi, le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an.

Le terme « fixé » utilisé par la loi est précisément le même que celui employé pour décrire le taux d'intérêt invariable et déterminé, par opposition au taux d'intérêt variable. Dans les conventions de prêts commerciaux on nomme « taux fixe » le taux d'intérêt, établi à un pourcentage donné pour toute la durée du crédit, par opposition au taux préférentiel, lequel est variable; on y rencontre souvent aussi l'option offerte à l'emprunteur de « fixer le taux », c'est-à-dire de passer du taux variable à un taux fixe, si les conditions du marché permettent au prêteur d'établir au moment de l'exercice de l'option un taux fixe acceptable pour l'emprunteur.

37. *Société de Fabrication de conserves alimentaires et salaison c. Crédit Lyonnais*, Cassation, Ch. com., 1975 Dalloz-Sirey 596; *Époux Espeut, c. Graulle*, Cassation, 1 Ch. Civ., 1975 Dalloz-Sirey 586; *Époux Breton c. Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Sarthe*, (1982) Bull. Cass. 1^{re} Ch. civ., p. 253 n° 295.

38. M.L. ENGELHARD — GROSJEAN, « La détermination de l'objet dans les contrats », (1976) *Annales de la Faculté de droit et de science politique*, Université de Clermont, p. 439; J. GHESTIN, *Traité de droit civil — Les obligations*, Paris, 1980, n° 532, p. 433.

39. J. STOUFFLET, *Note*, (1975) Dalloz-Sirey 586, p. 588 :

Des conditions générales publiées par une banque ou l'ensemble des banques ne permettraient-elles pas d'échapper à la nécessité d'une fixation du taux de l'intérêt pour chaque opération? Ce n'est pas certains car les conditions générales ne pourraient que fixer une « fourchette » (...) Le renvoi aux conditions générales laisserait donc indéterminé le taux de l'intérêt qui est, dans un prêt onéreux, un élément essentiel du contrat. Celui-ci serait nul faute d'un objet déterminé ou même déterminable (...)

40. *Supra*, note 31.

Dans ces circonstances, certains plaideurs ont argué que les parties qui référeraient dans leur document contractuel à un taux variable par opposition à un taux fixe ne « fixaient pas de taux » au désir de l'article 3 et que, par conséquent, le créancier ne pouvait percevoir que cinq pour cent d'intérêt.

Cet argument équivalait à dire que la loi fédérale sur l'intérêt interdit la pratique du taux variable. Il n'a pas été retenu par les tribunaux.

Il n'a pas été retenu à l'égard des conventions permettant de payer l'intérêt au taux *Libor* pour des périodes données ⁴¹ parce que ces conventions indiquent comment le taux d'intérêt sera déterminé.

Il n'a pas été retenu non plus à l'égard des conventions en vertu desquelles l'emprunteur s'engage à payer un taux d'intérêt sur la base d'un taux préférentiel ⁴², pour la même raison.

En réalité, l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne viserait que les situations où les parties ont prévu le paiement d'intérêt sans en déterminer le taux ⁴³ ou sans prévoir de mécanisme suivant lequel il pourrait être calculé. Telles sont les vues exprimées par l'honorable juge B. Laskin dans un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada :

41. *V.K. Mason Ltd. c. Courtot Investments Ltd.*, (1980) 10 B.L.R. 77, p. 109 :

The words used in the agreement set out in the Bank's letter to Courtot of August 23, 1972, « 2½% per annum over the 180 day London inter-bank Euro Dollar offer rate, to be established two business days prior to each take-down », are therefore not precise as to the rate of interest to be charged. The words do indicate, however, an intention to charge a specific rate of interest to be established on certain later dates.

Cet aspect du jugement n'a pas été porté en appel ni devant la Cour d'appel d'Ontario ((1982) 19 B.L.R., 136) ni devant la Cour suprême ((1985) 16 D.L.R. (4th) 598).

42. *Toronto-Dominion Bank v. F.G. Connolly Limited*, (1982) 56 N.S.R. (2d) 289, p. 295 :

(...) (the parties) had agreed that interest would be paid and provided a mechanism (prime plus three and three-quarters per cent) by which the rate could be fixed. Therefore, s.3 of the *Interest Act* has no application.

Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc., (1984) C.S. 856 (désistement en appel 21.10.85) p. 861 :

La convention des parties n'est pas silencieuse sur le taux d'intérêt à charger. Non seulement les créances de la demanderesse sont-elles toutes constatées par billets sur lesquels un taux d'intérêt fixe est indiqué, mais le taux préférentiel prévu à la lettre du 22 mai 1979 constitue lui-même une prédétermination du taux d'intérêt applicable.

Voir aussi *Continental Bank of Canada v. Poyser*, (1983) 45 A.R. 305, résumé à 1983 C.C.L. 9269.

43. *Moreau v. Tri State Investments Co. Ltd.*, (1979) C.P. 121 p. 123 :

L'article 3, sur lequel s'appuie le demandeur, vise donc uniquement une stipulation d'intérêt exigible sans qu'il soit possible de le calculer, parce qu'il n'y a pas de taux fixé.

Ce litige ne portait pas sur le taux préférentiel.

À mon avis, l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique qu'en l'absence de dispositions dans une loi applicable ou dans une convention et qu'aucun mécanisme n'est prévu pour fixer le taux.⁴⁴

5. Intérêt au taux préférentiel sur emprunts extérieurs en fonds américains — Taux *Libor* — Contrats d'échange de taux d'intérêt

Un autre domaine dans lequel l'absence de précision peut créer des difficultés est celui du mode de calcul des intérêts dans le cas d'emprunt en fonds américains au taux préférentiel ou d'emprunts au taux *Libor*. L'absence d'indications sur ce mode de calcul peut en certains cas réduire au taux de cinq pour cent l'intérêt que le prêteur peut percevoir, à raison de l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*.

La première situation survient lorsque l'avance de fonds que le prêteur s'engage à faire en vertu d'un contrat passé au Canada doit être déboursée en devises américaines aux États-Unis ou en Europe.

La seconde survient lorsque l'emprunteur a la faculté, pour des périodes déterminées de temps qu'il choisit, de payer l'intérêt sur ses emprunts en devises américaines (ou canadiennes) au taux *Libor*⁴⁵. Ce taux d'intérêt est celui que des institutions financières ou des banques de référence choisies par le prêteur sont prêtes à payer, sur le marché de Londres, sur des dépôts en Euro-dollars effectués pour une période déterminée et convenue⁴⁶. Il s'agit d'un taux fixe pour des périodes restreintes de temps qui, suivant les circonstances du marché, peut s'établir à quelques points de moins qu'un taux fixe sur pareilles devises au Canada, d'où l'avantage pour un emprunteur commercial de bénéficier de cette option d'emprunt au taux *Libor*. Ce taux *Libor* se rencontre à l'occasion d'émission d'obligations ou de billets qu'une

44. *British Pacific Properties Ltd. c. The Minister of Highways and Public Works*, (1980) 2 R.C.S. 283 p. 290; ce litige ne portait pas sur le taux préférentiel.

