

# lavery

DROIT ► AFFAIRES

Financement et Services financiers

## CLAUSE FINANCIÈRE : QU'ADVIENT-IL LORSQU'UNE CONVENTION NE REFLÈTE PAS CE QUI A ÉTÉ CONVENU ENTRE LES PARTIES

ÉTIENNE BRASSARD ET BENJAMIN DAVID GROSS

LE 28 OCTOBRE 2011, LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC A CONFIRMÉ UN JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE<sup>1</sup> SELON LEQUEL IL Y AVAIT DIVERGENCE ENTRE LA RÉELLE INTENTION DES PARTIES, TELLE QUE CONSTATÉE PAR UNE LETTRE D'INTENTION, ET L'INTENTION DÉCLARÉE À L'ACTE INSTRUMENTANT CETTE ENTENTE, SOIT UNE CONVENTION DE PRÊT; ET LA CONVENTION DEVAIT ÊTRE MODIFIÉE AFIN DE RESPECTER L'INTENTION COMMUNE DES PARTIES<sup>2</sup>. LA COUR A DONC REFUSÉ D'APPLIQUER UNE CLAUSE DE LA CONVENTION DE PRÊT COMPORTANT UNE ERREUR MATÉRIELLE QUI AURAIT ENTRAÎNÉ DES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES IMPORTANTES POUR LE DÉBITEUR.

### FAITS

L'appelante, IHAG-HOLDING AG (« IHAG »), est une société de portefeuille qui exploitait par l'entremise de sa filiale à part entière, la société Mont Sainte-Marie (1994) Inc. (« MSM »), un complexe de villégiature dans la région de Gatineau, comprenant un centre de ski, un golf et un hôtel, connu sous le nom de Mont Ste-Marie. En 1995, alors que MSM était déficitaire depuis plusieurs années, et ce, malgré d'importants investissements, IHAG avait entrepris de trouver un éventuel acquéreur.

Après de multiples démarches, une lettre d'intention intervient finalement le 21 octobre 1996 entre IHAG et la société Corporation Intrawest (« Intrawest »). Cette lettre prévoyait la vente de la totalité des actions que IHAG détenait dans MSM.

La situation financière du centre de villégiature étant précaire à cette époque, il avait été difficile pour les parties de s'entendre sur la valeur réelle de MSM. La transaction fut donc structurée de façon à établir une contrepartie en argent et l'assumption de la prise en charge par l'acquéreur d'une portion du passif de MSM. Étaient incluses dans ce passif d'importantes sommes avancées sous forme de prêt à demande par son unique actionnaire, IHAG. Concurrément à la vente des actions, les parties ont donc convenu de modifier les modalités de ce prêt afin de le convertir en prêt à terme remboursable notamment par le paiement d'une somme déterminée par un mécanisme contractuel en fonction des résultats d'exploitation des quatre premières années de MSM.

Ce mécanisme établit un calcul par lequel tout bénéfice avant intérêts, impôts et amortissements (« BAIIA ») généré par MSM au-delà de 500 000 \$ annuellement sur une période de quatre ans sera payable à IHAG, le tout multiplié par un facteur de 4,8. Autrement dit, advenant que MSM génère un BAIIA cumulatif supérieur à 2 000 000 \$ sur une période de quatre ans, Intrawest devrait payer cet excédent majoré par un multiplicateur de 4,8. Mathématiquement, cela pourrait être représenté ainsi :  $4,8 \times (\text{BAIIA cumulatif} - 2\,000\,000 \$)$ .

<sup>1</sup> *Ihag-Holding, a.g. c. Intrawest Corporation*, 2009 QCCS 2699 (C.S.).

<sup>2</sup> *Ihag-Holding, a.g. c. Corporation Intrawest*, 2011 QCCA 1986 (C.A.).

Sur la base de la lettre d'intention convenue entre les parties, Intrawest demanda à son avocat de rédiger une convention désignée comme étant le *Term Loan Agreement* (la « Convention de prêt »). Plusieurs versions du projet de cette convention ont circulé entre Intrawest et son avocat dans une courte période. Alors que ces premières versions échangées représentaient correctement le mécanisme convenu dans la lettre d'intention<sup>3</sup>, la version transmise à IHAG a été modifiée unilatéralement et involontairement par l'avocate de Intrawest dans le but, dit-elle, d'alléger la lecture de certaines définitions<sup>4</sup>. Cette modification à la Convention de prêt a eu comme conséquence de modifier le mécanisme prévu de sorte que le montant payable n'était plus 4,8 fois le montant du BAIIA excédant 2 000 000 \$, mais bien 4,8 fois le BAIIA, moins 2 000 000 \$. Mathématiquement, cela pourrait être représenté ainsi : (4,8 x BAIIA cumulatif) - 2 000 000 \$.

En tout, six versions seront échangées avant la signature de la version finale définitive le 29 janvier 1997 sans que l'erreur ne soit repérée par quiconque.

