

**New Solutions Financial Corporation** *Appellant*

v.

**Transport North American Express Inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. v. NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.**

**Neutral citation: 2004 SCC 7.**

File No.: 29355.

2003: October 16; 2004: February 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Interest — Criminal rate — Illegality — Severability — Section 347 of Criminal Code prohibiting effective annual interest rate in excess of 60 percent — Contract found to contravene prohibition — Offending interest rate read down so that contract provided for maximum legal rate of interest — Whether “notional severance” available as remedy in cases arising under s. 347 — Whether application of notional severance appropriate in this case — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.*

The appellant and the respondent entered into a credit agreement pursuant to which the appellant advanced the respondent the sum of \$500,000. A commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed and provided for the following payments: (a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears; (b) a monthly monitoring fee of \$750; (c) a one percent standby fee; (d) royalty payments of \$160,000 in eight quarterly installments; (e) payment of legal and other fees; and (f) a commitment fee of \$5,000. In addition to the commitment letter, the parties executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note, a general security agreement and personal guarantees of the indebtedness for up to \$500,000. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. The application judge granted the respondent's application for a declaration that the agreement contained an interest

**New Solutions Financial Corporation** *Appelante*

c.

**Transport North American Express Inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : TRANSPORT NORTH AMERICAN EXPRESS INC. c. NEW SOLUTIONS FINANCIAL CORP.**

**Référence neutre : 2004 CSC 7.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29355.

2003 : 16 octobre; 2004 : 12 février.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Contrats — Intérêt — Taux criminel — Illégalité — Divisibilité — Prohibition par l'art. 347 du Code criminel des taux d'intérêt annuels effectifs dépassant 60 pour 100 — Contrat jugé contraire à cette prohibition — Réduction du taux d'intérêt illégal prévu par le contrat pour que celui-ci prévoit le taux d'intérêt maximum autorisé par la loi — La « divisibilité fictive » peut-elle être utilisée comme réparation en cas de contraventions à l'art. 347? — Convient-il d'appliquer la divisibilité fictive en l'espèce? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347.*

L'appelante et l'intimée ont conclu une convention de crédit par laquelle la première a avancé à la seconde la somme de 500 000 \$. Les parties ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d'engagement prévoyant les paiements suivants : a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance; b) des frais de surveillance de 750 \$ par mois; c) un droit d'usage de 1 pour 100; d) des redevances de 160 000 \$ payables en huit versements trimestriels; e) le paiement des honoraires d'avocat et d'autres frais; f) une commission d'engagement de 5 000 \$. En plus de la lettre d'engagement, les parties avaient signé une convention d'affacturage, un billet et une convention de garantie générale, et des garanties personnelles avaient été accordées, à l'égard de la dette, jusqu'à concurrence de 500 000 \$. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d'affacturage. Le juge de première

component that contravened s. 347 of the *Criminal Code* and applied “notional severance” to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The majority of the Court of Appeal allowed the respondent’s appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2).

*Held* (Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ.: The various payments made by the respondent, with the exception of any portion of the payments relating to repayment of principal, satisfy the definition of “interest” in s. 347(2) and cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*. Notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347. The traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347. Instead, judicial discretion should be employed and a spectrum of remedies is available. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract — exploitive loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved. If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such rewording alters the agreement of the parties, the question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The “blue-pencil” technique may not necessarily achieve that result. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the

instance a prononcé, en faveur de l’intimée, un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l’intérêt prévues par la convention contrevenaient à l’art. 347 du *Code criminel* et il a appliqué la « divisibilité fictive » (« *notional severance* ») afin de réduire le taux d’intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l’art. 347. La Cour d’appel à la majorité a accueilli l’appel interjeté par l’intimée et a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, mais elle n’a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100.

*Arrêt* (les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*Les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel* : Les divers paiements effectués par l’intimée, à l’exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d’« intérêt » au par. 347(2) et, globalement, donne un taux d’intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*. Les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l’art. 347. La règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n’est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l’art. 347. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et puiser parmi l’éventail des réparations dont ils disposent. À une extrémité du spectre des réparations disponibles, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement — les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l’autre extrémité du spectre, on trouve les contrats qui, quoiqu’ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l’application de la doctrine de la divisibilité. Dans chaque cas, pour déterminer l’endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l’illégalité en cause. S’il s’agit d’une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d’intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s’il est admis, comme cela se doit, qu’une telle reformulation modifie la convention des parties, il ne reste qu’à choisir la technique appropriée d’application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l’illégalité tout en respectant, autant que faire se peut,

consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The application of notional severance to the agreement between the parties in this case was appropriate. Four considerations are relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract: (1) whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance; (2) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (3) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement; (4) the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall. Given that the present case involved a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than 60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(a) of the *Code*. The other considerations also militate in favour of a flexible remedy. There is no evidence on the record to suggest that the appellant has been charged with violating s. 347(1)(a). The contract was entered into for ordinary commercial purposes and there was nothing inherently illegal or evil about this intention. With respect to the third factor, each party in this case had independent legal advice, was commercially experienced and knew what it was getting into. Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from the respondent possibly not having to repay the principal and interest, or from the respondent possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent legal advice and knew precisely the obligations that it was taking on, the equities of the situation favour the appellant.

*Per* Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The well-established “blue-pencil” remedy applied in the Court of Appeal respects the trial judge’s findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with

l’intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du « trait de crayon bleu » ne permet pas nécessairement d’obtenir ce résultat. Le changement apporté au moyen de cette technique modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l’intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l’application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l’intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

L’application de la divisibilité fictive à la convention des parties en l’espèce était bien fondée. Quatre facteurs sont pertinents pour décider si aucune considération d’ordre public n’empêche le tribunal d’ordonner l’exécution partielle d’une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l’illégalité du contrat : (1) la question de savoir si l’application de la divisibilité compromettrait l’objectif ou la politique générale visé par l’art. 347; (2) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante; (3) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (4) la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie. Comme il s’agissait en l’espèce d’une opération commerciale conclue par des parties possédant l’expérience des affaires et ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l’al. 347(1)a) du *Code*. Les autres facteurs militent eux aussi en faveur de l’application d’une réparation souple. Rien au dossier n’indique que l’appelante a été accusée d’avoir enfreint l’al. 347(1)a). Il s’agissait d’un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires et l’intention des parties n’avait fondamentalement rien d’illégal ou de malveillant. Relativement au troisième facteur, il convient de signaler que chaque partie a consulté ses propres avocats, avait l’expérience des affaires et savait dans quoi elle s’engageait. Enfin, seule l’intimée pourrait en l’espèce être la bénéficiaire d’un profit injustifié, du fait qu’elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu’elle pourrait être dispensée de payer, à l’égard du prêt, un taux d’intérêt approprié d’un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu’elle contractait, du point de vue de l’équité la situation est favorable à l’appelante.

*Les* juges Deschamps et Fish (dissidents) : La réparation bien établie du « trait de crayon bleu » appliquée par la Cour d’appel respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit

established principle. The trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as “notional severance”. Even on the assumption that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347 of the *Code*, notional severance should be permitted only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or “blue-pencil severance” — is impracticable or would occasion an unjust result. Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. Unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Code* or require a judicial rewriting of the interest clause agreed to, as such, by the parties. It appears neither “artificial” nor “arbitrary” to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party. This solution still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum. Further, it appears that all four relevant considerations, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge. The effect of the trial judge’s decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to “willing” borrowers who cannot otherwise obtain a loan. They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Code*.

*Per* Bastarache J. (dissenting): Severance in the traditional sense, not “notional severance”, should be the remedy available in these circumstances. There is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision. Although both approaches interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a considerable cost and

un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus. Le juge de première instance a à tort forcé les règles d’équité reconnues en utilisant ce qu’il a appelé la « divisibilité fictive ». Même en acceptant l’hypothèse que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l’art. 347 du *Code*, le recours à la divisibilité fictive ne devrait être autorisé que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d’ordre public ne requiert que l’accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n’est pas faisable ou produirait un résultat injuste. En l’espèce, à la lumière des faits constatés par le juge de première instance, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l’est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu’elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d’intérêt général visés par l’art. 347 du *Code* ni ne requiert du tribunal qu’il réécrive la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties. Il n’apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d’intérêt criminel, convenu au titre de l’intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l’intérêt et non considérés comme de l’intérêt par l’une ou l’autre des parties. Cette solution permet malgré tout à l’appelante d’obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année. De plus, il semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations pertinentes militent en faveur de la réparation appliquée par la Cour d’appel et contre celle retenue par le juge de première instance. La décision de ce dernier a eu pour effet de forcer indûment les principes d’équité et d’envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l’argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d’autre. Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu’ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l’art. 347 du *Code*.

*Le* juge Bastarache (dissident) : La réparation ouverte dans les présentes circonstances est la divisibilité, au sens traditionnel, et non la « divisibilité fictive ». Il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d’un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d’un contrat. Quoique les deux méthodes modifient d’une certaine manière l’intention des parties, la souplesse accrue que permet la

it is not supported by any principle of contract law. By contrast, the severance doctrine is a long-standing one. The “blue-pencil” test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Code* to strike out offending interest provisions. Moreover, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by the majority to the criminal rate of interest and other illegal provisions would be open to judicial redrafting. The availability of “notional severance” as a remedy creates greater uncertainty in the law. Under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties’ agreement and by doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties.

The approach taken by the majority in this case is also inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, where the Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments were made. Under the majority’s approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Code* and this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. In addition, there do not appear to be compelling reasons to depart from well-established precedent in this case.

Lastly, clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement reflects the parties’ own intentions as to remedy. It cannot be said that the wording of the clause anticipates — still less, provides for — notional severance. In view of the plain meaning of clause 9.1, counsel’s concession as to the intention of the parties, and the letter sent by the appellant’s solicitor to the respondent three weeks after the commitment letter was signed, the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties’ own intentions and notional severance is not.

### Cases Cited

By Arbour J.

**Applied:** *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis v.*

reformulation s’accompagne toutefois d’un coût considérable et aucun principe du droit des contrats n’étaye le recours à cette méthode. À l’opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. Le test du « trait de crayon bleu » a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l’art. 347 du *Code* afin de supprimer des clauses relatives à l’intérêt contraires à la loi. Qui plus est, il n’existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d’appliquer seulement aux taux d’intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle souscrit la majorité, ce qui signifie que d’autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. La possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. La divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d’ajouter des mots nouveaux à la convention des parties et, ce faisant, de substituer leur volonté à celle des parties.

L’analyse adoptée par les juges majoritaires en l’espèce est incompatible avec celle retenue dans l’arrêt *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, où notre Cour a interprété largement la définition d’intérêt afin d’empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. La démarche retenue par la majorité permettrait au créancier d’échapper aux conséquences des mesures qu’il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d’intérêt au taux maximum permis par le *Code*. Cette approche est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l’idée de dissuasion. De plus, il ne semble y avoir ici aucune raison impérieuse d’écarter une jurisprudence bien établie.

Enfin, la clause 9.1 de la convention d’affacturation reflète l’intention des parties en ce qui a trait à la réparation. Il est impossible d’affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu’elle pourvoyait à son application. Vu le sens clair de cette clause, la concession de l’avocat quant à l’intention des parties et la lettre expédiée par l’avocat de l’appelante à l’intimée trois semaines après la signature de la lettre d’engagement, la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d’appel est tout à fait compatible avec l’intention des parties, alors que la divisibilité fictive ne l’est pas.

### Jurisprudence

Citée par la juge Arbour

**Arrêt appliqué :** *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Kocotis*

*D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678; *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

By Fish J. (dissenting)

*William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

By Bastarache J. (dissenting)

*Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk v. Oshaneck*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 347.

#### Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.  
 Marsh, Norman S. "The Severance of Illegality in Contract" (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.  
 Ziegel, Jacob S. "Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188.  
 Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

*c. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678; *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1, conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1; *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55.

Citée par le juge Fish (dissident)

*William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916; *Hasiuk c. Oshaneck*, [1936] 1 D.L.R. 232; *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438; *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 347 [mod. 1992, ch. 1, art. 60, ann. 1, art. 25].

#### Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.  
 Marsh, Norman S. « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.  
 Ziegel, Jacob S. « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188.  
 Ziegel, Jacob S. « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 60 O.R. (3d) 97, 214 D.L.R. (4th) 44, 160 O.A.C. 381, 27 B.L.R. (3d) 163, 6 R.P.R. (4th) 1, [2002] O.J. No. 2335 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 54 O.R. (3d) 144, 200 D.L.R. (4th) 560, 16 B.L.R. (3d) 148, [2001] O.J. No. 1948 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents.

*Peter J. Cavanagh and Eric N. Hoffstein, for the appellant.*

*Robert G. Ackerman, for the respondent.*

The judgment of Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

### I. Overview

In March 2000, the appellant, New Solutions Financial Corp. (“New Solutions”), and the respondent, Transport North American Express Inc. (“TNAE”), entered into a credit agreement pursuant to which New Solutions advanced TNAE the sum of \$500,000. In addition to various other fees and charges, the agreement provided for interest to be paid at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears. By all accounts, the various payments called for by the agreement constituted a “criminal rate” of interest as defined in s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “Code”). The payments soon became too onerous for TNAE to meet, and the company applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an illegally high rate of interest and should not be enforced.

The application judge, Cullity J., ruled that he was not confined to the so-called “blue-pencil” approach to severance in dealing with the statutory illegality of the contract, whereby only discrete illegal promises could be excised. Using “notional severance”, he read down the offending interest rate so the contract provided for the maximum legal rate of interest: (2001), 54 O.R. (3d) 144.

Upon appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A., for the majority, concluded that the doctrine of severance only permits the striking of distinct promises from a contract: (2002), 60 O.R. (3d) 97. He reversed the application judge’s finding

*Peter J. Cavanagh et Eric N. Hoffstein, pour l’appelante.*

*Robert G. Ackerman, pour l’intimée.*

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel rendu par

LA JUGE ARBOUR —

### I. Vue d’ensemble

En mars 2000, l’appelante, New Solutions Financial Corp. (« New Solutions »), et l’intimée, Transport North American Express Inc. (« TNAE »), ont conclu une convention de crédit par laquelle New Solutions a avancé à TNAE la somme de 500 000 \$. En plus de certains droits, honoraires et autres frais, la convention prévoyait le paiement d’intérêts au taux mensuel de 4 pour 100, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance. Tous s’accordent pour dire que les divers paiements prévus par la convention constituaient un « taux criminel » au sens de l’art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « Code »). Les paiements sont rapidement devenus trop lourds pour TNAE, qui a alors demandé à la Cour supérieure de justice de l’Ontario un jugement déclaratoire portant que la convention prévoyait un taux d’intérêt illégalement élevé et était inexécutoire.

Le juge Cullity, qui a entendu la demande de jugement déclaratoire, a estimé que, en matière de divisibilité, il n’était pas tenu d’appliquer uniquement la technique du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* ») pour remédier aux contrats illégaux du fait de la loi, technique qui permet seulement d’exciser certains engagements illégaux autonomes. Recourant à la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), il a réduit le taux d’intérêt illégal pour que le contrat fixe le taux d’intérêt maximum autorisé par la loi : (2001), 54 O.R. (3d) 144.

Au terme de l’appel de cette décision à la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Rosenberg a conclu, au nom des juges majoritaires, que la doctrine de la divisibilité permettait uniquement de retrancher des engagements distincts dans un contrat : (2002),

1

2

3

that notional severance was an available remedial instrument. Rosenberg J.A. found that it was appropriate to strike out or blue-pencil the provision calling for interest at four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, leaving the balance of the agreement to be enforced in accordance with its terms. Sharpe J.A., agreeing with the reasons of Cullity J., dissented.

4 There is broad consensus that the traditional rule that contracts in violation of statutory enactments are void *ab initio* is not the approach courts should necessarily take in cases of statutory illegality involving s. 347 of the *Code*. Instead, judicial discretion should be employed in cases in which s. 347 has been violated in order to provide remedies that are tailored to the contractual context involved. The primary issue in this appeal by New Solutions is whether notional severance, as formulated and applied by Cullity J., is valid in Canadian law and applicable here.

5 Given the desirability of remedial flexibility in cases of statutory illegality arising in connection with s. 347 of the *Code*, the evolving nature of the law regarding statutory illegality generally and the sound policy basis in which the concept is rooted, I find that notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347.

6 A spectrum of remedies is available to judges in dealing with contracts that violate s. 347 of the *Code*. The remedial discretion this spectrum affords is necessary to cope with the various contexts in which s. 347 illegality can arise. At one end of the spectrum are contracts so objectionable that their illegality will taint the entire contract. For example, exploitive loan-sharking arrangements and contracts that have a criminal object should be declared void *ab initio*. At the other end of the spectrum are

60 O.R. (3d) 97. Il a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les tribunaux pouvaient recourir à la divisibilité fictive comme technique réparatrice. Le juge Rosenberg a estimé qu'il convenait de retrancher ou de rayer au trait de crayon bleu la clause prévoyant le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, tout en permettant l'exécution du reste de la convention conformément aux modalités y stipulées. Le juge Sharpe a exprimé sa dissidence, souscrivant plutôt aux motifs du juge de première instance Cullity.

Il est généralement admis que la règle traditionnelle de la nullité *ab initio* des contrats qui contreviennent à un texte de loi n'est pas la solution que les tribunaux devraient nécessairement privilégier en cas de violations de l'art. 347 du *Code*. Dans de tels cas, ceux-ci devraient plutôt exercer leur pouvoir discrétionnaire et accorder des réparations adaptées à la situation contractuelle concernée. La principale question dans le présent pourvoi interjeté par New Solutions consiste à décider si la divisibilité fictive, telle que l'a formulée et appliquée le juge Cullity, est une solution valide en droit canadien et si elle s'applique en l'espèce.

Vu la souplesse qu'il est souhaitable de reconnaître aux tribunaux en matière de réparations dans les affaires d'illégalité fondées sur l'art. 347 du *Code*, et vu aussi le caractère évolutif du droit relatif aux illégalités du fait de la loi en général et les principes judiciaires sur lesquels repose ce concept, j'estime que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347.

Les juges disposent d'un éventail de réparations lorsqu'ils examinent des contrats contrevenant à l'art. 347 du *Code*. Le pouvoir discrétionnaire que représente ce spectre de réparations est nécessaire pour permettre aux juges de façonner des solutions adaptées aux différentes situations contractuelles dans lesquelles peuvent se présenter les contraventions à l'art. 347. À une extrémité de ce spectre, on trouve les contrats qui sont à ce point répréhensibles que leur illégalité les invalide entièrement. Par

contracts that, although they do contravene a statutory enactment, are otherwise unobjectionable. Contracts of this nature will often attract the application of the doctrine of severance. The agreement in this case is an example of such a contract. In each case, the determination of where along the spectrum a given case lies, and the remedial consequences flowing therefrom, will hinge on a careful consideration of the specific contractual context and the illegality involved.

The application judge in this case found that (i) the agreement between New Solutions and TNAE only inadvertently violated s. 347; (ii) the parties were experienced in commercial matters and negotiated at arm's length; (iii) there was no evidence that they did not have equal bargaining power; and (iv) they each had the benefit of independent legal advice in the course of the negotiations leading to the agreement. Consequently, the application of notional severance to the agreement between New Solutions and TNAE in this case by Cullity J. was appropriate. I would allow the appeal.

## II. Facts

For the relevant time period, TNAE was in the business of expedited freight trucking. Ken and Karen Dragosits were shareholders in TNAE and actively involved in the operation of its business. Prior to the end of 1999, other shareholders held a 50 percent interest in TNAE. A corporation connected to these other shareholders provided TNAE the funds needed for the firm's working capital. A demand was made by this other corporation for the repayment of the funds owed to it by TNAE. The Dragosits and TNAE decided to search out a source for the means to repay the indebtedness.