45. London Interbank Offered Rate.

46. Voici comment l'*International Swap Dealer Association* propose de définir l'intérêt *Libor* : « LIBOR » means that the rate in respect of a Reset Date will be determined on the basis of the offered rates for deposits in Dollars for a period of the Designated Maturity commencing on that Reset Date which appear on the Reuters Screen LIBO Page as of 11:00 a.m., London time, on the day that is two London Banking Days preceding that Reset Date. If at least two such offered rates appear on the Reuters Screen LIBO Page, the rate in respect of that Reset Date will be the arithmetic mean of such offered rates. If fewer than two offered rates appear, the rate in respect of that Reset Date will be determined as if the parties had specified « LIBOR (Reference Banks) » as the applicable Floating Rate Option.

Code of Standard Wording, Assumptions and Provisions for Swaps (1986) ISDA p. 9.

entreprise canadienne compte distribuer sur le marché européen ou fréquemment, à l'occasion de l'ouverture d'une marge de crédit utilisable en devises américaines. Les pratiques bancaires peuvent varier d'une institution à une autre et les conditions moyennant lesquelles le prêteur acceptera de recevoir son intérêt en taux *Libor*⁴⁷ font la plupart du temps l'objet d'un chapitre de la convention de crédit ou encore d'une entente distincte.

Un point commun se retrouve cependant : le mode de calcul des intérêts sur avances en fonds américains déboursées à l'extérieur du pays ou de l'intérêt *Libor* se distingue des modes de calcul de l'intérêt suivis au Canada.

Au Canada l'intérêt se calcule sur la base d'une année. Une année s'entend de trois cent soixante-cinq jours⁴⁸. L'expression dix pour cent par an signifie donc qu'après trois cent soixante-cinq jours la somme prêtée aura produit dix pour cent d'intérêts. La *Loi sur l'intérêt* demande d'insérer à toute convention dans laquelle le taux est calculé sur une base inférieure à une année, sauf s'il s'agit d'une hypothèque sur biens fonds, une déclaration établissant à quel taux par an équivaut le taux chargé.

Aux États-Unis le taux d'intérêt se calcule généralement sur la base d'une année de trois cent soixante jours⁴⁹.

Cette pratique des banques américaines, qui remonterait à plus de deux siècles, tiendrait à des motifs de facilité de calcul. Une année de trois cent soixante jours peut se diviser facilement en douze mois de trente jours, en trimestres de cent vingt jours et en semestres de cent quatre-vingt jours. Que le mois concerné ait plus ou moins que trente jours, que le trimestre concerné ait plus ou moins cent vingt jours ou que le semestre ait plus que cent quatre-vingt jours, il suffit de diviser le montant annuel d'intérêt que doit produire l'avance de fonds par douze, quatre ou deux pour obtenir le montant d'intérêt à l'égard d'un mois ou d'un trimestre ou d'un semestre donné. Le calcul d'intérêt s'en trouve simplifié. De plus il se trouve que la détermination du taux quotidien d'intérêt par jour est facilitée par ce mode de calcul. En

47. Les avances de fonds portant intérêt à ce taux sont parfois appelées « avances *Libor* » ; cette appellation n'est pas appropriée, puisque le qualificatif *Libor* s'adresse au taux d'intérêt sur les avances et non pas aux avances elles-mêmes.

48. Art. 4 de la *Loi sur l'intérêt* (S.R.C. 1970 c. I-18). Cet article 4 se lit comme suit :

Sauf à l'égard des hypothèques sur les biens-fonds, lorsque, aux termes d'un contrat écrit ou imprimé, scellé ou non, quelque intérêt est payable à un taux ou pourcentage par jour, semaine ou mois, ou à un taux ou pourcentage pour une période de moins d'un an, aucun intérêt supérieur au taux ou pourcentage de cinq pour cent par an n'est exigible, payable ni recouvrable sur une partie quelconque du principal, à moins que le contrat n'énonce expressément le taux d'intérêt ou pourcentage par an auquel équivaut cet autre taux ou pourcentage. S.R., c. 156, art. 4.

49. *Voitier v. First National Bank of Commerce*, (1981) 514 F. Supp. 585 p. 591.

effet, le résultat obtenu est un chiffre moins complexe. Ainsi 9% divisé par 365 donne .0024657; divisé par 360 donne .0025; 12% divisé par 365 donne .0033287; divisé par 360 donne .003333. La multiplication requise pour obtenir le montant d'intérêt quotidien s'en trouve donc plus aisée.

Tout ceci n'aurait pas une grande incidence si le nombre par lequel on multiplie le montant d'intérêt quotidien, pour déterminer le montant annuel d'intérêt, n'excédait jamais 360. Diviser 9% par 360 puis multiplier le résultat par 360 donne 9%. Cette méthode de calcul est dite la méthode 360/360.

Toutefois, la pratique s'est répandue depuis fort longtemps aux États-Unis de multiplier par le nombre de jours que dure le prêt non pas jusqu'à concurrence de 360 mais de 365 ou du nombre exact de jours courus pendant l'année :

The 365/360 method of interest calculation has been widely used in the banking industry for the past two centuries. A 1971 Federal Reserve Board study indicated that 82 percent of all commercial banks used this method on at least some loans. Congressman Wright Patman has estimated that of the total amount of interest collected annually in the United States, \$ 145 million is due to the difference between stated annual rates that results from use of the 365/360 method.⁵⁰

Cette méthode de calcul, dite *365/360 method*⁵¹ ou encore the *Banker's Rule*⁵², augmente légèrement le taux réel d'intérêt; ainsi un taux de 10% devient un taux effectif de 10,138%.

Cette méthode de calcul 365/360 a fait et fait encore l'objet de contestations judiciaires aux États-Unis. Elle y fut attaquée ou bien parce qu'elle permettait à un créancier de recevoir un taux d'intérêt qui dépassait les taux limites prévus par les lois de certains états américains sur l'usure⁵³ ou bien parce que

50. Voir sur l'origine de cette pratique : R.J. BRONSTEIN, « Legal Aspects of the Use of 'Ordinary Simple Interest' », (1972) 40 *University of Chicago Law Review* 141 p. 142.

51. *Supra*, note 7, p. 470; G.G. MUNN, *Encyclopedia of Banking and Finance*, Boston, 1973, p. 454 appelle cette méthode « ordinary simple interest » :

Ordinary simple interest is based on the assumption that each day is 1/360th of a year. Ordinary interest for one day is slightly more than exact interest for one day.

52. v.g. *New York Firemen Insurance Co. v. Ely & Parsons* 2 Cow. 678, (N.Y. 1824).

53. *Silverstein v. Shadow Lawn Savings & Loan Association*, 237 A.2d 474, p. 481, (1968) : where (...) the instrument sets forth nothing more than the debt shall bear interest at a specified rate (...) the intention of the parties must legally be taken to be that interest shall be computed only by either the 365/365 or the 360/360 method.

Voir aussi *American Timber & Trading Co. v. First National Bank*, (1971) 334 F. Supp. 888 où la cour rejette l'argument fondé sur la pratique commerciale en jugeant que les lois sur l'usure

should be construed with regard to its net effect upon the borrower rather than upon the bookkeeping burden, customs or convenience of the lender.

contraire à l'entendement ordinaire suivant lequel une année contient trois cent soixante-cinq et non pas trois cent soixante jours⁵⁴.

La jurisprudence américaine majoritaire⁵⁵, dans les états où la loi ne s'y oppose pas, entérine cependant cette pratique ayant pris naissance dans le but de faciliter la tâche des *uneducated bank clerks*⁵⁶ du dix-neuvième siècle. Les lois respectives de chaque état doivent toutefois être prises en considération à cet égard. Certains états n'ont pas légiféré en la matière. Est probablement typique de cette tendance des tribunaux à valider la méthode 365/360 la décision rendue en 1981 par un tribunal de Louisiane dans l'affaire *Voitier c. First National Bank of Commerce*⁵⁷. Le tribunal eut été prêt à prononcer l'invalidité de la méthode de calcul 365/360 sur la foi que les raisons historiques de facilité de calcul n'avaient plus leur raison d'être à l'ère de l'informatique, sur la foi que l'intérêt de l'emprunteur doit prévaloir sur les motifs de commodité allégués par le prêteur, sur la foi que l'article 14 du *Code civil de Louisiane* prévoit que les mots doivent s'interpréter suivant le sens commun et leur signification usuelle et qu'une année comporte trois cent soixante-cinq jours. Toutefois comme la *Louisiane Consumer Credit Law* (bien qu'il se soit agi d'une affaire commerciale, cette loi recevait application) comportait, indirectement, une référence à ce mode de calcul, le tribunal en maintint la validité, jugeant que ce mode avait ainsi, indirectement, reçu l'approbation législative⁵⁸.

De nombreux états américains ont expressément légiféré en faveur de la légitimité de la méthode de calcul 365/360. La *Federal Deposit Insurance Corporation* permet maintenant aux banques d'adopter une telle méthode⁵⁹ et le gouvernement américain lui-même se sert de cette méthode de calcul dans l'établissement du taux des bons du Trésor (*Treasury Bills*).

Cette façon de calculer l'intérêt sur la base d'une année de trois cent soixante jours a également cours à l'égard du taux *Libor* sur fonds américains. Elle semble d'ailleurs généralisée dans plusieurs pays d'Europe. La Cour d'appel de Paris en prononçait la légitimité en 1982 dans l'affaire *Banque populaire de la région ouest de Paris c. Mme Mauduit* :

54. *Supra*, note 50, p. 148, p. 153.

55. *Supra*, note 50, p. 148.

56. 514 F. Supp. 585 (1981) p. 591.

57. 514 F. Supp. 585 (1981).

58. Dans l'État de New York, suivant l'analyse récemment faite par un auteur, la méthode de calcul 365/360 ne serait illégale que si le taux effectif chargé dépasse le taux maximal que peut prescrire la loi en certaines circonstances :

As the *Ely & Parsons*, *Wager and Greenstein* cases demonstrate, calculations of interest in New York on a 365/360 basis is unlawful only if the effective rate charged thereby exceeds the maximum permitted by law. *Supra*, note 7, p. 473.

59. (1972) 37 Fed.Reg.10341 — *Supra*, note 50, p. 149, note 44 et p. 154, note 70.

Il convient de calculer les intérêts sur 360 jours, conformément à l'usage bancaire de très longue date, qui trouve son origine en Lombardie, au Moyen Âge et s'est perpétué jusqu'à notre époque en raison de son caractère pratique, en ce que le chiffre de 360, à la différence de celui de 365, est successivement divisible par douze, deux, quatre, six ce qui correspond au mois, au semestre, au trimestre et à deux mois.⁶⁰

On rapporte que la méthode de calcul 365/360 fait partie des usages bancaires français⁶¹.

Compte tenu de l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*, il est d'usage d'insérer dans les conventions permettant au débiteur de se prévaloir du taux *Libor*, ou dans celles relatives à des emprunts en fonds américains, des clauses de conversion indiquant à quoi équivaut le taux d'intérêt réel, puisque l'intérêt sera dans ces cas calculé sur une base de moins d'un an (360 jours) et non sur une base annuelle (365 jours).

À défaut de contenir telle clause, la convention de prêt ou le titre de créance pourrait ne permettre au créancier de ne recevoir qu'un taux d'intérêt de 5% ; c'est la sanction prévue par l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*.

C'est là une sanction très lourde pour ne pas avoir dénoncé un mode de calcul qui ne produit qu'une légère différence dans le taux effectif d'intérêt et qui, au surplus, relève d'usages bancaires internationaux. L'objectif du législateur à l'article 4, vraisemblablement, avait plutôt été de protéger les consommateurs auxquels on proposait des taux d'intérêts mensuels⁶².

La Cour suprême du Canada a eu à se prononcer il y a deux ans sur cet article 4 dans l'arrêt *V.K. Mason Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia*⁶³.

Une débenture comportant hypothèque sur un immeuble situé à Toronto avait été émise par une société ontarienne en faveur de La Banque de Nouvelle-Écosse qui avait offert un crédit intérimaire dans le cadre de la construction d'un immeuble à revenu. L'émetteur, au terme de cette débenture, promettait de payer à demande une somme de 8 850 000 \$ avec intérêt au taux *Libor* (« *interest (...) at the rate of 2½ % per annum over the offer rate of the*

60. (1982) Dalloz-Sirey, I.R. 409.

61. M. VASSEUR et X. MORIN, *Les comptes en banques*, Paris, 1966, t. 1, p. 233 :

Cette pratique (365/360), dont la régularité juridique est indiscutable dans les rapports entre banquiers, s'impose même aux clients dans leurs rapports avec le banquier ; elle se justifie alors par les usages.

62. R. VAILLANCOURT, « Quelques aspects de la Loi sur l'intérêt », (1980) *C.P. du N.* 181, p. 192.

On peut expliquer cette exigence (de l'article 4) par la plus grande facilité que nous éprouvons à apprécier plus rapidement un taux d'intérêt s'il est exprimé sur une base annuelle (...)

63. (1985) 16 D.L.R. (4th) 598.

Bank for 180 day Euro dollar deposits in London England on the date hereof, adjusted on dates at 180 day intervals after the date hereof, (...)»). Par ailleurs d'autres sûretés avaient été octroyées à la banque dans le cadre de ce crédit intérimaire, conformément aux demandes de la banque dans sa lettre de proposition de financement⁶⁴. Ni la lettre d'offre de financement, ni la débenture n'indiquaient à quoi correspondait l'intérêt chargé sur la base d'une année. La lettre d'offre indiquait toutefois que l'intérêt allait être calculé sur la base d'une année de trois cent soixante jours⁶⁵.

Telle que l'affaire se présentait, il s'agissait pour la Cour suprême du Canada de décider si l'espèce tombait sous le coup de l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*. L'appelant prétendait que l'article 4 gouvernait, puisque cet article n'exclut de son application que les conventions hypothécaires et que les documents en l'espèce n'en étaient pas, selon lui. Le tribunal de première instance avait retenu ce raisonnement et n'avait accordé à la banque qu'un intérêt de cinq pour cent⁶⁶. La Cour d'appel l'a repoussé⁶⁷; la Cour suprême du Canada fit de même :

it would be elevating form over substance to characterize the transaction between the Bank and Courtot as something other than a mortgage on real estate simply because the Bank took other security in addition to the mortgage contained in the demand debenture.⁶⁸

Elle jugea donc que l'article 4 ne s'appliquait pas et qu'il n'y avait conséquemment pas eu nécessité de décrire dans la documentation le taux *Libor* en taux d'intérêt annuel. La cour ajouta ce qui suit :

Furthermore, I believe that the Bank's interpretation of s.4 is much more in accord with the legislative purpose of the *Interest Act*.

Section 4 is consumer protection law in the sense that, with respect to loans other than real estate mortgages, consumers are entitled to know the annual rate of interest they are paying. A sophisticated commercial borrower like Courtot, who in this case was borrowing at a floating rate of interest, is in scant need of protection by being informed of his rate of interest at the annual, rather than the 360-day, rate.⁶⁹

64. *V.K. Mason Construction Ltd. v. Courtot*, (1980) 10 B.L.R. 77, p. 109.

65. 10 B.L.R. 77, p. 109.

66. 10 B.L.R. 109.

67. *V.K. Mason Construction Ltd. v. Courtot Investments Ltd.*, (1983) 19 B.L.R. 136, p. 142 :

Mr. Robinette submitted that the commitment letter of August 23, 1972, and the demand debenture taken separately, or collectively, constituted a mortgage on real estate, and hence, s. 4 had no application. We agreed with this submission. The Bank advanced its funds for the purpose of providing bridge financing for the construction of Courtot Centre. Although the Bank received other security for its loan, it was not advancing its funds on the strength of that security; rather, it was primarily advancing its funds on the security of the land and buildings comprising Courtot Centre.

68. 16 D.L.R. 4th 598, p. 608.

69. *Supra*, note 68, p. 608-609.

Cet *obiter* de la Cour doit-il laisser croire que l'article 4, eut-il dû recevoir application, n'aurait pas entraîné ici la conséquence pour la banque de ne pouvoir recevoir que cinq pour cent d'intérêt, puisqu'on était en présence d'un emprunteur commercial ? La loi fédérale sur l'intérêt ne s'applique-t-elle qu'aux non-commerçants ? Ce n'est sûrement pas ce qu'a voulu dire la Cour. Elle a dû plutôt vouloir souligner le caractère hautement technique et un peu artificiel de la défense soulevée par un emprunteur commercial versé en financement bancaire. Il serait toutefois imprudent de se reposer sur cet *obiter* pour se croire dispensé en matière commerciale des exigences de l'article 4.

Un autre commentaire doit être formulé ici, compte tenu de la pratique au Québec. Un financement comme celui de l'affaire *Mason* aurait pu prendre la forme au Québec d'un nantissement de débentures à taux fixe, garanties aux termes d'hypothèques créées en faveur du fiduciaire nommé à l'acte de fiducie en vertu duquel elles auraient été émises. Dès lors le fiduciaire aurait été « créancier hypothécaire » au sens de l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*. C'est en sa faveur que l'hypothèque sur bien fonds aurait été créée dans l'acte de fiducie. Mais le banquier, entre les mains duquel les obligations auraient été nanties, aurait-il pu, lui, être considéré comme titulaire d'une hypothèque sur biens fonds au sens de l'article 4 ? En stricte analyse juridique, ce banquier n'a qu'un gage sur des obligations ; il n'est pas titulaire d'une hypothèque : le fiduciaire partie à l'acte de fiducie, d'hypothèque de nantissement et de gage l'est. Toutefois compte tenu de l'interprétation libérale de l'article 4 faite par la Cour suprême, surtout en présence de commerçants, on pourrait soutenir que le fait de détenir une obligation émise en vertu d'un acte de fiducie dans lequel une hypothèque est créée en faveur du fiduciaire, constitue une situation où indirectement le prêteur bénéficie d'une hypothèque qui le fait tomber sous l'exception prévue à l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt*.

Dans un autre ordre d'idées, il se peut qu'une partie à un contrat d'échange de taux d'intérêt (*interest swap*) soit vis-à-vis son propre créancier tenue à payer un intérêt calculé sur une base de trois cent soixante jours. Le montant équivalent à ces intérêts que l'autre partie au contrat d'échange de taux d'intérêt s'engage à payer à son co-contractant ne constitue pas lui-même des intérêts ; ce montant n'est pas payé à titre d'intérêt mais à titre de prestation ou de contrepartie au contrat d'échange⁷⁰. L'article 4 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique donc pas à ce contrat.

70. Le co-contractant dans un contrat d'échange de taux d'intérêt ne devient pas lui-même débiteur de ces intérêts vis-à-vis le tiers créancier :

Telle n'est assurément pas l'économie d'un swap de taux d'intérêt où les parties n'envisagent nullement un échange effectif de créances, un transfert de propriété ; elles stipulent simplement la prise en charge d'une somme équivalant aux intérêts dont chaque partie est restée débitrice.

6. Taux préférentiel et la Loi sur les lettres de change

Un test que le taux préférentiel passe avec plus de difficulté est celui des articles 176(1) et 28(1) de la *Loi sur les lettres de change*. Ces articles se lisent comme suit :

Art. 176(1) — Un billet à ordre est une promesse pure et simple, faite par écrit par une personne à une autre, signée par le souscripteur, par laquelle celui-ci s'engage à payer, sur demande, ou dans un délai déterminé ou susceptible de l'être, une somme d'argent précise à une personne désignée ou à son ordre, ou au porteur.

Art. 28(1) — La somme à payer au moyen d'une lettre de change est une somme précise au sens de la présente loi, même si elle prescrit que le paiement en doit être fait

- a) avec intérêts ;
- b) par versements indiqués ;
- c) par versements indiqués, avec stipulation qu'à défaut du paiement de quelque versement la somme totale devient exigible ; ou
- d) suivant un taux de change indiqué, ou d'après un taux de change à constater selon que le prescrit la lettre de change.

Devant l'incertitude de savoir si la référence à un taux variable remplissait la norme de la précision de la somme demandée par la loi, plusieurs banques canadiennes ont eu pour pratique d'inscrire un taux d'intérêt précis dans les billets promissaires signés par des clients, qu'elles avisaient subséquentement des différents changements de taux, ou encore, de faire signer les billets promissaires en laissant le taux d'intérêt en blanc pour ensuite débiter mensuellement les comptes de leurs clients pour un montant d'intérêt équivalant au taux préférentiel.

Cette pratique, qui ne violentait pas les articles 176 et 28 n'était pas sans désavantage : des signataires de billets à taux fixe ont contesté l'entente verbale de payer un taux variable⁷¹ et, d'autre part, des clients ayant signé des billets sans mention de taux ont contesté l'engagement implicite de payer un taux variable que la banque déduisait des circonstances⁷².

F. MEYRIER, « Les contrats d'échanges de devises et de taux d'intérêt (swaps) », (1986) *Revue de Droit et Pratique du Commerce International*, t. 12, 9, p. 24 ; voir au même effet P. HUGHES, *Interest Rate Swaps Demystified*, (1985) 2 *Business and the Law*, No. 1, 7, p. 8.

71. *Royal Bank of Canada v. Davidson*, (1972) 25 D.L.R. (3d) 202 — jugé que cette pratique n'emportant pas « material alteration » du billet promissaire ; *Royal Bank of Canada v. Handys Services Ltd.*, (1986) 38 Man.R. (2d) 57 — jugé que le client par son comportement avait acquiescé à payer un taux variable.

72. B. CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange*, 8th ed., t. 2, *Canada Law Book*, Toronto, 1986, p. 1318.

The bank customer, in following the practice referred to, by implication clearly authorized the banker to charge rates determined by reference to its published prime rates of interest from time to time.

Depuis un certain temps, plusieurs banques font signer des billets promissoires portant référence à leur taux préférentiel.

Si le billet promissoire ne comporte pas l'obligation de payer « une somme d'argent précise » en raison du fait que l'intérêt qu'il porte doit se calculer au taux préférentiel d'une institution, il perd la qualité de lettre de change. Dans cette hypothèse, le billet promissoire peut demeurer un engagement valide mais il n'est plus régi par la *Loi sur les lettres de change*; dès lors les droits et obligations spécifiquement rattachés aux lettres de change ne s'appliquent plus.

À l'heure actuelle, la jurisprudence canadienne se divise sur ce sujet.

Suivant quelques arrêts, les articles 28 et 176 de la *Loi sur les lettres de change* comportent une exigence stricte d'autosuffisance; dès lors qu'une lettre de change ne comporte pas à sa face même toutes les informations requises pour qu'un tiers puisse en calculer la valeur, elle manquerait aux critères posés par la loi pour assurer la fiabilité et la négociabilité d'une lettre. Dans cette optique, un billet promissoire à taux préférentiel ne peut pas être une lettre de change parce qu'il est impossible de calculer les intérêts dus en vertu du billet à l'aide des seules informations qui y sont inscrites: il faut recourir à une preuve externe, soit la preuve du taux préférentiel de l'institution bancaire tel qu'il a varié de temps à autres. Telle est la position prise par la Cour du banc de la Reine de Saskatchewan⁷³.

Suivant une deuxième école de pensée, la nécessité de recourir à une preuve externe pour déterminer les montants d'intérêt dus ne constituerait pas, en soi, une caractéristique incompatible avec la « négociabilité » de l'instrument. Tout dépendrait de la nature des faits démontrés par cette preuve. Ainsi la Cour d'appel de Colombie-Britannique, dans l'affaire *Bank of Montreal v. Dezcam Industries Ltd.*⁷⁴, a refusé de se prononcer sur le principe selon lequel la nécessité de recourir à une preuve externe au billet promissoire pour établir la quotité des intérêts lui ferait automatiquement perdre son caractère de lettre de change. La Cour a tout simplement décidé que la preuve apportée en première instance, plutôt que de faciliter le calcul des intérêts, l'avait rendu encore plus incertain et qu'en l'occurrence le billet ne comportait pas l'obligation de payer une somme « précise »:

73. *Bank of Montréal v. A & N. Investments Ltd.*, (1982) 136 D.L.R. (3d) 181, p. 183; le billet portait intérêt

at a rate of 1¼ percent per annum above the Bank of Montreal's Small Business Base interest rate per annum in effect from time to time p. 181.

Voir au même effet *Bank of Montreal v. Burchert*, Ontario M.C. 10 mars 1983, résumé en note au bas de la première page de l'arrêt *National Bank of Canada v. Pearl*, (1983) 33 C.P.C. 158.

74. (1983) 147 D.L.R. (3d) 359.

Thus even if in this case extrinsic evidence could be called for the purpose of ascertaining the rate of interest to be charged, and I wish to make it plain that I am not deciding that question one way or the other, the evidence which was called led not to certainty but to further uncertainty.⁷⁵

Le billet portait intérêt « *at the rate of interest charged by the Bank of Montreal to its most creditworthy customers from time to time* » et la preuve faite laissait entendre que certains clients pouvaient emprunter en dessous de ce taux et, d'autre part, qu'il y avait peut-être plusieurs catégories de clients ayant une meilleure cote de crédit.

Une troisième voie, regroupant des arrêts plus nombreux, se montre favorable à une interprétation plus libérale de ce qu'est un montant « précis » au sens de la *Loi sur les lettres de change*. Cette dernière jurisprudence tire parti, notamment, du paragraphe d) de l'article 28.1 suivant lequel la somme est précise même si paiement doit en être fait suivant le taux de change indiqué sur le billet ou suivant un taux à établir selon ce qu'indique le billet (« *or according to a rate of exchange to be ascertained as directed by the bill* »):

The promissory note before me provides for a floating rate of interest but in such a fashion that any proposed holder in due course would know immediately by reference to public information what rate of interest was applicable under the promise from time to time. It is true that strictly speaking this information is not available within the four corners of the document but a subsequent holder of the note would have no difficulty in making the necessary calculations from the public information readily available to him. This sort of information was clearly contemplated when the *Bills of Exchange Act* was passed. Section 28(1)(d) recognizes variations in rates of exchange which it would be difficult to fix within the four corners of the note.⁷⁶

Elle tire aussi parti de l'accessibilité de l'information relative aux taux préférentiels. Preuve fut faite dans ces arrêts de la grande facilité d'obtenir en tout temps, rapidement et partout au pays, les informations relatives au taux préférentiel des banques en cause ; ce facteur fut déterminant dans les motifs de ces jugements :

Il est facile d'obtenir de n'importe quelle succursale de la demanderesse le taux préférentiel de la banque à une époque quelconque. De fait, la pièce P-8 indique le taux préférentiel entre les mois d'octobre 1981 et d'avril 1983. Ces renseignements sont faciles à obtenir. Le taux a varié considérablement au cours des cinq dernières années, comme chacun le sait, et il n'a pas encore atteint un niveau

75. *Supra*, note 74, p. 363.