Cette confusion au niveau des définitions a entraîné de fâcheuses conséquences pour Intrawest. En effet, au terme de la période de quatre ans, en avril 2003, l'application littérale de la clause telle que rédigée dans la Convention de prêt imposait le versement par Intrawest à IHAG d'une somme de 6 203 632 \$ alors que la clause, telle que rédigée dans la lettre d'intention, n'aurait nécessité aucun déboursement supplémentaire de la part de Intrawest. En se basant sur la Convention de prêt toutefois, IHAG réclama donc cette somme de 6 203 632 \$ à Intrawest, prétextant qu'il ne s'agissait pas d'une erreur, mais bien de la réelle intention des parties.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> La première version se lisait ainsi:

« «Net Resort EBITDA» means, in respect of the Resort Operation Payment Calculation Period, the amount, if any, by which EBITDA during the Resort Operation Payment Period exceeds the aggregate of:

(a) \$2,000,000; [...]

«Resort Operation Payment Amount» means the amount, if any, equal to 4.8 EBITDA during the Resort Operation Payment Calculation Period; »

<sup>4</sup> La version modifiée erronément se lisait ainsi:

« «Net Resort EBITDA» means in respect of the Resort Operation Payment Calculation Period, the amount, if any, by which EBITDA in respect of the Resort Operation Payment Calculation Period exceeds the aggregate of:

(a) \$2,000,000; [...]

«Resort Operation Payment Amount» means the amount, if any, equal to 4.8 the amount by which (a) 4.8 times Net Resort EBITDA during the Resort Operation Payment Calculation Period exceeds (b) \$2,000,000; »  
[nos soulignements]

<sup>5</sup> Notons que la responsabilité professionnelle de l'avocate ne semble pas avoir été soulevée d'aucune manière dans cette cause. Voir notamment à cet effet : 2009 QCCS 2699 (C.S.), par. 93 et 101.

## LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

La première question soulevée consistait à savoir si une clause de *Complete Agreement* contenue dans la Convention de prêt s'avérait un obstacle à la détermination de l'intention commune des parties. En l'espèce, cette clause était libellée ainsi :

« Complete Agreement. There are no representations, warranties, covenants or agreements between the parties in connection with the subject matter hereof other than those expressed herein. »

La Cour d'appel n'interviendra pas à l'égard des conclusions du juge de première instance. À cet égard, elle écrit :

« Le juge conclut que, dans la recherche de l'intention commune des parties, la clause de Complete Agreement peut être mise de côté. À son avis, bien qu'un contrat clair soit présumé refléter l'intention des parties, s'il est possible de mettre légalement en preuve des éléments donnant lieu de croire que celui-ci ne respecte pas l'intention des parties, l'article 1425 C.c.Q. trouve application.

Le juge d'instance estime aussi que les règles de la bonne foi constituent un motif supplémentaire de ne pas appliquer la clause de Complete Agreement.

Selon le juge, le contrat ne doit pas devenir un outil d'exploitation d'une partie. Il estime qu'aucune clause d'intégralité ne permettrait d'écarter les règles de la bonne foi puisque celle-ci est une obligation implicite et impérative de tout contrat. »

Quant à savoir si la Convention de prêt contient une erreur matérielle, la Cour d'appel confirme également le juge de première instance qui s'est dit d'avis qu'il y avait une erreur matérielle :

« D'abord, l'appelante n'a jamais remis en question le calcul du ROPA dans la *LOI*, ni même discuté ou commenté les deux premières versions du contrat à ce sujet. Les seules remarques concernaient le nombre d'années considérées pour l'application du calcul et l'inclusion de frais supplémentaires dans le calcul de l'EBITDA. Bref, la preuve démontre que le changement n'a été remarqué par aucune partie.

Le juge conclut aussi que cela mènerait à une transaction déraisonnable; en additionnant les 6,2 millions de dollars demandés aux 3,2 millions de dollars déjà payés dans le cadre de la transaction, le multiple de l'EBITDA serait de l'ordre de 11, ce qui constitue un résultat aberrant pour ce genre de transaction. »

La Cour d'appel se dit encore plus convaincue de l'erreur lorsqu'elle considère le contexte de la vente, soit une vente rapide en raison de la non-rentabilité de MSM et confirme que cette erreur était excusable :

« Pour le juge, il reste à déterminer si cela constitue une erreur excusable. À ce sujet, il indique que l'erreur était difficile à trouver. Même le changement grammatical ne rend pas l'erreur évidente à moins de faire le calcul mathématique qu'il décrit. On ne peut donc dire qu'il s'agit d'une faute lourde ou inexcusable.

Selon le juge, même si la LOI n'est pas un document contraignant, il y a lieu de s'en inspirer pour corriger l'erreur puisque la preuve démontre que c'est essentiellement ce document qui a mené au contrat. »

À la lumière des arrêts *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Services environnementaux AES inc.*<sup>6</sup>, *Riopel c. Agence de revenu du Canada*<sup>7</sup> et *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*<sup>8</sup>, la Cour d'appel conclut :

« À la lumière des principes énoncés dans les arrêts *Sobey's*, *Services environnementaux AES* et *Riopel*, le juge d'instance a eu raison de rechercher la commune intention des parties compte tenu de la divergence entre la *LOI* et le *Loan Agreement*.