The Dragosits sought financing from BDO Capital, now the appellant, New Solutions, to enable TNAE to repay its indebtedness and for the other

exemple, les arrangements de prêt usuraire abusifs et les autres contrats ayant un objet criminel devraient être déclarés nuls *ab initio*. À l'autre extrémité, on trouve les contrats qui, quoiqu'ils contreviennent à un texte de loi, ne sont par ailleurs pas répréhensibles. Les contrats de cette nature entraînent souvent l'application de la doctrine de la divisibilité. La convention en cause dans la présente affaire est un exemple d'un tel contrat. Dans chaque cas, pour déterminer l'endroit où se situe une affaire donnée sur ce spectre et les conséquences qui en découlent du point de vue de la réparation, il faut procéder à un examen minutieux du contexte contractuel précis et de l'illégalité en cause.

En l'espèce, le juge de première instance a tiré les conclusions suivantes : (i) la convention intervenue entre New Solutions et TNAE ne contrevient à l'art. 347 qu'en raison d'une inadvertance; (ii) les parties avaient de l'expérience des affaires et avaient négocié sans lien de dépendance; (iii) aucune preuve n'indiquait qu'elles n'avaient pas négocié d'égal à égal; (iv) chacune avait consulté son propre conseiller juridique durant les négociations ayant abouti à la convention. Par conséquent, la décision du juge Cullity d'appliquer la divisibilité fictive à la convention conclue par New Solutions et TNAE en l'espèce était bien fondée. J'accueillerais le pourvoi.

## II. Les faits

Au cours de la période pertinente, TNAE faisait du transport routier de marchandises. Ken et Karen Dragosits étaient actionnaires de TNAE et participaient activement à l'exploitation de l'entreprise. Avant la fin de 1999, d'autres actionnaires détenaient une participation de 50 pour 100 dans TNAE. Une société à laquelle étaient liés ces autres actionnaires fournissait à TNAE les sommes nécessaires au titre du fonds de roulement de l'entreprise. Cette autre société a demandé à TNAE de lui rembourser les sommes qu'elle lui devait. Les Dragosits et TNAE ont décidé de rechercher une source de financement qui leur permettrait de rembourser les dettes de l'entreprise.

Les Dragosits se sont adressés à BDO Capital, devenue depuis New Solutions, l'appelante, pour obtenir le financement propre à permettre à TNAE

7

8

9

shareholders in TNAE to be bought out. The parties eventually entered into an agreement that contained a high rate of interest and also significant other fees and charges. The costly nature of the loan for TNAE no doubt reflected the high risk New Solutions was taking on in making the funds available.

10 Before arriving at their agreement, New Solutions expressed interest in acquiring a 30 percent equity interest in TNAE in conjunction with the contemplated credit facility. The Dragosits resisted this as they wished to be the sole shareholders of TNAE. In lieu of surrendering an equity interest, they agreed that New Solutions would receive a “royalty payment” of \$160,000, payable in eight quarterly installments, to reflect the approximate value of a 30 percent equity interest in TNAE.

11 In the negotiations leading up to the agreement, each party had the benefit of independent legal advice. On March 6, 2000, a commitment letter in respect of the proposed credit facility was signed by the Dragosits and provided for the following payments:

- (a) interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears;
- (b) a monthly monitoring fee of \$750;
- (c) a one percent standby fee;
- (d) royalty payments of \$160,000 in eight quarterly installments;
- (e) payment of legal and other fees; and
- (f) a commitment fee of \$5,000.

With the exception of the standby fee, all these payments were found by Cullity J. and by Rosenberg J.A. to constitute “interest” under s. 347(2) of the *Code*. Presumably, the standby fee was not included in the calculation of the effective interest rate because no standby fees were charged since the full credit facility of \$500,000 was drawn upon.

de rembourser ses dettes et de racheter la participation des autres actionnaires de TNAE. Les parties ont finalement conclu une convention prévoyant un taux d’intérêt élevé ainsi que des droits, honoraires et autres frais substantiels. Le caractère onéreux de l’emprunt pour TNAE reflétait sans aucun doute le risque élevé que prenait New Solutions en avançant les fonds à TNAE.

Avant que les parties ne concluent la convention de crédit envisagée, New Solutions s’est dit intéressée à acheter une participation de 30 pour 100 dans TNAE. Les Dragosits se sont opposés à cette demande, puisqu’ils souhaitaient être les uniques actionnaires de TNAE. Au lieu de céder une participation, ils ont accepté que New Solutions reçoive des [TRADUCTION] « redevances » de 160 000 \$, payables en huit versements trimestriels et reflétant la valeur approximative d’une participation de 30 pour 100 dans TNAE.

Au cours des négociations qui ont abouti à la convention, chaque partie a consulté ses propres avocats. Le 6 mars 2000, les Dragosits ont signé, relativement aux facilités de crédit proposées, une lettre d’engagement prévoyant les paiements suivants :

- a) des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance;
- b) des frais de surveillance de 750 \$ par mois;
- c) un droit d’usage de 1 pour 100;
- d) des redevances de 160 000 \$ payables en huit versements trimestriels;
- e) le paiement des honoraires d’avocat et d’autres frais;
- f) une commission d’engagement de 5 000 \$.

Le juge Cullity et le juge Rosenberg ont estimé que, à l’exception du droit d’usage, tous ces paiements constituaient des « intérêts » au sens du par. 347(2) du *Code*. La raison pour laquelle le droit d’usage n’a pas été pris en compte dans le calcul du taux d’intérêt effectif est vraisemblablement le fait qu’aucun paiement n’a été fait à ce titre parce que la somme de 500 000 \$ a été empruntée d’un seul coup.

By March 30, 2000, the parties had, in addition to the commitment letter, executed an accounts receivable factoring agreement, a promissory note and a general security agreement. The Dragosits also each executed personal guarantees of the indebtedness for up to \$500,000 plus interest at the rate of 30 percent per annum. From the outset, the parties had agreed to depart from the terms of the accounts receivable factoring agreement. On March 28, 2000, the solicitor for New Solutions wrote to the solicitor for TNAE and the Dragosits, confirming that the parties had agreed on March 27 that they would not strictly follow the terms of the accounts receivable factoring agreement unless New Solutions elected to exercise its rights under it. Instead, the understanding was that TNAE would borrow the full \$500,000 from New Solutions and pay the interest, fees and royalties as set out in the commitment letter. According to Cullity J., “the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility” (para. 5).

The principal amount of \$500,000 was advanced by New Solutions. At the outset, TNAE paid interest at the rate of four percent per month, calculated daily and payable monthly in arrears, as well as the other fees and charges, in general accordance with the terms of the commitment letter.

The various payments eventually became onerous, and TNAE sought legal advice regarding the repayment of the borrowed funds. TNAE then applied to the Ontario Superior Court of Justice for a declaration that the agreement contained an interest component that contravened s. 347 of the *Code*. It also sought an order that interest previously paid be returned.

On the basis of actuarial evidence, Cullity J. found that the effective interest rate on the loan, if it was repaid in full within two years, was 90.9 percent per annum. In itself, the promise to pay interest at four percent per month calculated daily, payable monthly in arrears, amounted to an effective annual

Au 30 mars 2000, les parties avaient signé, en plus de la lettre d’engagement, une convention d’affacturation, un billet et une convention de garantie générale. Chacun des époux Dragosits a également accordé, à l’égard de la dette, des garanties personnelles jusqu’à concurrence de 500 000 \$, assorties d’un taux d’intérêt de 30 pour 100 par année. Dès le départ, les parties ont convenu de déroger aux modalités de la convention d’affacturation. Le 28 mars 2000, l’avocat de New Solutions a confirmé par écrit à celui de TNAE et des Dragosits que, le 27 mars, les parties avaient convenu qu’elles n’observeraient pas strictement les modalités de la convention d’affacturation, à moins que New Solutions ne choisisse d’exercer les droits que lui conférait cette convention. En effet, les parties ont plutôt décidé que TNAE emprunterait à New Solutions la somme de 500 000 \$ en entier et lui paierait les intérêts, commissions, droits, frais, honoraires et redevances prévus par la lettre d’engagement. Selon le juge Cullity, [TRADUCTION] « l’idée d’affacturation a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable » (par. 5).

New Solutions a avancé le capital de 500 000 \$. Au début, TNAE a payé les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à échéance, ainsi que les droits, honoraires et autres frais, le tout d’une manière généralement conforme aux modalités de la lettre d’engagement.

Ces divers paiements sont finalement devenus trop lourds et TNAE a consulté un avocat au sujet du remboursement des fonds empruntés. TNAE a ensuite demandé à la Cour supérieure de justice de l’Ontario un jugement déclaratoire portant que les modalités relatives à l’intérêt de la convention contrevenaient à l’art. 347 du *Code*. Elle a également sollicité une ordonnance intimant la remise des intérêts déjà payés.

Se fondant sur la preuve actuarielle fournie, le juge Cullity a conclu que le taux d’intérêt effectif du prêt — en supposant que celui-ci soit remboursé entièrement dans un délai de deux ans — s’élevait à 90,9 pour 100 par année. À elle seule, la promesse de payer des intérêts de 4 pour 100 par mois,

12

13

14

15

interest rate of 60.1 percent. The remaining payments amounted to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

16 New Solutions originally denied that the agreement violated the *Code* but sought severance and rectification if it did. Cullity J. found that the agreement was in contravention of s. 347(1)(a) and applied “notional severance” to reduce the effective annual interest rate to 60 percent so the agreement would comply with s. 347. The Court of Appeal allowed TNAE’s appeal; it struck out the clause providing for interest at a rate of four percent per month calculated daily and payable monthly in arrears, and left in place the other payments, which amounted to an effective annual rate of 30.8 percent when computed as interest as *per* s. 347(2). New Solutions seeks the restoration of the decision of the application judge.

### III. Relevant Statutory Provisions

17 The pertinent text of the relevant provision of the *Criminal Code* is:

**347.** (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

(2) In this section,

“credit advanced” means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits

calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, équivalait à un taux d’intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100. Les autres paiements correspondaient à un taux d’intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

New Solutions a d’abord nié que la convention contrevenait au *Code*, mais elle a demandé que le tribunal applique la divisibilité et la rectification s’il y avait effectivement contravention. Le juge Cullity a conclu que la convention contrevenait à l’al. 347(1)a) et il a appliqué la « divisibilité fictive » afin de réduire le taux d’intérêt annuel effectif à 60 pour 100, de façon que la convention respecte l’art. 347. La Cour d’appel a accueilli l’appel interjeté par TNAE; elle a biffé la clause prévoyant les intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, mais elle n’a pas touché aux autres paiements, qui, suivant le par. 347(2), constituaient des intérêts et correspondaient à un taux annuel effectif de 30,8 pour 100. New Solutions demande le rétablissement de la décision du juge de première instance.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

Voici les passages pertinents de la disposition applicable du *Code criminel* :

**347.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas :

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable :

c) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines.

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« capital prêté » L’ensemble des sommes d’argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou

actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

“criminal rate” means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

“interest” means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

(7) No proceedings shall be commenced under this section without the consent of the Attorney General.

IV. Issue

Are judges in Canada permitted by law to exercise remedial discretion to partially enforce a contract contravening s. 347 of the *Code* by reading down interest rate provisions to avoid what would otherwise be illegality?

prestations effectivement prêtés ou qui doivent l’être dans le cadre d’une convention ou d’une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

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

« taux criminel » Tout taux d’intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d’intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu’à preuve du contraire, l’objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

(7) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général.

IV. Question en litige

Au Canada, le droit permet-il aux juges d’exercer leur pouvoir discrétionnaire de réparation et de donner partiellement effet à un contrat contraire à l’art. 347 du *Code* en réduisant le taux d’intérêt prévu par les clauses relatives au taux d’intérêt pour éliminer l’illégalité dont serait autrement entaché le contrat?

## V. Analysis

### A. *Illegality of the Contract*

19 The definition of “interest” in s. 347(2) is broad: see *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, at para. 28. The various payments made by TNAE, with the exception of any portion of the payments relating to the repayment of principal, satisfy the definition of “interest” as defined in s. 347(2). This includes the “royalty payments”. I agree with the courts below that the payments made by TNAE to New Solutions cumulatively amount to an interest rate in excess of that permitted by the *Code*.

### B. *The Doctrine of Illegality*

20 The Federal Court of Appeal’s decision in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549, provides a useful summary of the development of the doctrine of illegality, including a discussion of the development and evolution of the doctrine’s common law and statutory branches. In addressing the current state of the doctrine of illegality, Robertson J.A. remarked, at para. 12:

Law reform agencies have been quick to conclude that the law of illegality is in an unsatisfactory state . . . . There is a plethora of conflicting decisions and great uncertainty as to the principles which should be guiding the courts. Arguably, so many exceptions have been grafted on to the common law rule that illegal contracts are void *ab initio* that the validity of the rule itself is brought into question.

In light of the excellent treatment of the doctrine’s history by Robertson J.A. in *Still v. M.N.R.*, there would be little benefit to fully retracing the doctrine’s history here. Instead, given the evolving nature of this area of law, a very brief survey of some of the existing case law on the application of the doctrine of illegality will provide sufficient context for the finding in this case that notional severance is available as a discretionary remedy in cases where s. 347 has been violated.

## V. Analyse

### A. *L’illégalité du contrat*

Le terme « intérêt » est défini largement au par. 347(2) : voir *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, au par. 28. Les divers paiements effectués par TNAE, à l’exception de toute somme appliquée au remboursement du capital, correspondent à la définition d’« intérêt » au par. 347(2). Sont également visés les [TRADUCTION] « redevances » prévues par le contrat. Je souscris à la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle l’ensemble des paiements faits par TNAE à New Solutions donne un taux d’intérêt supérieur à celui autorisé par le *Code*.

### B. *La doctrine de l’illégalité*

L’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549, comporte un résumé utile de l’historique de la doctrine de l’illégalité, qui décrit notamment l’élaboration et l’évolution de deux volets de cette doctrine, à savoir les illégalités découlant de la common law et les illégalités du fait de la loi. Examinant l’état actuel de la doctrine de l’illégalité, le juge Robertson a fait les remarques suivantes au par. 12 :

Les organismes de réforme du droit ont été prompts à conclure que les règles de droit en matière d’illégalité laissent à désirer [. . .] Il existe une foule de décisions contradictoires sur les principes qui devraient guider les tribunaux, et l’incertitude est grande dans ce domaine. On peut soutenir que les exceptions qui se sont greffées à la règle de common law voulant qu’un contrat illégal soit nul *ab initio* sont si nombreuses que la validité de la règle elle-même est mise en question.

Vu cet excellent exposé du juge Robertson dans l’arrêt *Still c. M.R.N.*, il ne serait guère utile en l’espèce de refaire entièrement l’historique de la doctrine de l’illégalité. Au contraire, comme il s’agit d’un domaine du droit qui est en constante évolution, un très bref survol de la jurisprudence sur l’application de cette doctrine établira le contexte nécessaire pour étayer la conclusion que la divisibilité fictive est une réparation discrétionnaire applicable dans les affaires portant sur la violation de l’art. 347.

The historical common law approach to contractual illegality is reflected in the following passage of Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

[W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

In *Cope v. Rowlands*, the question surrounded whether an unlicensed broker could recover for the work that he had done for the defendant. The court concluded that the legal requirement (under threat of penalty) that brokers be licensed by the city of London implied a prohibition on work being done by unlicensed brokers. As a consequence, the contract was held to be void *ab initio* and the unlicensed broker was unable to enforce his claim for payment for the work that had been done. The Court of Appeal for Ontario denied recovery in a similar case involving an electrician seeking to recover for work done without possessing the appropriate class of licence: see *Kocotis v. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

The historical common law approach that contracts illegal under statute are void *ab initio* has been applied by this Court: see, e.g., *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, and more recently, *Neider v. Carda of Peace River District Ltd.*, [1972] S.C.R. 678. However, some time ago Canadian courts began to develop a more flexible approach to statutory illegality in contract, often severing the illegal provisions and enforcing the remainder. For example, in one of the earliest cases dealing with the application of s. 347 of the *Code*, *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), Huddart L.J.S.C. held that although the interest provisions of a mortgage were unenforceable, exceeding as they did the maximum effective interest rate permitted under s. 305.1 of the *Code*

L'analyse historique suivie en common law en matière d'illégalité contractuelle est décrite dans l'extrait suivant des motifs exposés par le baron Parke dans l'affaire *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710 :

[TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

Dans l'affaire *Cope c. Rowlands*, il s'agissait de décider si le demandeur, un courtier non agréé, pouvait obtenir, par voie judiciaire, le paiement du travail qu'il avait accompli pour le défendeur. Le tribunal a conclu que l'obligation faite par la loi aux courtiers (sous peine de sanction) d'être agréés par la ville de Londres signifiait qu'il était interdit aux personnes non agréées d'exercer les activités de courtier. Par conséquent, le tribunal a jugé que le contrat était nul *ab initio* et que le courtier non agréé ne pouvait demander aux tribunaux d'obliger le défendeur au paiement du travail fourni par le courtier. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'indemniser un électricien qui demandait le paiement de travaux qu'il avait exécutés sans posséder le permis approprié : voir *Kocotis c. D'Angelo* (1957), 13 D.L.R. (2d) 69.

La règle de longue date de la common law selon laquelle sont nuls *ab initio* les contrats illégaux du fait de la loi a été appliquée par notre Cour : voir, par exemple, l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, et, plus récemment, l'arrêt *Neider c. Carda de Rivière-la-Paix Ltée*, [1972] R.C.S. 678. Toutefois, il y a un certain nombre d'années, les tribunaux canadiens ont commencé à appliquer une solution plus souple en matière d'illégalité contractuelle du fait de la loi, bien souvent en retranchant les clauses illégales et en ordonnant l'exécution du reste du contrat. Par exemple, dans l'une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 du *Code*, *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), la juge locale Huddart a conclu que, en dépit du fait

(the predecessor to s. 347), the contract as a whole should not be held to be void *ab initio*. Her reasoning, at p. 104, was that although the section makes it an offence to receive interest at an illegal rate, the section did not seek to make associated collateral agreements (such as for the transfer of the real estate or the payment of the principal amount owing on the mortgage) void *ab initio*:

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions per se.

23

The same approach was taken by the Court of Appeal for Ontario in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Having considered s. 347 of the *Code*, the court in that case concluded that where an interest rate provided for in an agreement exceeds the 60 per cent statutory maximum, the interest rate provision of the contract may be severed without declaring the whole contract void.

24

In *Thomson*, at p. 8, Blair J.A. considered the following four factors in deciding between partial enforcement and declaring a contract void *ab initio*: (i) whether the purpose or the policy of s. 347 would be subverted by severance; (ii) whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention; (iii) the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching

que les clauses d'un prêt hypothécaire relatives aux intérêts étaient invalides parce que ceux-ci dépassaient le taux effectif maximal permis par l'art. 305.1 du *Code* (maintenant l'art. 347), il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité *ab initio* de l'ensemble du contrat. Selon le raisonnement exposé par la juge à la p. 104, bien que la disposition précisât que commet une infraction quiconque perçoit des intérêts à un taux illégal, cette disposition n'entendait pas rendre nulles *ab initio* les arrangements connexes (par exemple le transfert du bien immobilier ou le paiement du capital dû sur l'emprunt hypothécaire) :

[TRADUCTION] La plupart des Canadiens conviendraient que l'objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l'intérêt public. L'article 305.1 [maintenant l'art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n'interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu'une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n'impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s'engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi.

La Cour d'appel de l'Ontario a adopté la même analyse dans l'arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1. Dans cette affaire, après avoir examiné l'art. 347 du *Code*, la cour a conclu que, lorsque le taux d'intérêt prévu par une convention dépasse le taux maximal de 60 pour 100 autorisé par la loi, le tribunal peut retrancher la clause relative à l'intérêt sans prononcer la nullité de l'ensemble du contrat.

Dans l'arrêt *Thomson*, p. 8, le juge Blair a tenu compte des quatre facteurs suivants pour décider s'il devait déclarer le contrat nul *ab initio* ou ordonner son exécution partielle : (i) la question de savoir si l'application de la divisibilité compromettrait l'objectif ou la politique générale visé par l'art. 347; (ii) la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention

the agreement; and (iv) whether the debtor would be given an unjustified windfall. He did not foreclose the possibility of applying other considerations in other cases, however, and remarked (at p. 12) that whether “a contract tainted by illegality is completely unenforceable depends upon all the circumstances surrounding the contract and the balancing of the considerations discussed above and, in appropriate cases, other considerations”.

In *Trillium Computer Resources Inc. v. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (Ont. Div. Ct.), Conant J. entered summary judgment in favour of the plaintiff who had paid \$8,000 interest in consideration of credit extended by the defendant for eight days. In a brief judgment and without addressing the authorities on this point, Conant J. stated, at p. 2:

I am satisfied that an interest rate of over 3,000 % per annum, whether it be for credit and/or compensation for damages and other matters suffered by the Defendant, is a flagrant breach of s. 347 of the *Criminal Code* of Canada. This, in my view, is illegal and shall be returned to the Plaintiff less the maximum rate of 60% per annum allowed under the Code. [Emphasis added.]

This approach is similar to the one applied by Cullity J. and endorsed by Sharpe J.A. (in dissent at the Court of Appeal) in the present case.

In *Milani v. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, the Court of Appeal for Ontario applied the contextual approach endorsed by Blair J.A. in *Thomson*, *supra*. This case involved a \$32,000 loan with a term of 30 days. The contract provided for \$3,000 to be kept by the creditor in respect of the costs associated with the loan, and an 18 percent annualized interest rate to be paid on the full principal amount. McKinlay J.A. for the court held, at pp. 59-60 that:

malveillante; (iii) le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations; (iv) la question de savoir si le débiteur tirerait un profit injustifié de la solution choisie. Le juge Blair n'a toutefois pas écarté la possibilité d'examiner d'autres considérations dans d'autres affaires, soulignant (à la p. 12) que la réponse à la question de savoir si [TRADUCTION] « un contrat entaché d'illegalité est entièrement inexécutoire dépend de l'ensemble des circonstances du contrat et de la mise en balance des facteurs énoncés précédemment ainsi que, dans certains cas, d'autres considérations ».

Dans l'affaire *Trillium Computer Resources Inc. c. Taiwan Connection Inc.* (1993), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1994), 11 B.L.R. (2d) 1 (C. div. Ont.), le juge Conant a rendu un jugement sommaire en faveur de la demanderesse, qui avait payé 8 000 \$ en intérêts en contrepartie du crédit que lui avait consenti la défenderesse pendant une période de huit jours. Dans un bref jugement ne faisant état d'aucune jurisprudence sur ce point, le juge Conant a affirmé, à la p. 2 :

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'un taux d'intérêt annuel supérieur à 3000%, que ce soit en contrepartie du crédit consenti et/ou à titre d'indemnisation pour les dommages et autres inconvénients subis par la défenderesse, constitue une violation flagrante de l'art. 347 du *Code criminel* du Canada. À mon avis, un tel taux est illégal et l'intérêt versé doit être remboursé à la demanderesse, déduction faite de la somme correspondant au taux annuel maximum de 60% autorisé par le Code. [Je souligne.]

Cette démarche est similaire à celle qui, en l'espèce, a été appliquée par le juge Cullity en première instance et que le juge Sharpe (dissident) a suivie en appel.

Dans l'arrêt *Milani c. Banks* (1997), 145 D.L.R. (4th) 55, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'analyse contextuelle adoptée par le juge Blair, de la même cour, dans l'affaire *Thomson*, précitée. L'arrêt *Milani* concernait un prêt de 32 000 \$ consenti pour une durée de 30 jours. Aux termes du contrat, le créancier retenait 3 000 \$ de la somme prêtée pour les frais reliés au prêt, en plus d'avoir droit à des intérêts, payables sur le total du capital au taux annualisé de 18 pour 100. La juge McKinlay a conclu ainsi, au nom de la cour, aux p. 59-60 :

25

26

In this case, the appellant takes the position that the only offensive part of the loan was the \$3,000 charge for “fees”, and that if the agreement were left intact apart from that provision, the result would be a fair one in the circumstances. I am inclined to agree with that position . . . .

I consider this case to be one strongly favouring the position of the appellant. She is clearly not entitled to the \$3,000 fee, but I would strike only that provision, and leave the loan otherwise intact as a \$32,000 loan with interest at 18% per annum for a thirty day term.

The approach taken by McKinlay J.A. in *Milani* is reflected in the path taken by Rosenberg J.A. at the Court of Appeal for Ontario in the case at bar. McKinlay J.A. severed one of the “interest” terms (actually attributable to “costs”) from the loan so that the interest rate would be legal, just as Rosenberg J.A. in this case severed the promise to pay interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, thereby leaving the other charges to amount, cumulatively, to a permissible rate of interest under s. 347.

### C. *The Problematic Nature of the Blue-Pencil Test*

The blue-pencil approach is understood both as a test of the availability of severance to remedy contractual illegality and also as a technique for effecting severance. The blue-pencil approach as a test of the appropriateness of severance requires a consideration of whether an illegal contract can be rendered legal by striking out (i.e., by drawing a line through) the illegal promises in the agreement. The resulting set of legal terms should retain the core of the agreement. If the nature or core of the agreement is disturbed, then on this test the illegal clause in the contract is not a candidate for severance and the entire contract is void. The blue-pencil approach

[TRADUCTION] En l’espèce, l’appelante prétend que le seul élément répréhensible du prêt était la somme de 3 000 \$ exigée au titre des « frais », et que si la convention était laissée intacte, sauf pour cette clause, le résultat serait juste dans les circonstances. Je suis encline à partager ce point de vue . . .

Je considère que nous sommes en présence d’une affaire où les circonstances militent fortement en faveur de l’adoption de la thèse de l’appelante. Celle-ci n’a manifestement pas droit aux frais de 3 000 \$, mais je ne retrancherais que cette clause et je laisserais le reste du contrat intact, en l’occurrence un prêt de 32 000 \$, consenti pour une période de 30 jours et portant intérêt au taux annuel de 18 pour 100.

L’approche retenue par la juge McKinlay de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Milani* se reflète dans le raisonnement suivi par le juge Rosenberg dans l’arrêt de la même cour en l’espèce. La juge McKinlay avait retranché du contrat de prêt l’une des conditions relatives à l’« intérêt » (de fait, une condition touchant les « frais ») pour que le taux d’intérêt respecte la loi, de la même manière que le juge Rosenberg a retranché, en l’espèce, l’engagement de payer des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l’échéance, laissant ainsi intacts les autres frais, qui constituaient cumulativement l’équivalent d’un taux d’intérêt autorisé par l’art. 347.

### C. *La nature problématique du test du trait de crayon bleu*

La méthode du trait de crayon bleu est considérée à la fois comme un test permettant de déterminer s’il y a ouverture à la divisibilité pour remédier à un contrat illégal, et comme une technique d’application de la divisibilité. Lorsque la méthode du trait de crayon bleu est utilisée comme test pour décider de l’opportunité d’appliquer la divisibilité, le tribunal doit se demander si le contrat illégal peut être validé en retranchant (c’est-à-dire en rayant d’un trait) les engagements illégaux y figurant. L’ensemble de conditions légales résultant de ce retranchement doit préserver l’essence du contrat. Suivant ce test, si la nature ou l’essence du

as a technique of effecting severance involves the actual excision of the provisions leading to the illegality, leaving those promises untainted by the illegality to be enforced.

The use of the blue-pencil approach to sever one or more provisions from a contract alters the terms of the agreement between the parties. The only agreement that one can say with certainty the parties would have agreed to is the one that they actually entered into. The insistence in the case law that the blue-pencil test derives its validity from refusing to change or add words or provisions to the contract is unconvincing. It is doubtful, for example, that the lenders in cases such as *Thomson, supra*, or *Mira Design, supra*, would have entered into the agreements at issue had they been aware *ex ante* that they would only be entitled to the return of the principal advanced. The change effected by the blue-pencil technique will often fundamentally alter the consideration associated with the bargain and do violence to the intention of the parties. Indeed, in many cases, the application of the blue-pencil approach will provide for an interest-free loan where the parties demonstrated in the agreement a clear intention to charge and pay considerable interest.

The blue-pencil test was developed in cases where the courts were considering instruments under seal, where the form of the deed governed and where the intention of the parties was irrelevant. It was therefore important that what remained after severance would be a valid deed:

In the deed form was everything; the actual intention of the parties was immaterial. It was, therefore, natural that in considering the possibility of severance of promises in a deed, the court should be concerned to see that what was left remained a valid deed; there could be no question of implying a promise to take effect if part of the

contrat est modifiée, la clause illégale du contrat ne se prête alors pas à l'application de la divisibilité et le contrat tout entier est nul. En tant que technique d'application de la divisibilité, la méthode du trait de crayon bleu consiste à amputer concrètement les clauses à l'origine de l'illégalité, tout en maintenant les engagements non viciés par l'illégalité pour qu'ils soient exécutés.

L'emploi de la technique du trait de crayon bleu pour retrancher une ou plusieurs clauses d'un contrat modifie les conditions de la convention conclue par les parties. La seule convention qui, peut-on affirmer avec certitude, est intervenue entre les parties est celle qu'elles ont conclue dans les faits. L'importance que la jurisprudence accorde au fait que le test du trait de crayon bleu tire sa validité du refus de changer ou d'ajouter des mots ou des clauses au contrat n'est pas convaincante. Par exemple, il est permis de douter que, dans des affaires tels les arrêts *Thomson, précité*, ou *Mira Design, précité*, les prêteurs auraient conclu les conventions litigieuses s'ils avaient su, avant le fait, qu'ils n'auraient droit qu'à la remise du capital prêté. Le changement apporté au moyen de la technique du trait de crayon bleu modifie souvent de manière fondamentale la contrepartie en cause dans le marché et il fait violence à l'intention des parties. En effet, dans de nombreux cas l'application de la technique du trait de crayon bleu donne lieu à un prêt sans intérêts, alors même que les parties avaient manifesté dans leur convention l'intention évidente de percevoir et de payer, selon le cas, des intérêts considérables.

Le test du trait de crayon bleu a été élaboré à l'occasion de décisions dans lesquelles les tribunaux examinaient des actes scellés, où le respect de la forme prescrite était le facteur déterminant et où l'intention des parties n'était pas pertinente. Il était donc important que tout ce qui n'avait pas été retranché demeure un acte valide :

[TRADUCTION] Seule la forme de l'acte comptait; l'intention réelle des parties était sans importance. Il était donc naturel que, dans l'examen de la possibilité de retrancher certains engagements de l'acte, le tribunal s'assure que ce qui allait rester demeure un acte valide; il était hors de question de supposer qu'un engagement produirait ses

original bargain was illegal. This is the historical origin of what was later called the ‘blue-pencil test’.

(N. S. Marsh, “The Severance of Illegality in Contract” (1948), 64 *L.Q.R.* 230 and 347, at pp. 351-52)

Historically, courts were not concerned with the intention of the parties. The artificiality of the blue-pencil test arises from the common law constraints imposed on courts unaided by principles of equity.

30 Courts inescapably make a new bargain for the parties when they use the blue-pencil approach. As Cullity J. remarked, at paras. 35-36:

The blue-pencil test is, I believe, a relic of a bygone era when the attitude of courts of common law — unassisted by principles of equity — towards the interpretation and enforcement of contracts was more rigid than is the case at the present time. At an early stage in the development of the law relating to illegal promises, severance was held to be justified on the basis of the blue-pencil test alone. As the reasoning in *Milani* and *William E. Thomson* demonstrates, we have moved a long way beyond that mechanical approach. Enforcement may be refused in the exercise of the kind of discretionary judgment I have mentioned even where blue-pencil severance is possible.

Despite repeated statements in the cases that the court will not make a new agreement for the parties, that is, of course, exactly what it does whenever severance is permitted in cases like *William E. Thomson* and *Milani*. [Emphasis added.]

I am in complete agreement with the conclusion that when a court employs the blue-pencil test, it is making a new agreement for the parties. Indeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement.

31 I also agree with the view of Rosenberg J.A. at the Court of Appeal in the present case, at para. 33, that severance lies along a spectrum of available

effets si une partie du marché conclu initialement était illégale. Voilà les origines historiques de ce qui a plus tard été appelé le « test du trait de crayon bleu ».

(N. S. Marsh, « The Severance of Illegality in Contract » (1948), 64 *L.Q.R.* 230 et 347, p. 351-352)

Autrefois, les tribunaux ne se souciaient pas de l’intention des parties. L’artificialité du test du trait de crayon bleu découle des contraintes que la common law imposait aux tribunaux, lesquels ne pouvaient faire appel aux principes d’équité.

Les tribunaux établissent inmanquablement un nouveau marché entre les parties lorsqu’ils appliquent la technique du trait de crayon bleu. Comme l’a fait remarquer le juge Cullity, aux par. 35-36 :

[TRADUCTION] À mon avis, le test du trait de crayon bleu constitue un vestige d’une époque révolue où les tribunaux de common law — qui jugeaient sans l’aide des principes d’équité — avaient à l’égard de l’interprétation et de l’exécution des contrats une attitude plus rigide que ce n’est le cas aujourd’hui. Au début de l’élaboration du droit relatif aux engagements illégaux, on considérait que seul le test du trait de crayon bleu permettait de justifier le recours à la divisibilité. Comme le démontre le raisonnement exposé dans les arrêts *Milani* et *William E. Thomson*, nous avons progressé bien au-delà de cette démarche mécanique. Appliquant le genre de pouvoir discrétionnaire dont j’ai parlé, le tribunal peut refuser d’ordonner l’exécution du contrat, et ce même dans un cas où la divisibilité est possible au moyen de la technique du trait de crayon bleu.

Malgré les affirmations répétées, dans la jurisprudence, que les tribunaux n’établissent pas de nouvelles conventions entre les parties, c’est bien sûr exactement ce qu’ils font à chaque fois que la divisibilité est autorisée dans des affaires tels les arrêts *William E. Thomson* et *Milani*. [Je souligne.]

Je souscris sans réserve à la conclusion selon laquelle le tribunal qui emploie le test du trait de crayon bleu se trouve à établir une nouvelle convention entre les parties. De fait, toutes les techniques d’application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale.

Je partage également l’opinion exprimée en l’espèce par le juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario, au par. 33, à savoir que la

remedies. Depending on the circumstances, the court may exercise its discretion to find the whole agreement unenforceable or sever only the provision(s) that put the effective interest rate over 60 percent:

[A] judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower's obligation to repay the principal and pay some interest. See *e.g., Milani, supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan [Capital Corp. v. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431 (B.C.C.A.)], where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal. [Emphasis added.]

This statement of the remedial discretion of a judge in a case involving a violation of s. 347 of the *Code* takes into account the seriousness of the illegality involved in any given case, the identity and nature of the parties and the broader contractual context.

If the case is an appropriate one for the court to sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 percent, and if it is conceded, as it must be, that such a rewording alters the agreement of the parties, the

divisibilité s'inscrit le long du spectre des réparations à la disposition des tribunaux. Selon les circonstances, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire soit pour déclarer l'ensemble de la convention inexécutoire soit pour retrancher uniquement la ou les clauses ayant pour effet de hausser le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100 :

[TRADUCTION] [L]es juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d'intérêt criminel. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d'appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l'ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l'obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l'emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. n° 205 [(QL)] (B.R.). À l'autre extrémité du spectre, dans le cas d'une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d'équité favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l'objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan [Capital Corp. c. Pine Projects Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 431 (C.A.C.-B.)], où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital. [Je souligne.]

Cette description du pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder réparation dans les affaires de contrevention à l'art. 347 du *Code* tient compte de la gravité de l'illégalité en cause, de l'identité et de la nature des parties ainsi que du contexte général du contrat.

S'il s'agit d'une affaire où le tribunal est justifié de retrancher uniquement les clauses de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, et s'il est admis, comme cela se doit, qu'une telle reformulation modifie la

question becomes only a choice of the appropriate technique of severance. The preferred severance technique is the one that, in light of the particular contractual context involved, would most appropriately cure the illegality while remaining otherwise as close as possible to the intentions of the parties expressed in the agreement. The blue-pencil technique may not necessarily achieve that result.

33 The blue-pencil test is imperfect because it involves mechanically removing illegal provisions from a contract, the effects of which are apt to be somewhat arbitrary. The results may be arbitrary in the sense that they will be dependent upon accidents of drafting and the form of expression of the agreement, rather than the substance of the bargain or consideration involved. For example, if the effective interest rate of the total interest obligation (as defined in s. 347(2)) in the agreement between New Solutions and TNAE were only 0.1 percent lower, then the excision of the various charges, fees and royalty payment provisions using the blue-pencil technique would have resulted in a legally valid agreement bearing an effective annual rate of interest of 60 percent. Although the results obtained from the blue-pencil approach will in many cases be sensible and may often be desirable, due to its artificiality, the application of the blue-pencil approach will sometimes be inappropriate.

34 Section 347 of the *Code* invites difficulties with arbitrariness by imposing a bright line of 60 percent as demarcating legal interest from illegal interest. This legislatively mandated bright line distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line. The interaction of the blue-pencil test with the bright line separating illegal interest from legal interest leads to erratic results. Consider the following three substantively equivalent contracts. Assume for each contract that each party was commercially sophisticated, of equivalent bargaining power and in receipt of independent legal advice. Assume also that neither party was aware

convention des parties, il ne reste qu'à choisir la technique appropriée d'application de la divisibilité. La technique à privilégier est celle qui, compte tenu du contexte particulier du contrat, remédie le mieux à l'illégalité tout en respectant, autant que faire se peut, l'intention exprimée par les parties dans la convention. La technique du trait de crayon bleu ne permet pas nécessairement d'obtenir ce résultat.

La technique du trait de crayon bleu est imparfaite en ce qu'elle consiste à retrancher mécaniquement les clauses illégales du contrat, solution dont les effets risquent d'être quelque peu arbitraires. Les conséquences peuvent être arbitraires en ce sens qu'elles dépendent des hasards de la rédaction et de la forme d'expression employée dans la convention, plutôt que de la substance du marché ou de la contrepartie en cause. Par exemple, si le taux d'intérêt effectif de l'ensemble de l'obligation relative à l'intérêt (au sens du par. 347(2)) prévue par la convention conclue par New Solutions et TNAE était inférieur de 0,1 pour 100 seulement, alors l'excision des clauses relatives aux droits, frais, honoraires et redevances au moyen de la technique du trait de crayon bleu aurait produit une convention légalement valide fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60 pour 100. Bien que les résultats obtenus grâce à cette technique soient dans bien des cas logiques et puissent souvent être souhaitables, l'application de cette réparation est parfois inappropriée en raison de son artificialité.

L'application de l'art. 347 du *Code* ouvre la porte à des difficultés dues à l'arbitraire parce qu'il fixe une ligne de démarcation nette — 60 pour 100 — entre l'intérêt légal et l'intérêt illégal. Cette démarcation prescrite par la loi distingue les affaires fondées sur l'art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l'égard desquelles il n'existe pas de telle ligne de démarcation nette. L'interaction du test du trait de crayon bleu et de la ligne de démarcation nette séparant l'intérêt légal et l'intérêt illégal produit des résultats erratiques. Prenons les trois contrats suivants, tous essentiellement équivalents. Pour chacun de ceux-ci, supposons que les deux

the interest payable was prohibited by the *Code*. The three contracts lead to dramatically different results when the blue-pencil test is applied.

First, consider the result obtained using the blue-pencil approach in the case at bar. Accepted actuarial evidence showed that the contract between TNAE and New Solutions providing for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears, represented an effective interest rate of 60.1 percent per annum; other fees and charges reflected a further 30.8 percent interest per annum, resulting in a total rate of 90.9 percent. The application of the blue-pencil test required that, at the very least, the 60.1 percent interest provision be struck from the contract since, standing alone, it violated s. 347. After considering the equities of the contractual context, Rosenberg J.A. concluded that TNAE should have to repay the principal and at least some interest. Consequently, the provision calling for 60.1 percent effective annual interest was struck from the contract, and TNAE was held accountable for repaying the principal plus the other fees and charges, amounting to an effective annual interest rate of 30.8 percent.

Second, consider a contract that provides for 60.0 percent interest in one provision and 30.9 percent interest in the remaining provisions. This contract would result in the same 90.9 percent per annum rate of interest payable overall. Given the equities of the contractual context as found in the courts below, the application of the blue-pencil test would result in the other fees and charges being struck from the contract and the 60.0 percent interest payment obligation surviving.

parties possèdent une grande expérience des affaires et un pouvoir de négociation équivalent et que chacune a consulté ses propres avocats. Imaginons également qu'aucune des parties ne savait que le taux d'intérêt payable était prohibé par le *Code*. L'application du test du trait de crayon bleu à ces trois contrats donne des résultats très différents.

Premièrement, examinons le résultat obtenu en utilisant la méthode du trait de crayon bleu en l'espèce. La preuve actuarielle admise a démontré que le contrat conclu par TNAE et New Solutions, lequel prévoyait des intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance, représentait un taux d'intérêt effectif annuel de 60,1 pour 100; les droits, honoraires et autres frais prévus se traduisaient par un intérêt annuel supplémentaire de 30,8 pour 100 qui, ajouté au taux susmentionné, donnait un taux d'intérêt global de 90,9 pour 100. L'application du test du trait de crayon bleu exigeait à tout le moins que la clause prévoyant un taux d'intérêt de 60,1 pour 100 soit retranchée du contrat, puisque sa seule présence contrevenait à l'art. 347. Après avoir examiné le contexte du contrat au regard des principes d'equity, le juge Rosenberg a conclu que TNAE devrait être contrainte de rembourser le capital et de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts. Par conséquent, la clause fixant un taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 a été retranchée du contrat et TNAE a été tenue au paiement du capital ainsi que des droits, honoraires et autres frais, qui correspondaient à un taux d'intérêt annuel effectif de 30,8 pour 100.

Deuxièmement, examinons un contrat qui comporte une clause fixant un taux d'intérêt de 60 pour 100 et d'autres clauses prévoyant des frais correspondant à un taux d'intérêt global de 30,9 pour 100. Ce contrat imposerait lui aussi un taux d'intérêt annuel global de 90,9 pour 100. Compte tenu des conclusions des juridictions inférieures sur le contexte du contrat au regard des principes d'equity, l'application du test du trait de crayon bleu entraînerait le retranchement des droits, honoraires et autres frais prévus par le contrat et le maintien de l'obligation de payer un intérêt de 60 pour 100.

35

36

37 Finally, consider what the result would be under the blue-pencil approach if there were only one interest provision, and that this provision called for an effective annual interest rate of 90.9 percent, which would also involve exactly the same amount of consideration passing from borrower to the lender as under the previous two contracts. The blue-pencil test would require that the entire interest obligation be severed from the contract, since it alone would violate s. 347. This would result in no interest being payable under the contract. It is possible, in this last example, that the illegality of the rate would be so apparent that courts would be justified in reducing to zero such a blatantly illegal rate. On the other hand, if the criminal rate was arrived at inadvertently — or under a misapprehension of the law — as assumed for the comparison of these three contracts, the obligation to repay at least some interest should be upheld. In that case, the maximum permissible rate would best reflect the intention of the parties, while curing the illegality.

38 This demonstrates that, at least in the case of contracts in violation of s. 347 of the *Code*, the results associated with the application of the blue-pencil approach are overly dependent upon the form of the contract, rather than its substance. In these three similar contracts, the borrower must pay 30.8 percent interest, 60.0 percent interest, or no interest, depending on otherwise insignificant differences in drafting. Results this erratic and sensitive to the form of contractual expression are undesirable, and can be avoided through the use of notional severance in cases where considerations flowing from the broad contractual context favour the lender.

39 There is little danger that abuses of this remedial flexibility would surreptitiously creep past trial judges. On the contrary, judges are apt to be quite suspicious, and rightly so, of credit arrangements which provide for effective annual rates of interest in excess of 60 percent per annum. Using notional severance to read down interest provisions to be just

Enfin, voyons quel résultat donnerait l'application de la technique du trait de crayon bleu si le contrat ne comportait qu'une seule clause relativement à l'intérêt, que cette clause fixait un taux d'intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 et que la contrepartie totale que devrait verser l'emprunteur au prêteur était exactement la même que dans les deux contrats précédents. Suivant le test du trait de crayon bleu, l'obligation relative à l'intérêt devrait être retranchée entièrement, puisque sa seule présence contreviendrait à l'art. 347. Cette situation ferait en sorte qu'aucun intérêt ne serait payable en vertu du contrat. Dans ce dernier exemple, il est possible que l'illégalité du taux soit à ce point flagrante que les tribunaux seraient justifiés de réduire à zéro un taux d'intérêt aussi manifestement illégal. Par contre, si le taux criminel a été fixé par inadvertance — ou par suite d'une mauvaise compréhension de la loi —, comme nous l'avons supposé aux fins de comparaison des trois exemples de contrats, l'obligation de payer au moins une certaine somme au titre des intérêts devrait être maintenue. Dans un tel cas, le taux maximal permis par la loi est celui qui reflète le mieux l'intention des parties, en plus de remédier à l'illégalité.

Cet exercice démontre que, à tout le moins dans le cas des contrats contrevenant à l'art. 347 du *Code*, le résultat de l'application de la technique du trait de crayon bleu dépend davantage de la forme du contrat que de sa substance. Dans ces trois contrats similaires, les emprunteurs doivent, en raison de différences de rédaction par ailleurs négligeables, payer respectivement 30,8 pour 100, 60 pour 100 et 0 pour 100 d'intérêt. Des résultats aussi erratiques et tributaires de la formulation du contrat ne sont pas souhaitables et peuvent être évités par l'application de la divisibilité fictive dans les cas où certaines considérations tenant au contexte général du contrat plaident en faveur du prêteur.

Il y a peu de risques que cette souplesse en matière de réparation donne lieu à des abus susceptibles d'échapper à la vigilance des juges. Au contraire, les juges savent très bien se méfier, à juste titre d'ailleurs, des arrangements de crédit prévoyant un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Le recours à la divisibilité fictive pour

within the legal limit would not find application in traditional loan-sharking transactions. It would be available as a remedy where a court recognizes the commercial sophistication and professional advice received by both parties, concludes that the violation of s. 347 by the parties was unintentional, and considers it equitable to give effect to the highest legal interest obligation available. In such cases, there is no reason, in my view, to prefer the blue-pencil approach as more likely to deter criminal interest rates. I will return to this point below.

Thus, the appropriate approach is to vest the greatest possible amount of remedial discretion in judges in courts of first instance. The spectrum of available remedies runs from a court holding contracts in violation of s. 347 void *ab initio*, in the most egregious and abusive cases, according to the criteria identified in *Thomson, supra*, to notional severance. In the determination of where along the spectrum a particular contract lies, the considerations identified in *Thomson* by Blair J.A. should be referred to and analysed carefully. Although Blair J.A. was considering the desirability of severing illegal interest from principal, the same factors are helpful in determining whether to reduce illegal interest to a legal level.

#### D. *Application of the Revised Approach*

Finding, as I do, that the maximum level of remedial flexibility should be vested in judges and available for application by them subject to a careful analysis of the factors identified in *Thomson*, I will apply this approach to the facts of the case at bar.

As outlined above, in *Thomson*, Blair J.A. identified four considerations relevant to the determination of whether public policy ought to allow an otherwise illegal agreement to be partially enforced

réduire au taux maximum permis par la loi le taux prévu par les clauses relatives à l'intérêt ne serait pas ouvert à l'égard des opérations classiques de prêt usuraire. Cette réparation pourrait être accordée dans les cas où le tribunal constate que les parties ont l'expérience des affaires et ont été conseillées par des professionnels, conclut que les parties n'ont pas enfreint intentionnellement l'art. 347 et estime qu'il est équitable de donner effet à l'obligation la plus lourde que permet la loi au titre de l'intérêt. Dans de tels cas, il n'existe à mon avis aucune raison de privilégier la technique du trait de crayon bleu du fait qu'elle serait plus susceptible de décourager la perception de taux d'intérêt criminels. Je vais revenir sur ce point un peu plus loin.

En conséquence, la solution appropriée consiste à reconnaître aux juges de première instance un pouvoir discrétionnaire aussi large que possible en matière de réparations. Le spectre des réparations à la disposition des tribunaux va de l'annulation *ab initio* des contrats contrevenant à l'art. 347 dans les cas les plus inacceptables et les plus abusifs, au regard des critères énoncés dans l'arrêt *Thomson*, précité, jusqu'à l'application de la divisibilité fictive. Pour situer un contrat donné sur ce spectre, il faut se reporter aux facteurs dégagés par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson* et les analyser soigneusement. Même si, dans cette affaire, le juge Blair s'interrogeait sur l'opportunité de retrancher l'obligation de payer l'intérêt illégal sans supprimer celle de rembourser le capital, les mêmes facteurs sont néanmoins utiles pour décider si le taux d'intérêt illégal doit être réduit à un taux permis par la loi.

#### D. *L'application de la démarche révisée*

Comme j'arrive à la conclusion que les juges doivent disposer de la plus grande souplesse possible en matière de réparations et pouvoir l'appliquer, pourvu toutefois qu'ils analysent soigneusement les facteurs dégagés dans l'arrêt *Thomson*, je vais appliquer cette analyse aux faits de l'espèce.

Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge Blair a énuméré, dans l'arrêt *Thomson*, quatre facteurs pertinents pour décider si aucune considération d'ordre public n'empêche le tribunal

40

41

42

rather than being declared void *ab initio* in the face of illegality in the contract:

1. whether the purpose or policy of s. 347 would be subverted by severance;
2. whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention;
3. the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement;
4. the potential for the debtor to enjoy an unjustified windfall.

43

The first factor — whether the policy behind s. 347 would be subverted here by partial enforcement — is related to the concerns expressed by Rosenberg J.A. in this case that civil remedies should not frustrate the deterrence purpose of the criminal prohibition. In this regard, it is important to identify the policy purpose underlying s. 347. Ostensibly, it was intended to curb loan-sharking activity. It is difficult to pinpoint the precise rationale behind the provision, however, because the legislative record yields few clues. According to Professor Ziegel:

On July 22nd, 1980, only a day after its first reading, the House of Commons gave second and third reading to Bill C-44, “An Act to amend the Small Loans Act and to provide for its repeal and to amend the Criminal Code”. The Bill was not debated and its adoption had the unanimous support of all three political parties. Any public discussion of the merits of the Bill was effectively forestalled by the haste with which it was rushed through the House. This failure to give interested parties an opportunity to study and comment on the Bill would be serious enough if the Bill only dealt with minor technical matters. But it does not. The Bill deals with questions of major social, economic, and legal importance which warranted careful examination. Even if one accepts the soundness of the objectives of the Bill, it does not follow that its technical implementation is equally unobjectionable or that the same goals could not have been realized in a less controversial manner. In the writer’s view, the Bill is open to

d’ordonner l’exécution partielle d’une convention par ailleurs illégale, au lieu de déclarer celle-ci nulle *ab initio* en raison de l’illégalité du contrat :

1. la question de savoir si l’application de la divisibilité compromettrait l’objectif ou la politique générale visé par l’art. 347;
2. la question de savoir si les parties ont conclu la convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante;
3. le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations;
4. la possibilité que le débiteur tire un profit injustifié de la solution choisie.

Le premier facteur — la question de savoir si la réalisation de la politique générale à la base de l’art. 347 serait compromise en l’espèce par l’exécution partielle de la convention — rejoint la crainte exprimée dans la présente affaire par le juge Rosenberg, à savoir que les réparations accordées en matière civile ne devraient pas nuire à l’objectif de dissuasion visé par l’interdiction criminelle. À cet égard, il est important de discerner la politique générale à la base de l’art. 347. À première vue, cette disposition a pour objet de mettre un frein aux activités de prêt usuraire. Il est toutefois difficile de déterminer la raison d’être précise de la disposition, étant donné que l’historique législatif renferme peu d’indices. Selon le professeur Ziegel :

[TRADUCTION] Le 22 juillet 1980, un jour seulement après la première lecture, la Chambre des Communes a procédé aux deuxième et troisième lectures du projet de loi C-44, intitulé « Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel ». Le projet de loi n’a pas été débattu et les trois partis politiques ont appuyé unanimement son adoption. L’adoption hâtive du projet de loi par la Chambre a pour ainsi dire empêché tout débat public sur le bien-fondé de celui-ci. Le fait de ne pas avoir donné aux intéressés l’occasion d’étudier le projet de loi et de le commenter serait en soi suffisamment grave si ce projet de loi ne portait que sur des détails techniques. Mais ce n’est pas le cas. Le projet de loi traite de questions d’importance considérable sur les plans social, économique et juridique, qui méritaient un examen attentif. Même si l’on admet le bien-fondé des objectifs du projet de loi, il ne s’ensuit pas que sa mise en œuvre sur le plan technique est elle

objections on both counts and may generate as many new problems as it was designed to resolve.

(J. S. Ziegel, “Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law” (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188, at p. 188)

As was stated by this Court in *Garland, supra*, at para. 25:

The ostensible purpose of s. 347 was to aid in the prosecution of loan sharks. See *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, at p. 3146; *Thomson, supra*, at p. 549. However, it is clear from the language of the statute — e.g., its reference to insurance and overdraft charges, official fees, and property taxes in mortgage transactions — that s. 347 was designed to have a much wider reach, and in fact the section has most often been applied to commercial transactions which bear no relation to traditional loan-sharking arrangements. Although s. 347 is a criminal provision, the great majority of cases in which it arises are not criminal prosecutions. Rather, like the case at bar, they are civil actions in which a borrower has asserted the common-law doctrine of illegality in an effort to avoid or recover an interest payment, or to render an agreement unenforceable. For this reason, the provision has attracted criticism from some commercial lawyers and academics, and calls have repeatedly been made for its amendment or repeal. . . . Nevertheless, it is now well settled that s. 347 applies to a very broad range of commercial and consumer transactions involving the advancement of credit, including secured and unsecured loans, mortgages and commercial financing agreements.

Since it is very difficult to identify the policy objective behind s. 347 of the *Code* beyond the prevention of loan-sharking, violations of the section that clearly do not involve loan-sharking should be approached cautiously, keeping in mind that there is no need to deter, through the criminal law, effective interest rates of up to 60 percent per year. Given that this was a commercial transaction engaged in by experienced and independently advised commercial parties, it is difficult to see why the choice of a 30.8 percent rather than

aussi à l’abri de toute critique ou qu’il n’aurait pas été possible d’atteindre les mêmes buts d’une manière moins controversée. L’auteur est d’avis que le projet de loi prête le flanc à la critique à ces deux égards et pourrait créer autant de problèmes qu’il était censé en résoudre.

(J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188, p. 188)

Comme l’a précisé la Cour dans l’arrêt *Garland*, précité, par. 25 :

Le but apparent de l’art. 347 était d’aider à poursuivre les usuriers. Voir *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> législ., vol. III, 21 juillet 1980, à la p. 3146; *Thomson*, précité, à la p. 549. Toutefois, il ressort clairement de cette disposition — notamment de la mention qu’elle fait des frais d’assurance, des frais pour découvert de compte, des taxes officielles et des taxes foncières dans le cas de prêts hypothécaires — qu’elle était destinée à avoir une portée beaucoup plus large, et en fait, elle a très souvent été appliquée à des opérations commerciales qui n’ont rien à voir avec les prêts usuraires classiques. Bien que l’art. 347 soit une disposition en matière criminelle, la plupart du temps il n’est pas invoqué dans le cadre de poursuites criminelles. Il s’agit plutôt, comme en l’espèce, de poursuites civiles dans lesquelles un emprunteur invoque la théorie de l’illégalité en common law dans le but d’éviter ou d’obtenir un paiement d’intérêt, ou dans le but de rendre une entente non exécutoire. Pour cette raison, la disposition a été critiquée par certains avocats et auteurs de doctrine spécialisés en droit commercial, et sa modification ou son abrogation a été réclamée à maintes reprises. [. . .] Cependant, il est maintenant bien établi que l’art. 347 s’applique à une très large gamme d’opérations en matière de commerce et de consommation qui comportent un prêt de capital, notamment les prêts garantis et non garantis, les prêts hypothécaires et les contrats de financement commercial.

Puisqu’il est très difficile de dégager la politique générale à la base de l’art. 347 du *Code*, outre la prévention des prêts usuraires, les contraventions à cet article qui ne comportent de toute évidence pas de telles activités devraient être analysées avec prudence, en gardant à l’esprit qu’il n’est pas nécessaire de décourager, au moyen du droit criminel, la perception de taux d’intérêt annuels effectifs pouvant atteindre 60 pour 100. Comme il s’agissait en l’espèce d’une opération commerciale conclue par des parties possédant l’expérience des affaires et

60 percent rate better fosters compliance with s. 347(1)(a) of the *Code*.

44

The second factor is whether the agreement was entered into for an illegal purpose or with an evil intention. There is no evidence on the record to suggest that New Solutions has been charged with violating s. 347(1)(a). Absent a criminal conviction, New Solutions has the benefit of the presumption of innocence. Concerns with specific and general deterrence are best addressed by the criminal law. A prosecution under s. 347 of the *Code* cannot be initiated without the consent of the Attorney General. This suggests that even a criminal remedy is not always appropriate for an infringement of s. 347, let alone a civil remedy seeking to promote the criminal law objective of deterrence. Cullity J. found that the parties were unaware that the agreement contravened s. 347, their intent being only to provide the means by which TNAE could buy out its remaining shareholders and acquire commercially necessary working capital. It was a contract entered into for ordinary commercial purposes. There was nothing inherently illegal or evil about this intention. The worst that could be said is that TNAE was a high-risk debtor for New Solutions to lend to (even with the personal guarantees of the Dragosits), the corporation's needs were high relative to its value, and it needed the money on relatively short notice. This second consideration militates in favour of a flexible remedy.

45

The third factor concerns the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement. Each party had independent legal advice. Each party was commercially experienced. The Dragosits and TNAE knew what they were getting into, as did New Solutions. The one failing seems to be that neither side realized that their agreement would contravene s. 347 of the *Code*.

ayant chacune consulté ses propres conseillers, il est difficile de voir en quoi le fait de choisir le taux de 30,8 pour 100 plutôt que celui de 60 pour 100 favorise davantage le respect de l'al. 347(1)a) du *Code*.

Le deuxième facteur est la question de savoir si la convention a été conclue dans un but illégal ou dans une intention malveillante. Rien au dossier n'indique que New Solutions a été accusée d'avoir enfreint l'al. 347(1)a). En l'absence de déclaration de culpabilité criminelle, New Solutions bénéficie de la présomption d'innocence. Il est préférable de recourir au droit criminel pour faire face aux problèmes de dissuasion spécifique et générale. Aucune poursuite fondée sur l'art. 347 du *Code* ne peut être intentée sans l'autorisation du procureur général. Cela tend à indiquer que même une sanction criminelle n'est pas toujours la réparation appropriée en cas de violation de l'art. 347, à plus forte raison une réparation civile visant à réaliser l'objectif de dissuasion du droit criminel. Le juge Cullity a conclu que les parties ignoraient que la convention contrevenait à l'art. 347 et qu'elles avaient uniquement voulu doter TNAE des moyens de racheter la participation des autres actionnaires et du fonds de roulement nécessaire à l'exercice de ses activités. Il s'agissait d'un contrat conclu à des fins commerciales ordinaires. Cette intention n'avait fondamentalement rien d'illégal ou de malveillant. Le pire qu'on puisse dire est que TNAE était un emprunteur présentant un risque élevé pour le prêteur, New Solutions (et ce malgré les garanties personnelles consenties par les Dragosits), que les besoins de crédit de l'entreprise étaient grands comparativement à sa valeur et que celle-ci avait besoin des fonds à assez brève échéance. Ce deuxième facteur milite en faveur de l'application d'une réparation souple.

Le troisième facteur est le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations. Chaque partie a consulté ses propres avocats. Chaque partie avait l'expérience des affaires. Tout comme New Solutions, les Dragosits et TNAE savaient dans quoi ils s'engageaient. Le seul problème semble être le fait que ni l'une ni l'autre des parties n'a constaté que la convention

This third consideration, too, favours a flexible remedy.

Finally, any potential for an unjustified windfall in this case arises from TNAE possibly not having to repay the principal and interest, or from TNAE possibly not having to pay a commercially appropriate rate of interest on the loan. Given that each party had independent advice and knew precisely the obligations that they were taking on, my conclusion is that the equities of the situation favour New Solutions. This is in accord with the findings by both the lower courts in this case.

New Solutions should be repaid the principal, with the highest amount of interest legally allowable, namely 60 percent. This represents a reduction from the interest rate of 90.9 percent that the contract provided for, but, given s. 347 of the *Code*, is the most that New Solutions can legally receive. This no more rewrites the contract than enforcing only the other obligations, which cumulatively amount to “interest” at 30.8 percent.

My colleague, Bastarache J., refers to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement (para. 68), arguing it supports the blue-pencil approach to severance. I agree that by clause 9.1 the parties expressed a preference for the use of severance to give full effect to the valid provisions of that agreement. I have two responses to the view, however, that the clause calls for the use of the blue-pencil approach to severance rather than notional severance. First, from the outset the parties agreed not to strictly abide by the terms of the accounts receivable factoring agreement. Therefore, I question whether it is appropriate to refer to clause 9.1 of this agreement. Second, accepting for the sake of argument that the factoring agreement is relevant, the use of notional severance is not foreclosed by the intent underlying the inclusion of clause 9.1 in the factoring agreement. The genuine intent underlying

contrevenait à l’art. 347 du *Code*. Ce troisième facteur milite lui aussi en faveur de l’application d’une réparation souple.

Enfin, seule TNAE pourrait en l’espèce être la bénéficiaire d’un profit injustifié, du fait qu’elle pourrait ne pas être obligée de rembourser le capital et de payer les intérêts ou qu’elle pourrait être dispensée de payer, à l’égard du prêt, un taux d’intérêt approprié d’un point de vue commercial. Étant donné que chaque partie a consulté ses propres conseillers juridiques et connaissait exactement les obligations qu’elle contractait, j’estime que, du point de vue de l’equity, la situation est favorable à New Solutions. Cette conclusion est conforme aux constatations des juridictions inférieures en l’espèce.

New Solutions a droit au remboursement du capital du prêt, ainsi qu’au taux d’intérêt le plus élevé que la loi autorise, à savoir 60 pour 100. Ce taux est inférieur au taux de 90,9 pour 100 prévu par le contrat, mais, eu égard à l’art. 347 du *Code*, il s’agit du taux le plus élevé que New Solutions peut légalement percevoir. Cette modification ne constitue pas davantage une reformulation du contrat que ne le serait la solution d’ordonner l’exécution des autres obligations seulement, lesquelles correspondent cumulativement à un « intérêt » de 30,8 pour 100.

Mon collègue le juge Bastarache invoque la clause 9.1 de la convention d’affacturage (par. 68), faisant valoir qu’elle justifie le recours à la divisibilité au moyen de la technique du trait de crayon bleu. J’admets que, par cette clause, les parties ont exprimé leur désir de recourir à la divisibilité pour donner plein effet aux dispositions valides de leur convention. Toutefois, l’opinion selon laquelle la clause commande l’emploi de la technique du trait de crayon bleu au lieu de la divisibilité fictive m’inspire deux observations. Premièrement, dès le départ les parties ont convenu de ne pas observer de manière stricte les modalités de la convention d’affacturage. Par conséquent, je m’interroge sur le bien-fondé d’invoquer la clause 9.1 de cette convention. Deuxièmement, même en supposant, pour les besoins de l’argument, que la convention d’affacturage soit pertinente, l’application de la divisibilité

46

47

48

clause 9.1 was to preserve as much of the agreement as possible should any part of it be deemed to be invalid. In light of the analysis above, the part of the agreement that is invalid is the obligation to pay an effective interest rate in excess of 60 percent per annum. Therefore, notional severance is the most appropriate remedy to apply here, since it gives the greatest possible legal effect to the valid aspects of the agreement, which is in concert with the intention underlying clause 9.1.

## VI. Conclusion

49 For the foregoing reasons I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Cullity J. I would award costs to the appellant in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

50 BASTARACHE J. (dissenting) — I have read the reasons of Arbour J. and respectfully disagree. I would not make available the remedy of “notional severance”, whereby judges are permitted to rewrite offending provisions in a contract so as to make them conform with the law. Instead, I would restrict the remedy available under such circumstances to severance, in the traditional sense, whereby judges are permitted to strike out offending provisions in a contract provided they represent separate promises.

51 My dissent is based on three major considerations.

52 First, like Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal, I think there is a fundamental difference between striking out offending sections of a contract and rewriting a central provision of a contract. Although both approaches admittedly interfere in some way with the intent of the parties, the added flexibility of the rewriting approach comes at a

fictive n’est pas exclue en raison de l’intention à la base de l’insertion de la clause 9.1 dans la convention d’affacturage. L’objet véritable de cette clause était de préserver la plus grande partie possible de la convention dans l’éventualité où quelque élément de celle-ci serait jugé invalide. À la lumière de l’analyse qui précède, la partie de la convention qui est invalide est l’obligation de payer un taux d’intérêt effectif dépassant 60 pour 100 par année. Par conséquent, la divisibilité fictive est la réparation la plus appropriée en l’espèce, car elle donne l’effet juridique le plus large possible aux aspects valides de la convention, résultat qui est conforme à l’intention à la base de l’inclusion de la clause 9.1 dans la convention.

## VI. Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel et de rétablir celle du juge Cullity, avec dépens en faveur de l’appelante devant la Cour et devant la Cour d’appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissent) — J’ai lu les motifs de la juge Arbour et, en toute déférence, je ne peux y souscrire. Je n’autoriserais pas le recours à la méthode dite de la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »), qui permet aux juges de reformuler les clauses illégales d’un contrat pour les rendre conformes à la loi. Je limiterais plutôt la réparation ouverte dans de telles circonstances à la divisibilité, au sens traditionnel, qui permet aux juges de retrancher les clauses illégales d’un contrat, pourvu que celles-ci représentent des engagements distincts.

Ma dissidence repose sur trois considérations principales.

Premièrement, à l’instar du juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario, j’estime qu’il existe une différence fondamentale entre le fait de retrancher des clauses illégales d’un contrat et celui de reformuler une clause cruciale d’un contrat. Même s’il est vrai que les deux méthodes modifient d’une certaine manière l’intention des parties, la souplesse accrue

considerable cost. Furthermore, it is not supported by any principle of contract law. On the contrary, the severance doctrine is a long-standing one. A useful survey of the history and development of severance for illegality can be found in *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549 (C.A.).

Historically, courts held that illegality in contract rendered the entire agreement unenforceable and refused to order the return of money or property transferred under the agreement. This classic approach to contractual illegality was articulated by Parke B. in *Cope v. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), at p. 710:

[W]here the contract which the plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect. It is equally clear that a contract is void if prohibited by a statute, though the statute inflicts a penalty only, because such a penalty implies a prohibition.

This Court has also endorsed the traditional doctrine of statutory illegality. In *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, Ritchie C.J. stated, at p. 610:

It would be a curious state of the law if, after the Legislature had prohibited a transaction, parties could enter into it, and, in defiance of the law, compel courts to enforce and give effect to their illegal transactions.

At p. 613, Strong J. added:

Whenever the doing of any act is expressly forbidden by statute, whether on grounds of public policy or otherwise, the English courts hold the act, if done, to be void, though no express words of avoidance are contained in the enactment itself.

See also *Steinberg v. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (Ont. C.A.); *Hasiuk v. Oshaneck*, [1936] 1 D.L.R. 232 (Man. C.A.).

Over time, the lower courts in Canada moved away from this strict approach because it was

que permet la reformulation s'accompagne toutefois d'un coût considérable. En outre, aucun principe du droit des contrats n'étaye le recours à cette méthode. À l'opposé, la divisibilité est une doctrine établie depuis longtemps. L'arrêt *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.), décrit fort utilement l'historique et l'évolution de la divisibilité en tant qu'instrument permettant de remédier à l'illégalité.

Pendant longtemps, les tribunaux ont jugé que l'illégalité d'un contrat rendait celui-ci entièrement inexécutable et ils refusaient d'ordonner la remise de l'argent ou des biens transférés en vertu du contrat. Dans l'arrêt *Cope c. Rowlands* (1836), 2 M. & W. 149, 150 E.R. 707 (Ex. Ct.), p. 710, le baron Parke a énoncé ainsi cette solution classique en matière d'illégalité contractuelle :

[TRADUCTION] [S]i le contrat exprès ou tacite dont le demandeur sollicite l'exécution est explicitement ou implicitement interdit par la common law ou un texte de loi, aucun tribunal n'accordera son aide pour lui donner effet. De plus, il est clair qu'un contrat est nul s'il est interdit par une loi, même si celle-ci n'inflige qu'une sanction pécuniaire, parce que pareille sanction implique une interdiction.

Notre Cour a elle aussi souscrit à la doctrine traditionnelle de l'illégalité du fait de la loi. Dans l'arrêt *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, le juge en chef Ritchie a dit ceci, à la p. 610 :

[TRADUCTION] Il s'agirait d'un curieux état du droit si les parties pouvaient conclure une opération interdite par le législateur et, au mépris de la loi, obliger les tribunaux à donner effet à leurs opérations illégales.

Le juge Strong a pour sa part ajouté ce qui suit, à la p. 613 :

[TRADUCTION] Chaque fois que l'accomplissement d'un acte est expressément interdit par une loi, que ce soit pour des raisons fondées sur l'intérêt public ou pour d'autres raisons, les tribunaux anglais jugent que l'acte ainsi accompli est frappé de nullité, malgré l'absence de termes exprès d'annulation dans la loi même.

Voir également, les arrêts *Steinberg c. Cohen*, [1930] 2 D.L.R. 916 (C.A. Ont.), et *Hasiuk c. Oshaneck*, [1936] 1 D.L.R. 232 (C.A. Man.).

Au fil du temps, les tribunaux d'instance inférieure canadiens ont délaissé cette doctrine stricte,

53

54

55

viewed as harsh and inequitable in some cases and could result in a windfall to one party. Courts have come to apply a modern approach when faced with a contract that contains an illegal provision. Under the modern approach to illegality, a contract that violates a statute may be enforceable, but not in its entirety. In *Carney v. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, the Privy Council succinctly summarized the principles to be applied. At p. 443 of the decision, their Lordships quoted with approval the following statements made in an Australian case, *McFarlane v. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), at p. 345:

When valid promises supported by legal consideration are associated with, but separate in form from, invalid promises, the test of whether they are severable is whether they are in substance so connected with the others as to form an indivisible whole which cannot be taken to pieces without altering its nature . . . . If the elimination of the invalid promises changes the extent only but not the kind of the contract, the valid promises are severable . . . . If the substantial promises were all illegal or void, merely ancillary promises would be inseverable.

Accordingly, the illegal promise may be severed from the rest of the contract, leaving the remaining promises to be enforced by the court. See G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at pp. 441-45; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at p. 421. This has been referred to as the “blue-pencil” test, a label first used in the case of *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

56

In my opinion, the “blue-pencil” test is nothing more than an expression to describe the application of the severance principle. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), at pp. 299-300, Hinkson J.A. referred to *Attwood v. Lamont* in

parce qu’elle était considérée dure et inéquitable dans certains cas et que son application pouvait se traduire par une rentrée inattendue pour une partie. Les tribunaux en sont venus à appliquer une approche moderne lorsqu’ils sont en présence d’un contrat comportant une clause illégale. Selon cette solution moderne à l’illégalité, un contrat qui contrevient à une loi peut être déclaré exécutoire mais non intégralement. Dans l’arrêt *Carney c. Herbert*, [1985] 1 All E.R. 438, le Conseil privé a résumé succinctement les principes applicables. À la page 443 de la décision, les lords juges ont cité avec approbation les observations suivantes, tirées d’une décision australienne, *McFarlane c. Daniell* (1938), 38 S.R. 337 (N.S.W. Dist. Ct. App.), p. 345 :

[TRADUCTION] Lorsque des engagements valides et accompagnés d’une contrepartie licite sont joints à des engagements invalides, mais formulés distinctement de ceux-ci, le critère permettant de décider si les premiers peuvent être dissociés des seconds consiste à se demander si, du point de vue du fond, tous ces engagements sont à ce point interreliés qu’ils forment un tout indivisible, dont les diverses parties ne peuvent être séparées sans modifier la nature de l’ensemble [. . .] Si la suppression des engagements invalides ne modifient que la portée du contrat, mais non sa nature, les engagements valides sont dissociables [. . .] Si les engagements essentiels sont tous illégaux ou nuls, les engagements qui ne sont qu’accessoires ne seraient pas dissociables.

En conséquence, l’engagement illégal peut être retranché du reste du contrat, ce qui permet au tribunal de donner force exécutoire aux autres engagements. Voir G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 1999), p. 441-445; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4<sup>e</sup> éd. 1999), p. 421. Cette méthode a été qualifiée de test du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* »), désignation utilisée pour la première fois dans l’arrêt *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.).

À mon avis, le test du « trait de crayon bleu » n’est rien de plus qu’une expression décrivant l’application du principe de la divisibilité. Dans l’arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), aux p. 299-300, le juge Hinkson a cité l’arrêt *Attwood c.*

which Lord Sterndale M.R. captured the essence of the applicable principle, at pp. 577-78:

I think, therefore, that it is still the law that a contract can be severed if the severed parts are independent of one another and can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining.

This is sometimes expressed, as in this case by the Divisional Court, by saying that the severance can be effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it.

Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining. In other words, the offending provision must constitute a separate promise, and one that is not part of the main purport and substance of the contract. The provision must appear severable. See *Fridman, supra*, at p. 443.

The blue-pencil test has been applied several times in the context of violations of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to strike out offending interest provisions. For example, in an earlier dealing with the application of s. 347 (then s. 305.1), *Mira Design Co. v. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (B.C.S.C.), at p. 105, Huddart L.J.S.C. held:

In these circumstances, and considering that the offending provisions can be deleted by striking the first proviso on p. 2 of the mortgage, the words “in the event it is paid to the Mortgagee”, and “together with interest at the aforesaid rate on the principal sum of EIGHTY THOUSAND (\$80,000) DOLLARS” from the second proviso, the entire following paragraph and the words “and interest” from the covenant contained in para. A on the same page, I have concluded that the offending portions are severable in fact.

At p. 104, Huddart L.J.S.C. also described the scope and application of s. 305.1 of the *Criminal Code* as follows:

*Lamont* dans lequel lord Sterndale, maître des rôles, a exprimé ainsi, aux p. 577-578, l'essence du principe applicable :

[TRADUCTION] J'estime en conséquence que le droit n'a pas changé et autorise encore la divisibilité du contrat si les parties retranchées sont indépendantes des autres et peuvent être retranchées sans que soit affecté le sens des dispositions restantes.

Les tribunaux expriment parfois cette idée en disant, comme le fait la Cour divisionnaire en l'espèce, que la divisibilité peut être réalisée lorsqu'on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d'un trait de crayon bleu.

D'après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document. En d'autres termes, la clause illégale doit constituer un engagement distinct, qui ne soit pas partie de l'objet et de l'essence même du contrat. La clause doit paraître retranchable. Voir *Fridman, op. cit.*, p. 443.

Le test du trait de crayon bleu a été appliqué à plusieurs reprises dans le contexte de violations de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, afin de supprimer des clauses relatives à l'intérêt contraires à la loi. Par exemple, dans une des premières décisions portant sur l'application de l'art. 347 (l'art. 305.1 à l'époque), *Mira Design Co. c. Seascope Holdings Ltd.*, [1982] 4 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.), la juge locale Huddart a conclu ainsi, à la p. 105 :

[TRADUCTION] Vu ces circonstances et comme les clauses illégales peuvent être éliminées en supprimant la première condition de la p. 2 du prêt hypothécaire, les passages « si la somme est payée au créancier hypothécaire » et « en plus des intérêts, au taux indiqué précédemment, sur le capital de QUATRE-VINGT MILLE (80 000 \$) DOLLARS » figurant dans la deuxième condition, le paragraphe suivant en entier et les mots « et les intérêts » dans le covenant figurant au par. A, à la même page, je conclus que les passages illégaux sont effectivement retranchables.

De plus, à la p. 104, la juge locale Huddart a décrit en ces termes la portée et l'application de l'art. 305.1 du *Code criminel* :

57

58

Most Canadians would agree that the purpose of the Criminal Code is to protect the public by providing for the punishment of behaviour that Parliament considers to be against the public interest. The purpose of s. 305.1 [now s. 347] is to punish everyone who enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. It does not expressly prohibit such behaviour, nor does it declare such an agreement or arrangement to be void. The penalty is severe, and designed to deter persons from making such agreements. It replaces the Small Loans Act, which included a prohibition of such agreements and gave the court the power to reconstruct them. It is designed to protect borrowers. There is no penalty imposed on a person who makes an agreement to pay, or pays, interest at a criminal rate. It is not designed to prevent persons from entering into lending transactions *per se*. As regards subject matter, its scope and application are limited to agreements regarding interest. Moreover, to find that s. 305.1 necessarily prohibits the entering into of agreements or arrangements to receive interest at a criminal rate would be to accomplish that which Parliament has chosen not to do, or cannot do, directly.

59

Second, there is no legal or other principled reason to limit the application of the new approach endorsed by my colleague, that is notional severance, to the application of the criminal rate of interest. This means that other illegal provisions would be open to judicial redrafting. In my opinion, the availability of “notional severance” as a remedy creates greater uncertainty in the law. It is clear that both severance and notional severance alter the parties’ agreement in some way. However, under the traditional severance approach, courts continue to work with the words of the parties themselves, removing only those portions of the contract that render it illegal. In stark contrast, under notional severance, courts will be permitted to literally add new words to the parties’ agreement. By doing so, courts will be substituting their intentions for those of the parties. Notional severance would extend the judicial role in what I consider to be an unfortunate way. One instance, in particular, comes to mind.

[TRANSLATION] La plupart des Canadiens conviendraient que l’objet du Code criminel est de protéger le public en punissant les comportements que le législateur juge contraires à l’intérêt public. L’article 305.1 [maintenant l’art. 347] a pour objet de punir toute personne qui conclut une convention ou une entente en vue de percevoir des intérêts à un taux criminel. La disposition n’interdit pas expressément ce comportement et ne déclare pas non plus qu’une telle convention ou entente est frappée de nullité. La peine prévue est sévère et vise à décourager la conclusion de telles conventions. La disposition remplace la Loi sur les petits prêts, laquelle interdisait de telles conventions et donnait au tribunal le pouvoir de les reformuler. Elle tend à protéger les emprunteurs. Elle n’impose aucune sanction aux personnes qui paient des intérêts à un taux criminel, ou s’engagent à le faire. Elle ne vise pas à empêcher les gens de conclure des conventions de prêt en soi. Quant à l’objet de cette disposition, sa portée et son application se limitent aux ententes portant sur les intérêts. Qui plus est, le fait de conclure que l’art. 305.1 prohibe nécessairement la conclusion de conventions ou d’ententes de perception d’intérêts à un taux criminel reviendrait à faire ce que le législateur a choisi de ne pas faire ou ne peut pas faire directement.

Deuxièmement, il n’existe aucune considération juridique ou autre raison de principe justifiant d’appliquer seulement aux taux d’intérêt criminels la nouvelle démarche à laquelle a souscrit ma collègue, en l’occurrence la divisibilité fictive. Cela signifie que d’autres clauses illégales pourraient être reformulées par les tribunaux. À mon avis, la possibilité de recourir à la « divisibilité fictive » comme réparation crée une incertitude encore plus grande en droit. Il est clair que tant la divisibilité pure et simple que la divisibilité fictive ont pour effet de modifier d’une certaine manière la convention des parties. Toutefois, lorsqu’ils appliquent la divisibilité traditionnelle les tribunaux continuent de s’en tenir aux termes choisis par les parties elles-mêmes, et ils ne retranchent du contrat que les passages qui lui donnent son caractère illégal. À l’opposé, la divisibilité fictive permettra concrètement aux tribunaux d’ajouter des mots nouveaux à la convention des parties. Ce faisant, ils substitueront leur volonté à celle des parties. La divisibilité fictive élargirait le rôle des tribunaux d’une manière qui, à mon avis, serait regrettable. Un exemple précis de cela me vient à l’esprit.

In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King*, *supra*, Hinkson, Lambert and Southin J.J.A. wrote three sets of concurring reasons refusing to grant an interlocutory injunction to enforce a covenant in restraint of trade. The provision of the contract in question was a non-competition clause that restrained competition in Canada and Bermuda. All three judges held that the covenant was overly broad. They refused to substitute a covenant with reasonable terms for the unreasonable provision. Lambert J.A. concluded that the authorities were clear that courts may not make contracts for parties that they have not made themselves. In his opinion, substituting the words “British Columbia and Alberta” for “Canada and Bermuda” would have rendered the term enforceable (p. 307), but that was something for the parties, not the court, to do. Under the new approach, would judges be permitted to make such substitutions in order to render the contract enforceable?

It is important to note that Lambert J.A. found, at p. 307, that the blue-pencil rule would have made no difference to his decision as he would not have been any more willing to sever a portion of the clause had it named all the provinces and territories of Canada separately, and so been amenable to the application of the blue-pencil rule. (I am not convinced under traditional severance that a court would not be permitted to strike out a number of offending provisions, or a number of provinces within a list, in order to render the contract compliant with the law. As the majority’s decision preserves traditional severance as one of the remedies within the trial judge’s discretion, this issue will likely be considered in a more appropriate case in the future.)

Furthermore, Lambert J.A. held that a clause, where one alternative encompasses another, would be, in his opinion, void for uncertainty and should not be made valid by severance. For example, a contract containing a covenant not to compete: (1) in

Dans l’arrêt *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King*, précité, les juges Hinkson, Lambert et Southin ont, dans des opinions individuelles, refusé d’accorder une injonction interlocutoire qui aurait forcé les intéressés à respecter une clause restreignant la liberté de commerce. La stipulation du contrat en question était une clause de non-concurrence interdisant à certaines personnes d’exercer leurs activités au Canada et aux Bermudes. Les trois juges ont estimé que cette clause avait une portée trop large. Ils ont refusé de remplacer cette clause déraisonnable par des termes raisonnables. Le juge Lambert a conclu que la jurisprudence indiquait clairement que les tribunaux ne peuvent établir, pour les parties, des contrats dont celles-ci n’ont pas elles-mêmes convenu. À son avis, substituer les mots [TRADUCTION] « Colombie-Britannique et Alberta » aux mots « Canada et Bermudes » aurait rendu la clause exécutoire (p. 307), mais il appartenait aux parties, et non au tribunal, de prendre une telle mesure. En vertu de la nouvelle méthode, les juges seraient-ils autorisés à faire de telles substitutions afin de donner force exécutoire au contrat?

Il importe de souligner que, à la même page, le juge Lambert a également conclu que la règle du trait de crayon bleu n’aurait rien changé à sa décision, car il n’aurait pas été davantage disposé à retrancher quelque partie que ce soit de cette clause, même si celle-ci avait distinctement énuméré chaque province et territoire du Canada et se serait ainsi prêtée à l’application de la règle susmentionnée. (Je ne suis pas convaincu qu’un tribunal ne pourrait pas, en application de la divisibilité traditionnelle, biffer certaines clauses illégales, ou encore un certain nombre de provinces figurant dans une liste, afin de rendre le contrat conforme à la loi. Comme la décision des juges majoritaires maintient la divisibilité traditionnelle comme réparation relevant du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, cette question sera probablement examinée un jour dans une instance plus appropriée.)

En outre, le juge Lambert s’est dit d’avis qu’une clause prévoyant une solution en englobant une autre serait nulle pour cause d’incertitude et ne devrait pas être validée par l’application de la divisibilité. Par exemple, un contrat comportant une

60

61

62

Ottawa, and (2) in the rest of Ontario, might be valid as to Ottawa, but overbroad, and therefore wholly invalid, as to Ontario. Including the two promises within the same contract renders the whole clause invalid. In Lambert J.A.'s opinion, the only point on which the covenant is clear is that the covenant is to cover at least Ottawa. But the parties could have simply stated that. Again, under the approach adopted by my colleague, could a court rewrite the second clause to read, for example, "in the rest of northeastern Ontario", so that it no longer constitutes an illegal restraint of trade?

63

Third, in my view, the approach taken by the majority in this case is inconsistent with that taken in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112. In *Garland*, this Court interpreted the definition of interest broadly in order to prevent creditors from avoiding the statute by manipulating the form in which payments are to be made. At paras. 27-28, Major J. wrote:

It is apparent from this definition that for the purposes of s. 347 "interest" is an extremely comprehensive term, encompassing many types of fixed payments which would not be considered interest proper at common law or under general accounting principles. . . .

. . . The broad language of s. 347 was presumably intended . . . to prevent creditors from avoiding the statute simply by manipulating the form of payment exacted from their debtors . . . . It is the substance, and not merely the form, of a charge or expense which determines whether it is governed by s. 347.

64

Under my colleague's approach, a creditor would be permitted to escape the consequences of its avoidance measures by simply reducing the rate applied to the maximum permitted under the *Criminal Code*. In my opinion, this approach is inconsistent with the general objectives expressed in the *Code* and incompatible with the notion of deterrence. It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for

clause par laquelle l'intéressé s'engage à ne pas faire de concurrence (1) à Ottawa et (2) dans le reste de l'Ontario pourrait être valide dans le cas d'Ottawa, mais trop large et, partant, entièrement invalide pour ce qui concerne l'Ontario. La stipulation des deux engagements dans le même contrat invalide toute la clause. Selon le juge Lambert, le seul élément qui ressort nettement de la clause restrictive est qu'elle est valide au moins à Ottawa. Mais les parties auraient pu simplement dire cela. Ici aussi, est-ce que selon la méthode adoptée par ma collègue, le tribunal pourrait, par exemple, reformuler ainsi la deuxième clause, « dans le reste du nord-est de l'Ontario », pour qu'elle ne constitue plus une restriction illégale à la liberté de commerce?

Troisièmement, je suis d'avis que l'analyse adoptée par les juges majoritaires en l'espèce est incompatible avec celle retenue dans l'affaire *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112. Dans cet arrêt, notre Cour a interprété largement la définition d'intérêt afin d'empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant la forme des paiements. Le juge Major a écrit ceci, aux par. 27-28 :

Il ressort de cette définition que, pour les fins de l'art. 347, l'« intérêt » est un terme qui a un sens très large et qui désigne de nombreux types de paiements fixes qui ne seraient pas considérés comme un intérêt proprement dit en common law ou selon des principes comptables généraux. . . .

. . . Le texte général de l'art. 347 visait probablement [. . .] à empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant simplement la forme du paiement exigé de leurs débiteurs [. . .] C'est la nature, et non seulement la forme, des frais qui détermine s'ils sont régis par l'art. 347.

La démarche retenue par ma collègue permettrait au créancier d'échapper aux conséquences des mesures qu'il a prises pour contourner la loi simplement en réduisant le taux d'intérêt au taux maximum permis par le *Code criminel*. À mon avis, cette analyse est incompatible avec les objectifs généraux énoncés dans le *Code* et avec l'idée de dissuasion. Tout prêteur, même un créancier commercial, commet une infraction criminelle lorsqu'il

an effective interest rate greater than 60 percent per annum. And, as Rosenberg J.A. remarked, at para. 31, of the majority reasons of the Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97) to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance to the benefit of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law.

It is also important to note that this Court has developed a method for determining whether, as a matter of principle, a departure from well-established precedent is warranted. I canvassed the relevant factors in *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43, as follows:

In the recent case of *Robinson* [*R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683], Lamer C.J., for a majority of the Court, relied on five factors to justify the reversal of an earlier decision of the Court in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. These factors were the existence of previous dissenting opinions in this Court, a trend in the provincial appellate courts to depart from the principles adopted in the original decision, criticism of the case or the adoption of a contrary rule in other jurisdictions, doctrinal criticism of the case and its foundations, and inconsistency of the case with other decisions. While they are not prerequisites for a change in the common law, these factors help to identify compelling reasons for reform. On the other hand, courts will not intervene where the proposed change will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately measured: see *Bow Valley [Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.]*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93.

In my opinion, there do not appear to be compelling reasons to depart from the lower courts' and Privy Council's well-established precedent.

My colleague has provided a comprehensive summary of the facts in issue. In my opinion, the finding by the trial judge that there was no criminal intent should not cloud our analysis. Knowledge is not a requirement under the provision. Indeed, as

conclut une convention de prêt fixant un taux d'intérêt effectif annuel supérieur à 60 pour 100. En outre, comme l'indiquait le juge Rosenberg pour la majorité ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31), le fait d'autoriser la sorte de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance revient à apporter à la doctrine de la divisibilité prévue par la common law une innovation substantielle en faveur de personnes qui, à première vue, contreviennent au droit criminel.

Il importe également de souligner que notre Cour a élaboré une méthode pour déterminer si des raisons de principe justifient d'écarter une jurisprudence bien établie. Dans l'arrêt *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, j'ai fait état des facteurs pertinents à cet égard, au par. 43 :

Récemment, dans l'affaire *Robinson* [*R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683], le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour, s'est fondé sur cinq facteurs pour justifier la décision d'écarter l'arrêt antérieur de notre Cour *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Ces facteurs étaient l'existence d'opinions dissidentes exprimées antérieurement au sein de notre Cour, la constatation d'une tendance parmi les cours d'appel provinciales à s'écarter des principes adoptés dans l'arrêt en question, les critiques formulées à l'égard de cet arrêt ou l'adoption d'une règle contraire dans d'autres pays, la critique de cet arrêt et de ses fondements dans la doctrine, ainsi que l'incompatibilité de cet arrêt avec d'autres décisions. Bien que ces facteurs ne soient pas des préalables à la modification de la common law, ils permettent néanmoins de constater l'existence de motifs de réforme convaincants. Par ailleurs, les tribunaux n'interviendront pas lorsque la modification proposée aurait des effets complexes et d'une grande portée, qui placeraient le droit sur une trajectoire inconnue dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précisions : voir *Bow Valley [Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.]*, [1997] 3 R.C.S. 1210, au par. 93.

Ici, il ne semble y avoir aucune raison impérieuse d'écarter la jurisprudence établie par les tribunaux inférieurs et par le Conseil privé.

Ma collègue a fait un résumé complet des faits de l'espèce. À mon avis, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y avait absence d'intention criminelle ne doit pas influencer notre analyse. En effet, la disposition n'exige pas que

65

66

noted by Rosenberg J.A., at para. 15 of the majority reasons of the Court of Appeal, the typical case is one where the parties do not intend to violate the criminal law and occupy relatively equal bargaining positions.

67 Also, while legal advice will almost certainly be helpful, parties cannot rely on such advice to excuse themselves from non-compliance with the law. Here, advice was given on the specific interest clause only, that the interest was 48 percent, and that advice was wrong. Neither party was advised by its solicitor of the scope of s. 347 of the *Criminal Code* (see appellant's factum, at para. 5; respondent's factum, at para. 1). Contracting parties should consider all of the provisions in the agreement when determining the total interest charged.

68 I would like to conclude by drawing attention to clause 9.1 of the accounts receivable factoring agreement which reflects the parties' own intentions as to remedy (see tab 4 of the respondent's record). Clause 9.1 reads as follows:

**9.1 Severability.** If any provision of this Agreement is deemed by a court having jurisdiction to be wholly or partially invalid, this Agreement shall be interpreted as if such provision had not been part of this Agreement, and so that the validity of such provision shall not affect the validity of the remainder of this Agreement which shall be construed as if this Agreement had been executed without such provision.

69 At the hearing of the appeal in this Court, counsel for the appellant submitted that "this severance provision really doesn't apply to the interest rate provision that is in effect in this case which is found in a separate document which was in the commitment letter". Counsel conceded however that clause 9.1 "reflects an intention that if, to the extent that a provision is tainted by illegality, it will not render the contract invalid, and this clause applies to the extent that notional severance is not effected" (emphasis added). The underlined caveat is, of course, incompatible with the plain meaning of clause 9.1 and unsupported by the record.

l'infraction ait été commise sciemment. De fait, comme l'a souligné le juge Rosenberg dans l'opinion majoritaire, au par. 15, en général dans les affaires de ce genre les parties n'entendaient pas contrevenir au droit criminel et ont négocié d'égal à égal.

De plus, bien que le fait d'avoir obtenu des conseils juridiques sera certainement utile, les parties ne peuvent invoquer ces conseils pour justifier leur inobservation de la loi. En l'espèce, l'opinion obtenue ne portait que sur la clause même traitant des intérêts et disait que leur taux s'élevait à 48 pour 100; mais cette opinion était erronée. Aucune des parties n'a été informée de la portée de l'art. 347 du *Code criminel* (voir le par. 5 du mémoire de l'appelante et le par. 1 de celui de l'intimée). Les parties contractantes doivent tenir compte de toutes les clauses de la convention lorsqu'elles calculent l'intérêt total demandé.

J'aimerais conclure en m'arrêtant sur la clause 9.1 de la convention d'affacturage, qui reflète l'intention des parties en ce qui a trait à la réparation (voir l'onglet 4 du mémoire de l'intimée). La clause 9.1 est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] **9.1 Divisibilité de la convention.** Si un tribunal compétent déclare l'une quelconque des clauses de la présente convention totalement ou partiellement invalide, cette clause est considérée comme n'ayant jamais fait partie de la convention, de sorte que sa validité n'a aucune incidence sur celle des autres clauses de la convention, laquelle est considérée comme ayant été signée sans la clause en question.

Durant l'audition du pourvoi devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a plaidé que [TRADUCTION] « cette clause de divisibilité ne s'applique pas réellement à la clause relative au taux d'intérêt en vigueur dans la présente affaire, que l'on trouve dans un document distinct dans la lettre d'engagement ». Toutefois, l'avocat a concédé que la clause 9.1 [TRADUCTION] « reflète l'intention qu'une clause entachée d'illégalité ne rende pas le contrat invalide, et que cette clause s'applique dans la mesure où on n'a pas recours à la divisibilité fictive » (je souligne). La réserve soulignée dans l'extrait qui précède est évidemment incompatible avec le sens évident de la clause 9.1 et elle n'est pas étayée par le dossier.

In any event, the commitment letter referred to by counsel is dated March 6, 2000, and the factoring agreement that contains clause 9.1 indicates that it was executed as of March 30, 2000. And, significantly, the commitment letter and the factoring agreement provide for the same royalty payment of \$160,000, the same monitoring fee of \$750 per month, and the same standby fee of 1 percent per month.

A letter sent from the appellant's solicitor to the respondent is instructive in this regard. As the trial judge explains, at paras 4-5 of his reasons ((2001), 54 O.R. (3d) 144):

Although a factoring agreement, promissory note and general security agreement were executed on — or as of — March 30, 2000, the parties had already agreed to depart from the provisions of the first of these documents. On March 28, 2000, the respondent's solicitor wrote to the solicitor acting for the applicant and the Dragosits:

Further to our conversation of March 27, 2000, I confirm on behalf of my client that as an economic accommodation to your client, the administration of the factoring facility will not strictly follow the provisions of the factoring agreement, unless my client elects to exercise its rights under that agreement. It is anticipated that your client will draw the full amount of the facility and pay interest, fees and royalties as they are set out in the commitment letter. Please note that the interest rate [is] 48 (per cent) per annum.

In consequence, the concept of a factoring of receivables was put aside and replaced by a revolving credit facility secured on the current assets of the applicant including its accounts receivable. Each of the Dragosits signed a personal guarantee for the entire \$500,000. [Emphasis added.]

In these circumstances, I am not persuaded that clause 9.1 of the factoring agreement was in any way overtaken by the commitment letter dated earlier. While certain aspects of the financial arrangement were governed by the commitment letter alone, it is apparent from the letter sent by appellant's solicitor that the provisions of the factoring agreement were still very much alive.

Quoi qu'il en soit, la lettre d'engagement mentionnée par l'avocat est datée du 6 mars 2000 et la convention d'affacturage où figure la clause 9.1 porte l'indication qu'elle a été faite le 30 mars 2000. De plus, fait significatif, les lettre et convention susmentionnées prévoient la même redevance de 160 000 \$, les mêmes frais de surveillance de 750 \$ par mois et le même droit d'usage de 1 pour 100 par mois.

Une lettre expédiée à l'intimée par l'avocat de l'appelante est instructive à cet égard. Comme l'explique le juge de première instance, aux par. 4 et 5 de ses motifs ((2001), 54 O.R. (3d) 144) :

[TRADUCTION] Bien qu'une convention d'affacturage, un billet et une convention générale de garantie aient été établis le — ou vers le — 30 mars 2000, les parties avaient déjà convenu de ne pas s'en tenir aux clauses du premier document susmentionné. Le 28 mars 2000, l'avocat de l'intimée a écrit à celui qui représentait la requérante et les Dragosits :

Pour donner suite à notre conversation du 27 mars 2000, je vous confirme de la part de ma cliente que, à titre d'arrangement financier avec votre cliente, l'administration des facilités d'affacturage ne se fera pas strictement selon les clauses de la convention d'affacturage, à moins que ma cliente ne choisisse d'exercer les droits que lui accorde cette convention. Il est prévu que votre cliente utilisera le montant total de ce crédit et paiera les intérêts, droits, commissions, frais honoraires et redevances énoncés dans la lettre d'engagement. Veuillez prendre note que le taux d'intérêt est 48 (pour cent) par année.

En conséquence, l'idée d'affacturage a été écartée et remplacée par une facilité de crédit renouvelable garantie par les éléments d'actif de la demanderesse, y compris ses comptes recevables. Chacun des Dragosits a signé une garantie personnelle pour la somme complète de 500 000 \$. [Je souligne.]

Dans ces circonstances, je ne suis pas convaincu que la clause 9.1 de la convention d'affacturage devait céder le pas à la lettre d'engagement portant une date antérieure. Bien que certains aspects des arrangements financiers fussent régis uniquement par la lettre d'engagement, il ressort clairement de la lettre expédiée par l'avocat de l'appelante que les modalités de la convention d'affacturage continuaient encore de s'appliquer.

70

71

72

73 A plain reading of the clause indicates that, should a term of the agreement between the parties be “deemed . . . wholly or partially invalid”, the parties intended their agreement to be “construed as if this Agreement had been executed without [the offending] provision”. I cannot see how the wording of the clause can be said to anticipate — still less, to provide for — notional severance.

74 Bearing in mind the plain meaning of clause 9.1, counsel’s concession as to the intention of the parties and the letter sent by the appellant’s solicitor to the respondent on March 28, 2000 — three weeks after the commitment letter, on which the appellant relies, was signed, I feel bound to conclude that the blue-pencil approach adopted by the Court of Appeal is entirely consistent with the parties’ own intentions and that notional severance is not.

75 In light of this consideration, I respectfully disagree with my colleague that reducing, or effectively rewriting, the rate of interest to the legally prescribed rate of 60 percent would show more respect for the sanctity of the bargain between the parties. It appears from clause 9.1 that the parties turned their minds to this very issue and agreed that, in the event of a court declaring a provision in the contract invalid, the agreement shall be interpreted, not redrafted, as if that provision was not part of the contract.

76 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

77 FISH J. (dissenting) — With respect for the contrary view of Justice Arbour, I would, like Justice Bastarache and for the reasons that follow, dismiss the appeal with costs.

I

78 We are concerned in this case with the civil consequences of a serious violation of the criminal law of Canada.

La simple lecture de la clause indique que, si une condition de la convention liant les parties était [TRADUCTION] « déclar[ée] [. . .] totalement ou partiellement invalide », les parties entendaient que la convention soit « considérée comme ayant été signée sans la clause [illégal] ». Je ne vois pas comment on pourrait affirmer que cette clause envisageait le recours à la divisibilité fictive — et encore moins qu’elle pourvoyait à son application.

Gardant à l’esprit le sens clair de la clause 9.1, la concession de l’avocat quant à l’intention des parties et la lettre expédiée par l’avocat de l’appelante à l’intimée le 28 mars 2000 — trois semaines après la signature de la lettre d’engagement sur laquelle s’appuie l’appelante —, j’estime devoir conclure que la technique du trait de crayon bleu adoptée par la Cour d’appel est tout à fait compatible avec l’intention des parties, mais que la divisibilité fictive ne l’est pas.

Vu cette constatation, je ne peux me rallier à l’avis de ma collègue que le fait de réduire le taux stipulé au taux de 60 pour 100 prescrit par la loi, ou concrètement de reformuler le taux d’intérêt convenu, respecte davantage le caractère sacré du marché intervenu entre les parties. La clause 9.1 tend à indiquer que les parties se sont penchées sur cette question et ont convenu que si un tribunal déclarait invalide une des clauses de la convention, elles ne reformuleraient pas celle-ci mais considéreraient plutôt que la clause en question n’en faisait pas partie.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour l’opinion contraire exprimée par la juge Arbour, je suis d’avis, tout comme le juge Bastarache et pour les motifs suivants, de rejeter le pourvoi avec dépens.

I

Le présent pourvoi porte sur les conséquences civiles d’une violation grave du droit criminel canadien.

Section 347 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that it is a criminal offence to charge or agree to receive “interest at a criminal rate”, which is defined as interest that exceeds 60 percent per annum. I consider the violation in this case to be serious because the appellant charged the respondent an effective interest rate of more than 90 percent.

I recognize that the law of equity is not a closed-end list of off-the-shelf remedies. Like the majority in the Court of Appeal, however, I do not believe this case required a new and novel prescription to ensure a fair and reasonable solution. The well-established “blue-pencil” remedy described by my colleagues and applied in the Court of Appeal respects the trial judge’s findings of fact, as it must, and achieves an equitable result consistent with established principle.

Finally, I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge erred in straining the recognized rules of equity by resorting to what he described as “notional severance”. In different circumstances, his fresh and creative approach might well prove appropriate. That would be so where notional severance is necessary to resolve a private dispute fairly and in a manner that is not incompatible with the social and legal objectives of the criminal law — which, in my respectful view, is not the case here.

## II

The appellant made a commercial loan to the respondent at a “criminal rate” within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*. Pursuant to that provision, as I have mentioned, anything over 60 percent per annum is, as a matter of law, a “criminal rate”.

The loan in this case was made at an effective annual rate of 90.9 percent, or 150 percent of the legal maximum.

Aux termes de l’art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet une infraction criminelle, quiconque impose ou accepte de percevoir « des intérêts à un taux criminel », lequel est défini comme étant un taux d’intérêt annuel qui dépasse 60 pour 100. J’estime que nous sommes en présence d’une violation grave, car l’appelante a imposé à l’intimée un taux d’intérêt effectif supérieur à 90 pour 100.

Je reconnais que les règles d’équité ne constituent pas une liste exhaustive de réparations toutes faites. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, cependant, je ne crois pas qu’une réparation nouvelle et originale s’imposait en l’espèce pour apporter une solution juste et raisonnable au litige. La réparation bien établie du [TRADUCTION] « trait de crayon bleu » (« *blue-pencil* »), décrite par mes collègues et appliquée par la Cour d’appel, respecte comme il se doit les conclusions de fait du juge de première instance et produit un résultat équitable, en harmonie avec les principes reconnus.

Enfin, je souscris à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle le juge de première instance a à tort forcé les règles d’équité reconnues en utilisant ce qu’il a appelé la [TRADUCTION] « divisibilité fictive » (« *notional severance* »). Dans d’autres circonstances, son approche originale et créative pourrait fort bien se révéler appropriée. Ce serait le cas, par exemple, lorsque l’application de la divisibilité fictive est nécessaire pour trancher un litige privé d’une manière équitable et non incompatible avec les objectifs sociaux et juridiques du droit criminel — situation différente, à mon humble avis, de celle dont nous sommes ici saisis.

## II

L’appelante a consenti à l’intimée un prêt à un « taux criminel » au sens de l’art. 347 du *Code criminel*. Comme je l’ai mentionné précédemment, selon cette disposition tout taux d’intérêt annuel supérieur à 60 pour 100 constitue en droit un « taux criminel ».

En l’espèce, le prêt a été consenti au taux annuel effectif de 90,9 pour 100, soit 150 pour 100 du maximum autorisé par la loi.

79

80

81

82

83

84 There were two components to the interest charged.

85 The first provided for interest at four percent per month, calculated daily, payable monthly in arrears. Appellant's solicitor, without intending to mislead, erroneously advised respondent's solicitor "that the interest rate [was] 48 (per cent) per annum". It was in fact 60.1 percent, a criminal rate in itself.

86 The second component consisted in various charges that, taken together, increased the effective annual interest rate from 60.1 percent to 90.9 percent.

87 These facts are not in dispute.

88 Moreover, the appellant, though it did so at the outset, no longer contests: (1) that the rate stipulated as interest was a "criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Criminal Code*; and (2) that the additional charges I have mentioned fall within the definition of "interest" in s. 347. And it is common ground that s. 347 applies to the kind of commercial loan that concerns us here.

89 Two defining features of the impugned loan agreement must therefore be borne in mind from the outset. First, that we are not dealing in this case with a contract that violates civil, commercial or regulatory legislation, but rather with an agreement that violates the *Criminal Code* of Canada; and second, that the effective interest rate under that contract amounts to more than one-and-a-half times the threshold criminal rate, and does not exceed it barely, slightly, or by only 0.1 percent.

90 The trial judge found that the appellant did not intend to breach s. 347 of the *Criminal Code*. This was therefore, in his view, a case for severance of the illegal provisions in the contract.

91 It is important to remember that only one provision of the contract was illegal in itself: the provision which charges interest at the criminally prohibited

L'intérêt à payer comportait deux éléments.

Le premier était constitué d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. L'avocat de l'appelante a mentionné par écrit à l'avocat de l'intimée, erronément — mais sans intention de tromper —, [TRADUCTION] « que le taux d'intérêt [s'élevait à] 48 (pour cent) par année », alors qu'il s'élevait en réalité à 60,1 pour 100, un taux criminel en soi.

Le deuxième élément était composé de frais divers qui, considérés globalement, faisaient grimper le taux d'intérêt annuel effectif de 60,1 pour 100 à 90,9 pour 100.

Ces faits ne sont pas contestés.

De plus, bien qu'elle ait contesté ces points au départ, l'appelante reconnaît maintenant (1) que le taux d'intérêt prévu constituait un « taux criminel » au sens de l'art. 347 du *Code criminel* et (2) que les frais additionnels dont j'ai fait état plus tôt sont visés par la définition d'« intérêt » à l'art. 347. En outre, il est établi que l'art. 347 s'applique au genre de prêt commercial qui nous intéresse en l'espèce.

Il importe donc, d'entrée de jeu, de retenir deux caractéristiques déterminantes du contrat de prêt. Premièrement, nous ne sommes pas en présence d'un contrat enfreignant une disposition législative de nature civile, commerciale ou réglementaire, mais plutôt d'une convention contrevenant au *Code criminel* du Canada; deuxièmement, le taux d'intérêt effectif stipulé correspond à plus d'une fois et demie le taux criminel minimal, et il ne le dépasse pas qu'à peine, légèrement ou de 0,1 pour 100 seulement.

Le juge du procès a conclu que l'appelante n'avait pas eu l'intention d'enfreindre l'art. 347 du *Code criminel*. Le retranchement des clauses illégales du contrat était donc, à son avis, la solution qui s'imposait en l'espèce.

Il est important de se rappeler qu'une seule des clauses du contrat était illégal en soi : la stipulation fixant l'intérêt au taux criminellement interdit de

rate of 60.1 percent. The other charges, included in the definition of interest set out in s. 347, were separately set out in the agreement and not stipulated as interest.

Had the trial judge severed the interest clause and left the other charges intact, his decision would have fallen within the bounds of his discretion.

He declined, however, to do so.

Instead, he applied a new and novel remedy that he described as “notional severance”, rewriting the interest clause so as to yield, when added to the other charges, a cumulative, effective interest rate of 60 percent — the very threshold of the criminal rate prohibited by s. 347 of the *Code*.

In the Court of Appeal for Ontario, the majority found that the trial judge had erred in “straining” the law in this way. The appellant had charged the respondent a criminal rate of interest far exceeding the limit established by Parliament, and the Court of Appeal found it inappropriate, as a matter of legal principle and judicial policy, to bend or extend the equitable remedy of severance in order to secure for the appellant the maximum rate of interest it could have recovered had it not violated the law.

Bearing in mind the trial judge’s findings of fact and applying the recognized blue-pencil approach, the Court of Appeal instead severed the criminal rate agreed to by the parties as interest and permitted the appellant to recover the separately stipulated charges, which left in place an effective interest rate of just over 30 percent.

The decisive question in this Court is whether the Court of Appeal erred in law in concluding as it did.

I would answer that question in the negative.

60,1 pour 100. Les autres frais, qui sont également visés par la définition d’intérêt énoncée à l’art. 347, étaient mentionnés séparément dans la convention qui ne stipulait pas qu’ils constituaient de l’intérêt.

Si le premier juge avait retranché la clause relative à l’intérêt et qu’il avait laissé celles visant les autres frais intactes, sa décision aurait respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire.

Il a toutefois refusé d’agir ainsi.

Il a plutôt appliqué une réparation nouvelle et originale, qu’il a appelée « divisibilité fictive » et au moyen de laquelle il a reformulé la clause relative à l’intérêt pour obtenir, une fois les autres frais pris en compte, un taux cumulatif d’intérêt effectif de 60 pour 100 — limite même passée laquelle un taux d’intérêt devient un taux criminel interdit par l’art. 347 du *Code*.

En Cour d’appel de l’Ontario, la majorité a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en [TRADUCTION] « forçant » ainsi la portée du droit applicable pertinent. Comme l’appelante avait imposé à la défenderesse un taux d’intérêt criminel dépassant largement la limite établie par le législateur, la Cour d’appel a estimé qu’il ne convenait pas, en tant que principe juridique et politique judiciaire, de dénaturer ou d’élargir la réparation en equity que constitue la divisibilité pour accorder à l’appelante le taux d’intérêt le plus élevé qu’elle aurait pu obtenir si elle n’avait pas enfreint la loi.

Gardant à l’esprit les conclusions de fait du premier juge et appliquant la méthode reconnue du trait de crayon bleu, la Cour d’appel a plutôt retranché le taux d’intérêt criminel convenu par les parties au titre des intérêts, et elle a permis à l’appelante d’obtenir paiement des frais précisés dans des clauses distinctes, ce qui a eu pour effet de maintenir un taux d’intérêt effectif légèrement supérieur à 30 pour 100.

Devant notre Cour, la question déterminante consiste à décider si la Cour d’appel a commis une erreur de droit en retenant cette solution.

Je répondrais à cette question par la négative.

92

93

94

95

96

97

98

## III

99 Without so deciding, I am prepared for present purposes to agree with Arbour J., at para. 5, that “notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347” of the *Criminal Code*.

100 Even on that assumption, however, I would permit notional severance only where: (1) public policy does not require that the entire agreement be declared unenforceable; (2) severance is found to be warranted; and (3) severance *simpliciter* — or “blue-pencil severance” — is impracticable or would occasion an unjust result.

101 Here, on the facts as found by the trial judge, the first two criteria are satisfied but the third is not: blue-pencil severance is both possible and fair. And, unlike notional severance as applied by the trial judge, blue-pencil severance does not do violence to the policy purposes of s. 347 of the *Criminal Code* or require a judicial rewriting of the interest clause agreed to, as such, by the parties.

102 Section 347(1) of the *Code* provides that everyone who

(a) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(b) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(d) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

## III

Sans pour autant conclure en ce sens, je suis disposé, pour les besoins du présent pourvoi, à me rallier à l’opinion exprimée par la juge Arbour, au par. 5, où elle dit « que les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l’art. 347 » du *Code criminel*.

Même en acceptant cette hypothèse, toutefois, je n’autoriserais l’application de la divisibilité fictive que dans les cas où les conditions suivantes sont réunies : (1) aucune raison d’ordre public ne requiert que l’accord au complet soit déclaré inexécutoire; (2) la divisibilité est jugée justifiée; (3) la divisibilité pure et simple — ou [TRADUCTION] « divisibilité au moyen du trait de crayon bleu » — n’est pas faisable ou produirait un résultat injuste.

En l’espèce, à la lumière des faits constatés par le juge du procès, les deux premières conditions sont respectées, mais la troisième ne l’est pas : la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu est une solution à la fois possible et juste. Qui plus est, contrairement à la méthode de la divisibilité fictive, telle qu’elle a été appliquée par le juge de première instance, la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu ne fait pas violence aux objectifs d’intérêt général visés par l’art. 347 du *Code criminel* ni ne requiert du tribunal qu’il réécrive la clause relative aux intérêts dont ont convenu, en tant que telle, les parties.

Le paragraphe 347(1) du *Code* dispose que quiconque selon le cas :

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable:

c) soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines.

And s. 347(2) provides:

(2) In this section,

. . .

“criminal rate” means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

As consideration for its loan to the respondent, in addition to the interest stipulated as interest, the appellant, as already mentioned, charged various other amounts that constituted interest called by another name. As noted by Arbour J., it is undisputed that those charges fall squarely with the definition of “interest” set out in s. 347(2) of the *Criminal Code*. Together, they added 30.8 percent to the 60.1 percent expressly contemplated by the agreement.

The trial judge found as a fact that the appellant, in charging the respondent an effective interest rate of 90.9 percent per annum, did not intend to breach the provisions of s. 347. His conclusion in this regard should not be misunderstood: an intent to breach the section is not an essential element of the offence.

There is no doubt, moreover, that the appellant was perfectly aware of the stipulated rate of interest (though perhaps not of its actuarial quantification) and was aware of all the other charges that, as a matter of law, constitute interest as well.

As I said earlier, I am prepared to assume for present purposes that notional severance is a remedy known to law, but would permit its application in cases involving a breach of the criminal law only where severance is nonetheless warranted as a matter of equity and severance *simpliciter* is impracticable or would create an unjust result.

L’expression « taux criminel » est définie ainsi au par. 347(2) :

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

. . .

« taux criminel » Tout taux d’intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

En contrepartie du prêt qu’elle a consenti à l’intimée, l’appelante a, comme je l’ai mentionné plus tôt, exigé en sus des intérêts désignés comme tels dans le contrat divers autres frais qui constituaient de l’intérêt mais étaient qualifiés autrement. Comme le dit la juge Arbour, il est incontestable que ces frais correspondent exactement à la définition du terme « intérêt » énoncée au par. 347(2) du *Code criminel*. Ensemble, ils majoraient de 30,8 pour 100 le taux de 60,1 pour 100 expressément prévu par l’accord.

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait selon laquelle l’appelante, en exigeant de l’intimée un taux d’intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100, n’avait pas eu l’intention d’enfreindre les dispositions de l’art. 347. Il ne faut pas mal interpréter sa conclusion à cet égard : l’intention d’enfreindre cette disposition ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction.

En outre, il est certain que l’appelante était parfaitement au fait du taux d’intérêt stipulé (même si elle ignorait peut-être sa valeur actuarielle) et elle était également au fait de tous les autres frais qui, en droit, constituent eux aussi de l’intérêt.

Comme je l’ai dit précédemment, je suis disposé à accepter, pour les besoins du présent pourvoi, que la divisibilité fictive est une réparation reconnue en droit, mais je n’autoriserais son application à l’égard des violations du droit criminel que dans les cas où la divisibilité est néanmoins justifiée en equity et où la divisibilité pure et simple n’est pas faisable ou produirait un résultat injuste.

103

104

105

106

107

108 The question, then, is whether this is such a case.

109 With the greatest of respect, I am persuaded that it is not, essentially for the reasons set out by Rosenberg J.A., speaking for the majority in the Ontario Court of Appeal ((2002), 60 O.R. (3d) 97, at paras. 31-35):

It is a criminal offence for any lender, even a commercial creditor, to enter into a loan agreement providing for an effective interest rate greater than 60 per cent per annum. And to permit a notional severance of the kind ordered by the application judge is to effect a substantial innovation in the common law doctrine of severance. While the common law develops over time, it would be inconsistent with the aims of deterrence for the courts to make such a major innovation at the behest of those who *prima facie* stand in violation of the criminal law. As Huddart J. [now J.A.] said in *Pacific National Developments [Ltd. v. Standard Trust Co.]* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (S.C.),] at p. 163 . . . : “It is not for the courts either to strain to find ways in which to avoid the application of the *Criminal Code*, or to assist those who strain to do so, although it is for the courts to interpret strictly penal provisions of statutes”.

I agree with the British Columbia Court of Appeal in *Terracan, supra*, that a judge has discretion to apply the doctrine of severance to an agreement that offends the criminal interest rate provisions of the Code. This discretion gives rise to a spectrum of available remedies. Where the loan transaction resembles a traditional loan sharking arrangement, the court may refuse to apply the doctrine of severance and hold the entire loan agreement unenforceable, including the obligation to repay the principal. While this remedy leaves the borrower with a windfall, this result may be justified in some cases by the need to denounce such usurious practices. See *C.A.P.S. International Inc. v. Kotello*, [2002] M.J. No. 205 [(QL)] (Q.B.). At the other end of the spectrum, in the case of a good faith commercial transaction where the equities favour the lender and severance does not undermine the policy of the legislation, the court may sever only those provisions of the loan agreement that put the effective interest rate over 60 per cent, leaving intact the borrower’s obligation to repay the principal and pay some interest. See *e.g., Milani, supra*. Closer to the centre of the spectrum lies a case like *Terracan*,

Il s’agit donc de décider si nous sommes en présence d’un tel cas.

En toute déférence, je suis convaincu que non, essentiellement pour les raisons exprimées par le juge Rosenberg, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ((2002), 60 O.R. (3d) 97, par. 31-35) :

[TRADUCTION] Commet une infraction criminelle tout prêteur, même un créancier commercial, qui conclut une convention de prêt prévoyant un taux d’intérêt annuel effectif supérieur à 60 pour 100. Et autoriser le genre de divisibilité fictive ordonnée par le juge de première instance constitue une innovation substantielle dans la doctrine de la divisibilité fictive en common law. Certes, la common law évolue avec le temps, mais les tribunaux iraient à l’encontre des objectifs de dissuasion s’ils apportaient une telle innovation en faveur de personnes qui, à première vue, ont enfreint le droit criminel. Comme l’a indiqué le juge Huddart [maintenant juge à la Cour d’appel] dans l’affaire *Pacific National Developments [Ltd. c. Standard Trust Co.]* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 158 (C.S.),] à la p. 163 [. . .] : « Il n’appartient pas aux tribunaux de s’efforcer de trouver des moyens d’éviter l’application du *Code criminel*, ni d’aider ceux qui cherchent à le faire, quoiqu’il leur incombe d’interpréter strictement les dispositions législatives pénales ».

À l’instar de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Terracan*, précité, j’estime que les juges disposent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour appliquer la doctrine de la divisibilité à une convention qui contrevient aux dispositions du Code relatives au taux d’intérêt criminel. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire donne naissance à un spectre de réparations à la disposition des tribunaux. Lorsque le prêt ressemble à un arrangement classique de prêt usuraire, le tribunal peut refuser d’appliquer la doctrine de la divisibilité et déclarer l’ensemble de la convention de prêt inexécutoire, y compris l’obligation de rembourser le capital. Bien que cette réparation procure un profit inattendu à l’emprunteur, une telle solution peut parfois être justifiée par la nécessité de dénoncer de telles pratiques usuraires. Voir *C.A.P.S. International Inc. c. Kotello*, [2002] M.J. n° 205 [(QL)] (B.R.). À l’autre extrémité du spectre, dans le cas d’une opération commerciale conclue de bonne foi, où les principes d’équité favorisent le prêteur et où la divisibilité ne compromet pas l’objectif de politique générale visé par la loi, le tribunal a la faculté de retrancher uniquement les clauses

where the court severed all the interest provisions but upheld the debtor's obligation to repay the principal.

Where does the present case fit on the spectrum? The application judge concluded, and I have accepted, that the equities favour the lender. His reasons make it clear that if he had concluded that notional severance was not available, he would have severed the provision calling for payment of an interest rate of 4 per cent per month calculated daily, payable monthly in arrears. I agree that this is the appropriate remedy.

In this case there are at least two distinct covenants that can be traced back to the negotiations leading to the agreement. As indicated, the respondent initially wanted an equity interest in the appellant's business. This is the source of the royalty payments. The other covenant was the more conventional agreement with respect to interest. In my view, it is possible to sever one or both in a manner consistent with the established principles respecting severance. The 4 per cent per month interest provision must be severed because it violates s. 347 of the *Criminal Code*. I see no justification for trying to save that provision simply because it only barely exceeds 60 per cent. The respondent is an experienced commercial lender. It misled the appellant, albeit unintentionally, when its solicitor referred to the interest rate as merely 48 per cent. The appellant has not shown that the other fees and charges such as the commitment fee and monitoring fee are clearly part of the interest rate payment and accordingly they should not be severed.

I agree with Rosenberg J.A.'s analysis and would add these additional considerations.

The first relates to the appellant's purported good faith. As I understand it, this refers to:

- (1) the trial judge's finding that the appellant did not intend to breach s. 347, in the sense that the appellant appears not to have realized that its

de la convention de prêt qui haussent le taux d'intérêt effectif à plus de 60 pour 100, sans toucher à l'obligation de l'emprunteur de rembourser le capital et de payer une certaine somme au titre des intérêts. Voir, par exemple, l'arrêt *Milani*, précité. Plus près du centre du spectre, on trouve une affaire comme *Terracan*, où le tribunal a retranché toutes les clauses relatives à l'intérêt mais a confirmé l'obligation du débiteur de rembourser le capital.

Où se situe la présente affaire sur ce spectre? Le juge de première instance a conclu — conclusion à laquelle je souscris — que les principes d'équité favorisent le prêteur. Il ressort clairement de ses motifs que, s'il avait jugé qu'il n'y avait pas ouverture à la divisibilité fictive, il aurait retranché la clause qui exige le paiement d'intérêts au taux de 4 pour 100 par mois, calculés quotidiennement et payables mensuellement à l'échéance. Je suis d'avis qu'il s'agit là de la réparation appropriée.

En l'espèce, il existe au moins deux clauses distinctes dont les origines remontent aux négociations ayant abouti à la convention. Comme il a été indiqué plus tôt, la défenderesse voulait au départ obtenir une participation dans l'entreprise de l'appelante. C'est ce qui a amené le paiement de redevances. L'autre clause était l'arrangement, plus traditionnel, concernant l'intérêt. À mon avis, il est possible de retrancher l'une d'elles, ou les deux, d'une manière qui respecte les principes bien établis en matière de divisibilité. La clause fixant à 4 pour 100 le taux d'intérêt mensuel doit être retranchée, parce qu'elle contrevient à l'art. 347 du *Code criminel*. Je ne vois aucune raison d'essayer de sauvegarder cette clause simplement parce qu'elle ne dépasse que légèrement 60 pour 100. La défenderesse est une société prêteuse expérimentée. Bien qu'elle n'en ait pas eu l'intention, elle a induit l'appelante en erreur lorsque son avocat a indiqué que le taux d'intérêt n'était que de 48 pour 100. L'appelante n'a pas démontré que les droits, honoraires et autres frais, par exemple la commission d'engagement et les frais de surveillance, font clairement partie du taux d'intérêt à percevoir et il n'y a donc pas lieu de les retrancher.

Je souscris à l'analyse du juge Rosenberg et j'y ajouterais les considérations suivantes.

La première se rapporte à la présumée bonne foi de l'appelante. Si je comprends bien, cette bonne foi ressortirait des éléments suivants :

- (1) la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelante n'avait pas l'intention de violer l'art. 347, en ce sens qu'elle

110

111

otherwise well-understood charges violated the *Criminal Code*; and

(2) the fact that the separate and distinct charges which added just over 30 percent per annum to the stipulated rate of interest were not known by the appellant to constitute interest within the meaning of s. 347(2) of the *Code*.

112 I accept that neither the appellant nor the respondent thought of the added charges as interest.

113 On this assumption, it appears to me neither “artificial” nor “arbitrary” to sever the criminal rate of interest agreed to as interest and to leave intact the distinct and separate charges not agreed to as interest, and not considered to be interest by either party.

114 This solution responds adequately to the policy concerns expressed by the majority in the Court of Appeal. Unlike notional severance, it requires no judicial rewriting of the interest clause agreed to as such by the parties. And it still leaves the appellant with a return of slightly more than 30 percent per annum.

#### IV

115 Arbour J. concludes that the four factors set out by Blair J.A. in *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.), favour severance in this case. I agree. That is why I would affirm the judgment of the Court of Appeal.

116 But the more difficult question is whether these four factors favour notional severance as opposed to the established blue-pencil form of severance contemplated by Blair J.A. in *Thomson*. In my respectful view, they do not.

117 The first consideration or factor is whether the purpose and policy of s. 347 of the *Criminal Code*

semble ne pas s’être rendue compte que les frais, qui étaient par ailleurs bien compris par tous les intéressés, contrevenaient au *Code criminel*;

(2) le fait que l’appelante ignorait que les frais distincts, qui majoraient d’un peu plus de 30 pour 100 le taux d’intérêt annuel stipulé dans la convention, constituaient de l’intérêt au sens de ce terme au par. 347(2) du *Code*.

J’accepte que ni l’appelante ni l’intimée ne considéraient les frais additionnels comme de l’intérêt.

Suivant ce raisonnement, il ne m’apparaît ni « artificiel » ni « arbitraire » de retrancher le taux d’intérêt criminel, convenu au titre de l’intérêt, et de maintenir les frais distincts, non stipulés comme de l’intérêt et non considérés comme de l’intérêt par l’une ou l’autre des parties.

Cette solution répond adéquatement aux considérations de politique générale mentionnées par les juges de la Cour d’appel. Contrairement à la divisibilité fictive, cette solution n’oblige pas le tribunal à réécrire la clause relative aux intérêts dont ont expressément convenu les parties. Elle permet également à l’appelante d’obtenir un rendement légèrement supérieur à 30 pour 100 par année.

#### IV

La juge Arbour a conclu que les quatre facteurs énumérés par le juge Blair dans l’arrêt *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 61 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.), militent en faveur de la divisibilité en l’espèce. Je partage cette opinion. Voilà pourquoi je confirmerais l’arrêt de la Cour d’appel.

Toutefois, il reste encore la question plus difficile de savoir si ces quatre facteurs militent en faveur de l’application de la divisibilité fictive plutôt que de la technique de divisibilité au moyen du trait de crayon bleu envisagée par le juge Blair dans l’arrêt *Thomson*. En toute déférence, je répondrais à cette question par la négative.

Le premier élément ou facteur consiste à se demander si l’objectif et la politique générale visés

would be better served by severance *simpliciter* or by notional severance.

In support of her conclusion, on this branch of the matter, Arbour J. cites at para. 43, an article in which Professor Ziegel explains his objections to s. 347 (J. S. Ziegel, “Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law” (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 188). On the issue that concerns us here, however, Professor Ziegel elsewhere states:

So far as the interest component is concerned, obviously the lender cannot recover that part of it which exceeds 60%. But can he recover the first 60%? In my view, the answer should be no, and this on two grounds. First, it is unlikely that the contract itself will distinguish between the two interest components. There is therefore no basis on which to apply the doctrine of severance. The second reason is that severance would undermine the policy of s. 305.1 [now s. 347] (even if one believes, as the writer does, that it is a bad policy) and encourage lenders to run calculated risks, secure in the knowledge that they would only lose that part of the interest which exceeds 60%. [Emphasis added.]

(J. S. Ziegel, “The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost” (1986), 11 *Can. Bus. L.J.* 233, at p. 242)

Professor Ziegel’s first reason is of limited application here, since the parties did distinguish between the two components of the illegal interest rate. Moreover, there is a sound basis for distinguishing between them: the first, agreed to by the parties as interest, itself exceeds the limit, albeit narrowly, while the second was not considered by the parties to be part of the interest rate, though s. 347 gives it that effect.

Professor Ziegel’s second reason, which I share, clearly militates in favour of blue-pencil severance, the solution adopted by the majority in the Court of Appeal, and against “notional severance”, which the trial judge applied in awarding the appellant interest at the threshold of the criminal rate.

par l’art. 347 du *Code criminel* seraient mieux servis par la divisibilité pure et simple ou par la divisibilité fictive.

Pour étayer sa conclusion sur ce volet, la juge Arbour cite, au par. 43, un article dans lequel le professeur Ziegel explique ses réserves à l’égard de l’art. 347 (J. S. Ziegel, « Bill C-44 : Repeal of the Small Loans Act and Enactment of a New Usury Law » (1981), 59 *R. du B. can.* 188). Sur la question qui nous intéresse en l’espèce, toutefois, le professeur Ziegel dit ceci dans un autre article :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts, il est évident que le prêteur ne peut obtenir paiement de la partie qui excède 60%. Peut-il toutefois obtenir 60%? À mon avis, il faut répondre par la négative, et ce pour deux raisons. Premièrement, il est peu probable que le contrat prévoit une distinction entre les deux éléments de l’intérêt. En conséquence, l’application de la théorie de la divisibilité ne repose sur aucune assise. Deuxièmement, la divisibilité pourrait nuire à la politique générale visée par l’art. 305.1 [maintenant l’art. 347] (même si certains, dont l’auteur, estiment qu’il s’agit d’une mauvaise politique) et pourrait inciter les prêteurs à prendre des risques calculés, étant certains qu’ils ne perdraient que la partie des intérêts excédant 60%. [Je souligne.]

(J. S. Ziegel, « The Usury Provisions in the Criminal Code : The Chickens Come Home to Roost » (1986), 11 *Rev. can. dr. comm.* 233, p. 242)

La première raison donnée par le professeur Ziegel n’a qu’une application restreinte en l’espèce, puisque les parties ont effectivement distingué les deux éléments du taux d’intérêt illégal. En outre, la distinction repose sur des motifs valables : le premier élément — dont ont convenu les parties en tant qu’intérêt — excède lui-même légèrement la limite prévue, alors que le second n’était pas considéré par les parties comme faisant partie du taux d’intérêt, bien que l’art. 347 lui donne cet effet.

La deuxième raison donnée par le professeur Ziegel, à laquelle je souscris, milite clairement en faveur de la divisibilité au moyen du trait de crayon bleu (« *blue-pencil severance* ») — la solution retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel — et contre la « divisibilité fictive », la solution qu’a appliquée le juge du procès en accordant à l’appelante des intérêts frôlant le taux criminel.

118

119

120

121 I agree with Arbour J. that the second consideration — whether the parties entered into the agreement for an illegal purpose or with an evil intention — in this case favours a flexible remedy. That objective, however, is satisfied by severing the interest clause and leaving the other charges intact, since this requires the respondent to pay, and allows the appellant to receive, an effective interest rate of more than 30 percent on the commercial loan that was the object of their agreement.

122 This remedy certainly differs from — but is no less “flexible” — than the remedy conceived by the trial judge.

123 Had there been only an effective interest rate of 60.1 percent — and not a cumulative effective rate of 90.9 percent — it might have been desirable, I concede, not to sever the interest clause entirely. But that was not the case here.

124 The third consideration relates to the relative bargaining positions of the parties and their conduct in reaching the agreement.

125 In this regard, it is true that the respondent had the advice of a solicitor and does not appear to have been a naive or inexperienced victim of misunderstanding. But a commercial borrower who agrees, for lack of an alternative source of financing, to pay an effective interest rate of 90.9 percent per annum — many times the normal commercial rate — and to provide personal guarantees for the loan, can hardly be said to have bargaining power equal to that of the lender.

126 I turn now to the fourth consideration, relating to the potential for unjust enrichment or, in the words of Arbour J., an “unjustified windfall” (para. 42).

127 Unlike Arbour J., I do not consider that the respondent can be said to be unjustly enriched if it is relieved by a court of law of its contractual

À l’instar de la juge Arbour, j’estime que la deuxième considération — la question de savoir si les parties ont conclu une convention dans un but illégal ou dans une intention malveillante — milite en l’espèce en faveur de l’application d’une réparation souple. Toutefois, il est possible d’atteindre ce but en retranchant la clause relative à l’intérêt et en laissant intactes celles concernant les autres frais, puisque cette solution permet à l’appelante de percevoir, tout en obligeant l’intimée à payer, un taux d’intérêt effectif supérieur à 30 pour 100 à l’égard du prêt commercial qui était l’objet de l’accord entre les parties.

Certes, cette réparation est différente — bien qu’elle soit tout aussi « souple » — que celle conçue par le juge du procès.

Si on avait été en présence d’un taux d’intérêt effectif de 60,1 pour 100 seulement, et non d’un taux d’intérêt effectif cumulatif de 90,9 pour 100, il aurait pu être souhaitable, je l’admets, de ne pas retrancher en entier la clause relative à l’intérêt. Mais ce n’était pas le cas en l’espèce.

La troisième considération concerne le pouvoir de négociation relatif des parties et leur conduite au cours des négociations.

Sur ce point, il est vrai que l’intimée a obtenu les conseils d’un avocat et ne semble pas être la victime naïve ou inexpérimentée d’un malentendu. Néanmoins, il est difficile d’affirmer que l’emprunteur commercial qui, en l’absence d’autres sources de financement, accepte de payer un taux d’intérêt annuel effectif de 90,9 pour 100 — taux bien des fois supérieur au taux commercial normal —, et de fournir des garanties personnelles à l’égard de l’emprunt, a un pouvoir de négociation équivalent à celui du prêteur.

Je vais maintenant examiner la quatrième considération, qui concerne la possibilité d’enrichissement injuste ou, pour reprendre les mots de la juge Arbour, d’un « profit injustifié » (par. 42).

Contrairement à la juge Arbour, je ne crois pas qu’il soit possible de dire que l’intimée s’enrichit injustement parce que le tribunal la dégage de son

undertaking to pay a criminal rate of interest where, as here, it is required at the same time to pay an effective annual rate of more than 30 percent and to repay the principal as well — in full.

In short, it appears to me that all four considerations identified by Blair J.A. in *Thomson, supra*, examined individually and weighed together, militate here in favour of the remedy applied by the Court of Appeal and against the remedy adopted by the trial judge.

Accordingly, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in substituting for the criminal rate of interest charged by the appellant to the respondent the highest rate the appellant could otherwise have charged.

And, like the Court of Appeal, I see no basis in the established rules of equity that would permit the trial judge to rewrite the illegal interest clause agreed to by the parties in this way. It should simply have been struck out on the accepted blue-pencil approach.

The effect of the trial judge's decision was to stretch the principles of equity in an inappropriate way and to send the wrong message to those who lend money at a criminally prohibited rate to "willing" borrowers who cannot otherwise obtain a loan.

They should not be encouraged to believe that if their illegal arrangement is subjected to judicial scrutiny, they will nonetheless recover the highest rate they could legally have charged — and thus suffer no pecuniary disadvantage for having violated s. 347 of the *Criminal Code*.

V

As mentioned at the outset, I have assumed for the purposes of this appeal the correctness of Arbour J.'s premise that "notional severance is available as a matter of law as a remedy in cases arising under s. 347" of the *Criminal Code*.

engagement contractuel de payer un taux d'intérêt criminel si, comme en l'espèce, il l'oblige en même temps à payer un taux d'intérêt annuel effectif supérieur à 30 pour 100 et à rembourser le capital — en entier.

Bref, il me semble que, examinées individuellement et appréciées globalement, les quatre considérations énoncées par le juge Blair dans l'arrêt *Thomson*, précité, militent en l'espèce en faveur de la réparation appliquée par la Cour d'appel et contre celle retenue par le juge de première instance.

Je partage donc l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le premier juge a commis une erreur en remplaçant le taux d'intérêt criminel demandé par l'appelante à l'intimée par le taux le plus élevé que l'appelante aurait par ailleurs pu exiger.

De plus, tout comme la Cour d'appel, je ne peux trouver dans les règles d'équité reconnues aucun fondement autorisant le juge de première instance à réécrire de la sorte la clause illégale relative aux intérêts dont ont convenu les parties. Cette clause aurait simplement dû être biffée au moyen de la méthode reconnue du trait de crayon bleu.

La décision du juge du procès a eu pour effet de forcer indûment les principes d'équité et d'envoyer un message inapproprié à ceux qui prêtent de l'argent à un taux interdit par le droit criminel à des emprunteurs « consentants », qui ne peuvent emprunter auprès de personne d'autre.

Il ne faudrait pas laisser croire aux prêteurs que, même si leurs arrangements illégaux sont contrôlés par les tribunaux, ils pourront néanmoins obtenir le taux le plus élevé qu'ils auraient pu légalement imposer — et éviter en conséquence tout désavantage financier susceptible de découler de leur contravention à l'art. 347 du *Code criminel*.

V

Comme je l'ai dit au départ, j'ai tenu pour acquis en l'espèce le bien-fondé de la prémisse de la juge Arbour selon laquelle « les tribunaux peuvent, en droit, recourir à la divisibilité fictive comme réparation dans les litiges découlant de l'art. 347 » du *Code criminel*.

128

129

130

131

132

133

134 On this assumption, I would apply notional severance to cases involving a breach of the *Criminal Code* only where severance does no violence to public policy interests, is found to be warranted as a matter of equity, and severance *simpliciter* is impracticable or, though possible, would create an unjust result.

135 For all of these reasons and, to the extent that they are not incompatible, the reasons of Bastarache J., I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs, BASTARACHE, DESCHAMPS and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Ackerman Law Office, Toronto.*

Conformément à cette hypothèse, j'appliquerais la divisibilité fictive aux seuls cas de violation du *Code criminel* où cette méthode ne fait pas violence à des considérations d'ordre public, où elle est justifiée par les principes d'équité et où la divisibilité pure et simple est irréalisable ou, bien que réalisable, produirait un résultat injuste.

Pour tous ces motifs et, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles, pour ceux exposés par le juge Bastarache, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Fraser Milner Casgrain, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Ackerman Law Office, Toronto.*