76. *National Bank of Canada v. Pearl*, (1983) 33 C.P.C. 158, p. 162 (Ontario High Court). Au même effet : *Royal Bank of Canada v. Reed and Wakefield Construction Ltd.*, (1983) 2 W.W.R. 419, p. 422 (Cour suprême de Colombie-Britannique) et *National Bank of Canada v. Intracom Investments Ltd.*, (1986) 64 N.B.R. (2d) 351 ; *Banque de Montréal c. Herman*, J.E. 87-23 (C.S.M.).

stable. Un emprunteur devrait signer un nouveau billet presque chaque semaine si les banques ne pouvaient établir un taux comme il a été fait en l'espèce. Autrement, ce serait le chaos total dans le domaine des opérations commerciales.⁷⁷

Cette jurisprudence se réfère à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacLeod Savings & Credit Union c. Perrett*⁷⁸. Elle affirme suivre les principes directeurs retenus par la Cour suprême dans cette affaire :

La *Loi* vise à assurer la circulation d'effets négociables. Par conséquent, la règle générale est celle de la précision de l'effet même, à moins qu'il ne soit impossible d'appliquer une disposition donnée de la *Loi* sans recourir à une preuve intrinsèque. (...) Ce peut être une question de bon sens dans certains cas de savoir si une référence expresse ou implicite à des circonstances extrinsèques crée un tel degré d'imprécision qu'elle porte indûment atteinte à la circulation de l'effet et en modifie la nature.⁷⁹

Elle voit dans la référence à un taux préférentiel une exception admissible à la règle générale de la précision de l'effet, puisque la référence aux circonstances extrinsèques à l'effet que sont les variations du taux ne porte pas indûment atteinte à sa circulation. La Cour supérieure du Québec jugeait récemment que « dans le contexte du particularisme du système bancaire canadien » la référence faite dans un billet promissoire, à un taux préférentiel « tombe précisément sous l'exception à laquelle se référerait l'honorable juge Beetz dans l'affaire susdite »⁸⁰ et n'en affecte pas la négociabilité.

La Cour d'appel du Nouveau Brunswick a souligné dans l'affaire de *Zed et al v. National Bank of Canada*⁸¹ qu'il fallait se garder d'appliquer aux situations de taux variables l'arrêt *MacLeod Savings & Credit Union*; la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick y souligne une différence importante

77. *National Bank of Canada v. Intracom Investments Ltd.*, (1986) 64 N.B.R. (2d) 351, p. 358; Au même effet: *Royal Bank of Canada v. Reed and Wakefield Construction Ltd.*, (1983) 2 W.W.R. 419, p. 422.

In the case at bar, the incorporation by reference of the Royal Bank of Canada's prime lending rate does not in my view create such a degree of uncertainty as to unduly affect the currency of the note. The Royal Bank, I think it can be accepted, is a large national financial institution. It would not be difficult in my view for anyone holding a note such as the one given in the case at bar to go anywhere in Canada to any Royal Bank or any financial institution and there to quickly ascertain what that bank's prime lending rate was or is for any given time and thereby be able to determine the amount of interest payable on the note. The negotiability of the note therefore is not affected by the reference to the Royal Bank prime rate. The sum is « a sum certain » within the meaning of the Bills of Exchange Act.

78. (1981) 1 R.C.S. 78.

79. *Supra*, note 78, p. 86, 87.

80. *Banque de Montréal c. Herman*, *supra*, note 76, p. 15.

81. Non rapportée, 27 juin 1986, Cour d'appel, Fredericton, #169/85/CA.

entre les circonstances de la décision de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *MacLeod Savings & Credit Union* et celles qui se présentent à l'occasion d'un billet promissoire à taux préférentiel. Dans l'affaire *MacLeod*, le billet ne révélait pas la date de l'avance à compter de laquelle les intérêts devaient courir et il était loin d'être évident que n'importe quel preneur du billet aurait pu obtenir cette information. Au contraire, n'importe qui peut obtenir des renseignements relatifs sur les taux préférentiels des institutions financières canadiennes :

The « date of advance » in *MacLeod* may or may not be ascertainable depending on the availability of the information and the holder in due course may not have access to that information.

Exhibit P-8 is a copy of a document showing the National Bank's prime rate for the period in question and issued by the head office of the Bank with distribution to its branches across the country. As testified to by the manager of the Saint John branch of the Bank, while the respondent's prime rate will fluctuate in accordance with the Bank of Canada's prime rate it is nonetheless a fact ascertainable at anytime and at any branch of the Bank across this country by anyone. The constant manner with which the prime rate of the National Bank is established from time to time and the instant communication of it to all of its branches facilitate and secure access to that information by anyone.⁸²

Il est vrai qu'on trouve dans les notes élaborées du jugement de la Cour suprême, dans l'affaire *MacLeod*, une référence à des ouvrages majeurs en lettres de change où on donne comme exemple de « somme imprécise » au sens de la loi un billet payable avec « intérêt bancaire », c'est-à-dire avec intérêt à un taux fluctuant⁸³. Il faut dire que les précédents datant de plusieurs décennies ont été rendus dans un contexte où l'accessibilité des informations sur les taux n'était sans doute pas aussi grande qu'en 1987, alors que les institutions financières entrent quotidiennement, dans leur réseau informatisé de données accessible de partout, les détails relatifs au taux préférentiel. Il apparaît évident aussi que la simplification et l'uniformisation de l'approche des institutions financières à l'égard des taux d'intérêts, en adoptant un seul taux de base, à l'échelle du pays, contribuent à la négociabilité des billets portant intérêt à leur taux de base.

À l'encontre de la négociabilité d'un billet à taux variable, on a souligné avec justesse que dans le cas d'un billet promissoire non encore échu il est impossible de connaître le taux préférentiel pour le futur, tel qu'il variera jusqu'à échéance⁸⁴ : la « somme » pour laquelle promesse de payer a été

82. *Supra*, note 81, p. 4 des notes du juge Rice.

83. *Lamberton v. Aiken*, (1899) L.R. 37 S.C. 138, p. 139.

84. M. DESCHAMPS, « Validité d'un billet portant intérêt au taux préférentiel d'une banque », (1982-1983) 17 *R.J.T.* 159, p. 163 ; suivant cet auteur un billet promissoire référant au taux préférentiel d'une banque ne serait pas un billet promissoire. *Supra*, note 72, p. 1283 les

donnée est à ce moment indéterminable. Cet argument important ne paraît pas avoir été discuté par les tribunaux.

Aux États-Unis on paraît tenir qu'un billet promissoire dans lequel la somme porte intérêt à un taux variable n'est pas un effet négociable⁸⁵. Ce facteur est important à considérer dans les situations où la négociabilité des instruments mis en circulation est un élément déterminant d'un financement.

7. L'hypothèque et le taux variable

Le prêt à taux d'intérêt variable peut être garanti par hypothèque. Il y a alors lieu de tenir compte de l'article 2044 du *Code civil du Bas-Canada* qui demande que le montant pour lequel l'hypothèque est consentie soit certain et déterminé par l'acte créant l'hypothèque.

Cet article 2044 limite la portée de l'article 2017 C.C.B.C. suivant lequel l'hypothèque assure le principal, les intérêts et les frais encourus. Le montant du droit de préférence créé pour le principal doit être certain et déterminé. Le montant du droit de préférence créé pour les intérêts doit être précisé ; si l'acte ne réfère pas aux intérêts, il n'emportera pas hypothèque pour ceux-ci⁸⁶. De même le montant du droit de préférence créé pour les frais doit être précisé ; si l'acte ne précise pas ce montant, l'hypothèque créée ne couvrira pas les frais⁸⁷.

Cette disposition a pour but de permettre aux tiers qui consultent les registres de se faire une idée précise sur la valeur en capital, en intérêt et en

auteurs trouvent désirable, compte tenu de la pratique bancaire moderne, qu'une référence au taux préférentiel ne fasse pas perdre à un billet son caractère de lettre de change mais concluent que

Until that is actually decided, however, the prudent course would be to avoid such clauses (référence au taux préférentiel) where negociability or the application of the act to the instrument is important.

85. *The Northern Trust Company v. E.T. Clancy Export Corporation*, 612 F. Supp. 712 (D.C. Ill. 1985) p. 715.

In these days of the floating prime and other fluctuating interest rates, a reference to an outside standard for the fixing of a rate of interest can render an instrument non negotiable.

J.W. EDMONDS, « Commercial paper, bank deposits and collections, and letters of credit », (1972) *The Business Lawyer*, 735, p. 736 ; Corpus Juris Secundum, sous Bills and Notes, Vol. 10, p. 564 note 106 au même effet ; les commentaires officiels sous l'article 3-106 U.C.C. énoncent que

« The computation must be one which can be made from the instrument itself without reference to any outside source, and this section does not make negotiable a note payable with interest "at current rate" ».

86. *Duchesne v. Lefavre*, (1921) 30 B.R. 10.

87. *Morin v. Daly*, (1892) 4 R.J.R.Q. 493, p. 494 ; *The Standard Loan Co. v. Daucher*, (1913) 19 R.L. 196, p. 197.

frais encourus du droit de préférence que pourra exercer le créancier titulaire de l'hypothèque⁸⁸, compte tenu de l'article 2124 C.C.B.C. suivant lequel l'enregistrement de l'hypothèque conserve le droit de préférence pour deux années d'intérêt et ceux de l'année courante. Les objectifs poursuivis par le législateur s'apparentent à ceux poursuivis par la *Loi sur les lettres de change* dans son exigence de précision à l'égard de la somme et, en ce sens, l'interprétation judiciaire à l'égard de l'exigence législative devrait être la même dans les deux cas.

Dans le cas de prêts à taux fixe il a toujours été admis que la simple référence à ce taux fixe suffisait pour établir le montant d'une manière certaine et déterminée puisqu'un simple calcul fait voir ce qu'est ce montant. Qu'en est-il lorsque le taux d'intérêt est variable ?

Afin de contourner la difficulté que représente le taux préférentiel dans le contexte de l'article 2044 C.C.B.C., depuis longtemps, la pratique est à l'effet d'isoler les clauses de l'acte qui forment l'engagement de payer l'intérêt au taux préférentiel de celles qui créent l'hypothèque et qui précisent la somme pour laquelle elle est consentie. À cette fin une hypothèque additionnelle pour un montant déterminé est créée aux fins d'assurer le paiement des intérêts variables; une autre méthode consiste à stipuler à l'acte d'hypothèque, au niveau de l'établissement de la somme pour laquelle elle est consentie, un taux fixe d'intérêt. De la sorte les exigences de l'article 2044 du *Code civil du Bas-Canada* sont respectées et la volonté des parties de recourir au taux variable accommodée⁸⁹. Encore faut-il que la rédaction soit suffisamment précise; une simple mention, dans la clause d'hypothèque additionnelle, que celle-ci garantit « toutes les obligations de l'emprunteur » serait insuffisante pour garantir l'obligation de payer les intérêts à un taux préférentiel; ainsi en a décidé la Cour d'appel dans l'affaire de *Jormida Investments Ltd. c. Dolarmeaux Development Inc.*⁹⁰.

Cette pratique de ne pas référer à un taux variable au niveau de la formulation du montant pour lequel l'hypothèque est consentie s'est imposée du fait que le *Code civil du Bas-Canada* ne comporte aucune indication à l'effet que le mot « somme » à l'article 2044 ne vise que le capital. Le fait que par contraste l'article 2017 réfère spécifiquement au « capital » et à l'« intérêt » ne constitue pas un argument convainquant à cet effet. La Cour d'appel du

88. *O'Leary v. Francis*, (1897) 12 C.S. 243, p. 252.

89. Y. DESJARDINS « Hypothèque à taux variable », (1982-1983) 17 *R.J.T.* 325; R. VAILLANCOURT, « Quelques aspects de la loi sur l'intérêt », (1980) *C.P. du N.* 181, p. 198.

90. Non rapportée, C.A.M. n° 500-09-000731-810, 9 janvier 1984, p. 4 et 5 jugement; cet aspect du jugement et l'interprétation restrictive faite par la Cour d'appel de la clause d'hypothèque additionnelle a été critiquée: Y. DESJARDINS, *supra*, note 89, p. 331-332.

Québec l'a rejetée dans l'affaire précitée de *Jormida Investments Ltd. c. Dolarmeaux Development Inc.*⁹¹ en établissant clairement le principe suivant lequel le mot « somme » à l'article 2044 couvre aussi bien l'intérêt que le capital. Dans cette affaire, un solde de prix de vente portait intérêt au taux préférentiel d'une certaine banque et l'acte de vente créait une hypothèque pour garantir le paiement de ce solde, en capital et en intérêt. La cour invalida l'hypothèque dans la mesure où elle couvrait les intérêts, jugeant qu'une simple référence au taux préférentiel de la banque prêteuse n'établissait pas d'une manière assez certaine et déterminée la somme pour laquelle l'hypothèque garantissait les intérêts⁹².

8. Taux variable et recouvrement

« Le jugement portant condamnation doit être susceptible d'exécution », énonce l'article 469 du *Code de procédure civile*.

Ce principe soulève deux difficultés à l'égard de prêts portant intérêt au taux préférentiel. Une première a trait à la preuve de la quotité des intérêts jusqu'au moment de la prise de l'action en justice ; la seconde est relative aux intérêts courus depuis la prise de l'action — ou depuis l'audition de la preuve jusqu'à l'exécution du jugement.

Le taux préférentiel d'une institution financière, quoiqu'il soit régulièrement annoncé et publié, n'est pas une chose de commune renommée et le tribunal n'en a pas connaissance judiciaire. Il doit être prouvé et cette preuve incombe au prêteur. Si preuve n'en est pas faite, le prêteur n'aura droit qu'à des intérêts calculés au taux légal⁹³. La Cour d'appel a déjà refusé permission de présenter en appel la preuve des taux pertinents qui n'avait pas été faite en première instance : il ne s'agirait pas d'une preuve « nouvelle » que l'article 523 C.P.C. autorise la Cour d'appel à permettre⁹⁴.

91. C.A.M. n° 500-09-000731-810, 9 janvier 1984.

92. *Supra*, note 91, p. 4 et 5. Le jugement de la Cour d'appel ne fait pas état de l'opinion de C. Demers (*Droit civil*, Wilson & Lafleur, t. 14, p. 249) suivant lequel il pourrait suffire que la somme soit déterminable à l'aide d'éléments indiqués au contrat. M^c R. Vézina, « Théorie juridique de la monnaie », (1941) 1 *R. du B.* 66, p. 68, note 2, s'exprimait également en ce sens. Il faut souligner que notre article 2044 ne reproduit pas cette partie de l'article 2132 du *Code civil français* qui réfère expressément à cette possibilité.

93. *Société des alcools du Québec c. Développements Iberville Ltée*, J.E. 85-722 (C.A.). *Goldenhar c. Comcap Factors Inc.*, 7 déc. 1982, C.A.M. n° 500-09-001548-783, p. 6.

94. *Société des alcools du Québec c. Développements Iberville Ltée*, *supra*, note 93, p. 9 des notes de M. le juge McCarthy.

Cette preuve du taux variable doit donc être faite jusqu'au moment de la prise de l'action⁹⁵. Rien semble-t-il ne devrait empêcher que cette preuve démontre la quotité du taux non seulement jusqu'au moment de la prise d'action mais aussi jusqu'à l'audition, lors de la présentation de la preuve.

Pour ce qui regarde les intérêts à courir depuis ce moment, le prêteur dispose d'un choix : ou bien il demande que soit faite réserve de son droit aux intérêts pour l'avenir⁹⁶ ou bien ces intérêts lui sont accordés au taux légal de cinq pour cent⁹⁷. De manière à éviter la perte des intérêts qui pourraient s'accumuler après le prononcé du jugement, le praticien prudent pourra donc demander, dans les conclusions de son action, à ce que la Cour lui réserve le droit de réclamer ultérieurement ces intérêts. Une telle demande est habituellement accordée par nos tribunaux.

À compter de la date du jugement, il ne saurait actuellement être question, pour nos tribunaux d'accorder d'autres intérêts que ceux prévus au taux légal, possiblement majoré par l'indemnité additionnelle stipulée par la loi car, autrement, cette condamnation ne serait pas exécutoire.

En effet, si une telle condamnation était prononcée, il reviendrait à l'officier chargé d'émettre le bref d'exécution de se prononcer sur les taux d'intérêt applicable, vu les variations du marché. La décision de cet officier pourrait nécessiter une interprétation judiciaire, ce qui serait susceptible de donner naissance à un nouveau litige. En ce sens, l'article 469 C.P.C. ne serait donc pas respecté.

Conclusions

Les différentes règles de droit relatives à la détermination de l'étendue des engagements d'un débiteur et relatives à la précision que doivent avoir les termes de la convention qui précise ces engagements, s'accommodent assez bien de la pratique des taux variables. Ou bien elles permettent que l'entente intervenue stipule purement et simplement un taux variable ou bien elles permettent d'atteindre le résultat voulu par les parties par l'emploi d'une technique particulière, c'est le cas comme on l'a vu du prêt hypothécaire à taux préférentiel.

95. *Fédération des producteurs de cultures commerciales du Québec c. Deschamps*, J.E. 84-34 (C.C.P.), p. 5; *La Banque Mercantile du Canada c. Y. Germain Inc.*, (1984) C.S. 856, p. 862, p. 867.

96. *Banque Fédérale de Développement c. Serres R. Cossan Inc.*, J.E. 82-690 (C.S.), p. 3; *Banque de Montréal c. Gamma Inc.*, J.E. 83-548 (C.S.).

97. Voir jurisprudence citée sous note 71.

Les litiges survenus relativement à la portée des engagements d'un prêteur qui avance des fonds à un taux préférentiel ont jeté un éclairage sur le sens de cette dernière expression et ont amené les institutions prêteuses à en modifier la définition afin de diminuer les ambiguïtés qui pourraient avoir cours sur la portée de ces engagements.

Un contentieux subsiste relativement à l'application de la *Loi sur les lettres de change* aux documents à taux préférentiel. Il est pour l'instant incertain qu'un billet promissoire portant intérêt au taux préférentiel d'une institution soit négociable et, plus généralement, qu'il soit considéré comme un document régi par la *Loi sur les lettres de change*.

Par ailleurs, nos tribunaux accueilleront une réclamation au niveau des intérêts calculés suivant un taux préférentiel, à tout le moins en ce qui concerne la partie de ces intérêts échus au moment de l'enquête. Bien entendu, ces intérêts devront être spécifiquement réclamés, et le demandeur aura le fardeau de faire la preuve du taux préférentiel applicable en pareil cas. À défaut d'une telle preuve, nos tribunaux ne pourront accorder plus que le taux d'intérêt légal.

De manière à éviter la perte des intérêts qui pourraient s'accumuler après le prononcé du jugement, le praticien prudent pourra demander, dans les conclusions de son action, à ce que la Cour lui réserve le droit de réclamer ultérieurement ces intérêts. Une telle demande est habituellement accordée par nos tribunaux⁹⁸.

Voilà encore l'exemple d'une technique ou méthode qui s'accommode bien de la pratique des taux variables...

98. *Banque Fédérale de Développement c. Serres R. Cassan Inc.*, J.E. 82-690 (C.S.). *Banque de Montréal c. Gamma Inc.*, C.S. Mingan, n° 650-05-000295-017; C.A.Q. n° 200-09-358835.