Il faut souligner qu'il y avait au dossier un commencement de preuve par écrit donnant ouverture à la présentation d'une preuve testimoniale.

De plus, la clause d'intégralité ne pouvait pas faire obstacle à la détermination de la commune intention des parties.

Dès lors, ce qui est déterminant, c'est la conclusion du juge selon laquelle la preuve établissait clairement qu'il y avait divergence entre le *negotium*, la *LOI*, et l'*instrumentum*, le *Loan Agreement*. »

## COMMENTAIRES

Il s'agit selon nous d'un rappel pour les avocats et leurs clients de l'importance de clairement définir les clauses financières contenues dans une convention de prêt et de comprendre les conséquences pratiques de leur application.

Cette décision de la Cour d'appel nous enseigne que lorsque l'on doit interpréter un contrat, les tribunaux seront davantage enclins à rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. Elle corrigera ainsi l'erreur excusable en certaines circonstances.

Toutefois, cela sert également de rappel sur l'importance de la documentation précontractuelle dans le cadre des négociations commerciales, car celui qui voudra ultimement contredire les termes d'une convention constatée par écrit, devra établir qu'un commencement de preuve appuie ses prétentions; autrement, la stabilité même des contrats en serait affectée. En l'espèce, les documents précontractuels et les versions antérieures de la Convention de prêt ont été d'une grande utilité pour établir ce commencement de preuve. Même si cela est possible de le faire par témoignage<sup>9</sup>, le fardeau d'établir un commencement de preuve sans ces écrits aurait été beaucoup plus difficile.

### ÉTIENNE BRASSARD

514 877-2904  
ebrassard@lavery.ca

### BENJAMIN DAVID GROSS

514 877-2983  
bgross@lavery.ca

<sup>6</sup> J.E. 2011-470 (C.A.); autorisation d'appel à la Cour suprême déposée par le sous-ministre du Revenu du Québec, le 5 mai 2011, no 34235.

<sup>7</sup> J.E. 2011-957 (C.A.); autorisation d'appel à la Cour suprême déposée par le sous-ministre du Revenu du Québec, le 18 août 2011, no 34393.

<sup>8</sup> 2005 QCCA 1172 (C.A.).

<sup>9</sup> *Code civil du Québec*, art. 2865. Voir notamment : *Banque Nationale du Canada c. Buffone*, J.E. 95-83 (C.S.).

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS DU GROUPE FINANCEMENT ET SERVICES FINANCIERS POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.

MARC BEAUCHEMIN 514 877-3004 mbeauchemin@lavery.ca

DOMINIQUE BÉLISLE 514 878-5506 dbelisle@lavery.ca

ÉTIENNE BRASSARD 514 877-2904 ebrassard@lavery.ca

RICHARD BURGOS 514 877-2952 rburgos@lavery.ca

GÉRARD COULOMBE 514 878-5526 gcoulombe@lavery.ca

PIERRE DENIS 514 877-2908 pdenis@lavery.ca

JEAN-SIMON DESCHÊNES 418 266-3075 jsdeschenes@lavery.ca

FRANCIS DESMARAIS 514 877-2980 fdesmarais@lavery.ca

LOUIS-MARTIN DUBÉ 514 877-2990 lmdube@lavery.ca

MARTIN J. EDWARDS 418 266-3078 medwards@lavery.ca

BRIGITTE M. GAUTHIER 514 878-5546 bgauthier@lavery.ca

BENJAMIN DAVID GROSS 514 877-2983 bgross@lavery.ca

EDITH JACQUES 514 878-5622 ejacques@lavery.ca

CLAUDE LACROIX 418 266-3063 clacroix@lavery.ca

FRANÇOIS MARTEL 514 878-5578 fmartel@lavery.ca

JEAN MARTEL 514 877-2969 jmartel@lavery.ca

JACQUES PAUL-HUS 514 877-2935 jpaulhus@lavery.ca

LOUIS PAYETTE 514 878-5581 lpayette@lavery.ca

KARINE PELLETIER 418 266-3061 kpelletier@lavery.ca

CARL M. RAVINSKY 514 878-5594 cravinsky@lavery.ca

FRANÇOIS RENAUD 514 878-5586 frenaud@lavery.ca

LOUIS ROCHETTE 418 266-3077 lrochette@lavery.ca

MARIE-RENÉE SIROIS 613 560-2530 mrsirois@lavery.ca

SPIRIDOULA VASSILOPOULOS 514 877-3012 svassilopoulos@lavery.ca

**ABONNEMENT** VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSUBONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET [lavery.ca](http://lavery.ca) OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► [lavery.ca](http://lavery.ca)

© Tous droits réservés 2011 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA