

2m11.2663.5

Université de Montréal

**L'ÉTAT VIRTUEL DU VOILE CORPORATIF
EN DROIT CANADIEN**

par

Louise N. Pelletier

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.)

Mars ,1998

© Louise N. Pelletier, 1998



AZBD

U54t

1998

V.017

Université de Montréal

L'ÉTAT VIRTUEL DU VOILE CORPORATIF
EN DROIT CANADIEN

Loïc M. Poirier

Faculté de Droit

Je soussigné, Loïc M. Poirier, professeur à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (M.A.)

Mars 1998

Loïc M. Poirier, 1125



Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

L'ÉTAT VIRTUEL DU VOILE CORPORATIF EN DROIT CANADIEN

présenté par :

Louise N. Pelletier

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Président du jury : Albert Bohémier

Directeur de recherche : Pierre Paul Côté

Membre du jury : Guy Lefebvre

Mémoire accepté le : 98.09.21

SOMMAIRE

*« Trompeurs, c'est pour vous que j'écris : Attendez-vous à la pareille. »
- De La Fontaine, Le Renard et la Cigogne*

Un entrepreneur incorpore une compagnie à numéro en déposant son chèque de cinq cents dollars. Il utilise les services d'un avocat pour mettre les livres corporatifs nécessaires en place. Ces services lui coûtent quinze cent dollars. L'avocat émet cinq actions d'une valeur nominale d'un dollar. Trois des actions sont détenues par l'entrepreneur, son épouse et son fils sont propriétaires des deux autres actions. L'épouse et le fils sont nommés respectivement président et secrétaire de la compagnie. Dans les faits, c'est l'entrepreneur qui gère et administre toute l'entreprise. L'entrepreneur visite son institution bancaire pour obtenir un fonds de roulement. La banque émet un prêt et exige des garanties de la compagnie, de l'épouse, du fils et de l'entrepreneur personnellement. L'entrepreneur n'a pas l'autorité comme administrateur pour engager la compagnie, mais il transige quand même avec plusieurs fournisseurs au nom de celle-ci. Après une année d'opération, l'entreprise devient insolvable et les fournisseurs sont surpris d'apprendre que l'entrepreneur n'avait pas l'autorité d'agir, que la corporation n'a pas d'actifs et qu'ils sont sans recours contre l'entrepreneur qui jouit de la responsabilité limitée de l'actionnaire en vertu des lois corporatives.

Ce scénario décrit les circonstances auxquelles doivent faire face plusieurs créanciers au Canada. Pourtant, nous ne croyons pas que le législateur avait l'intention d'offrir une protection à toute épreuve à l'actionnaire lorsqu'il a mis en place le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire. Les tribunaux ont tenté de contrer les abus de ce régime en faisant appel à la doctrine de la levée du voile corporatif. Si l'actionnaire use de la corporation comme son alter ego pour poser des gestes frauduleux ou de mauvaise foi, le tribunal dit avoir l'autorité pour mettre de côté l'immunité de l'actionnaire. Il ne fait aucune doute que l'intention du tribunal à cet égard est légitime. Par contre, on ne peut pas ignorer que la levée du voile corporatif fait fi d'un principe bien implanté dans la législation corporative et dans le droit, c'est-à-dire la personnalité distincte de la corporation.

Pour régler cette problématique, nous croyons d'abord qu'il faut déterminer si le principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire est toujours pertinent dans notre économie moderne. Par la suite, il faut bien comprendre en quoi consiste le régime de la personnalité distincte de la corporation et du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire tels qu'ils se présentent dans la législation. Nous verrons que les législations corporatives canadiennes ne donnent aucune autorité aux tribunaux qui leurs permettraient d'écarter la personnalité distincte de la corporation, ce qui n'a pourtant pas empêché les tribunaux d'agir de la sorte.

En révisant la jurisprudence portant sur la levée du voile corporatif, nous constaterons que les tribunaux ont été assez créatifs pour justifier ce principe. On parle de la corporation agissant comme l'alter ego, la façade et le mandataire de l'actionnaire. On soulève aussi le voile pour divers motifs d'équité. Le trait commun à toute cette jurisprudence c'est justement qu'il n'y a pas de trait commun qui permette d'identifier des situations précises où le tribunal jugera opportun d'imposer une responsabilité personnelle à l'actionnaire. Ce manque de prévisibilité, en plus du fait que la levée du voile entre en conflit avec des principes clairement édictés dans la législation corporative, nous invite à mettre en doute la légitimité de la levée du voile corporatif.

Nous sommes conscient qu'il existe des abus du régime de responsabilité limitée par l'actionnaire. Nous allons proposer des solutions concrètes bien fondées en droit pour empêcher l'actionnaire de se servir de l'entité corporative de façon à nuire aux créanciers de bonne foi. Le droit actuel offre plusieurs alternatives que nous analyserons en profondeur. Ces solutions permettront au créancier de réagir aux abus du régime de responsabilité limitée en se servant des tribunaux. Mais si on considère la situation type que nous avons décrit plus haut, on constate que les pertes du créancier ont été causées par plusieurs facteurs prenant place bien avant que les pertes soient encourues. À ce niveau, c'est le législateur et le marché qui doivent intervenir et mettre en place des mécanismes préventifs pour mieux protéger le créancier. Les pertes subies par un créancier suite à l'insolvabilité d'une corporation se répercutent sur l'ensemble de la société et nous avons donc intérêt à favoriser l'implantation de règles corporatives plus prévisibles et préventives.

TABLE DES MATIÈRES

<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>CHAPITRE I</u>	- Considérations sur la personnalité distincte de la corporation	5
Section 1.01	- Le contexte historique	6
Section 1.02	- Les attributs de la personnalité distincte de la corporation	10
Section 1.03	- Critique du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire	14
Section 1.04	- Les motifs favorisant le régime de responsabilité limitée	19
<u>CHAPITRE II</u>	- Le traitement statutaire de la personnalité distincte et de la responsabilité limitée	28
Section 2.01	- La personnalité distincte de la corporation	29
Section 2.01.1	- Le régime de la LSA	29
Section 2.01.2	- La personnalité distincte de la corporation au Québec	30
Section 2.02	- Le régime de la responsabilité limitée	31
Section 2.02.1	- Le régime de la LSA	31
Section 2.02.2	- La responsabilité limitée au Québec	33
Section 2.03	- Les motifs de levée du voile par voie statutaire – l'article 317 du CCQ	34
Section 2.03.1	- La fraude selon l'article 317 CCQ	37
Section 2.03.2	- L'abus de droit selon l'article 317 CCQ	39
Section 2.03.3	- Les règles d'ordre public selon l'article 317 CCQ	41
<u>CHAPITRE III</u>	- Le traitement de la personnalité distincte de la corporation et de la responsabilité limitée des actionnaire par les tribunaux	45
Section 3.01	- Le motif de la corporation comme «instrument»	46
Section 3.01.1	- La doctrine de l'alter ego	46

Section 3.01.2	- La corporation utilisée comme façade par l'actionnaire	52
Section 3.01.2.1	- Le principe de la façade dans la jurisprudence ..	53
Section 3.01.2.1	- Le contrôle comme règle juridique	58
Section 3.01.3	- La relation mandant/mandataire entre l'actionnaire et la corporation	63
Section 3.01.3.1	- La relation «principal» «agent»	64
Section 3.01.3.2	- La relation mandant/mandataire du droit civil	67
Section 3.01.3.3	- La nature de la relation corporation/actionnaire ...	69
Section 3.01.3.4	- Les tribunaux et la preuve de l'existence du mandat	73
Section 3.01.4	- La situation des corporations affiliées	79
Section 3.02	- Critère de l'objectif fautif	87
Section 3.02.1	- Les obligations légales	88
Section 3.02.2	- La fraude	93
Section 3.02.3	- L'équité	103
<u>CHAPITRE IV</u>	- Les alternatives à la levée du voile corporatif et le respect de la personnalité distincte	116
Section 4.01	- Le rôle du judiciaire – l'application de principes reconnus en common law et en droit civil	118
Section 4.01.1	- La responsabilité de l'actionnaire fondée sur la responsabilité civile délictuelle en common law	119
Section 4.01.1.1	- La négligence en common law	121
Section 4.01.1.2	- Le délit de fausse représentation en common law	124
Section 4.01.1.3	- Le bris de contrat en common law	127
Section 4.01.1.4	- La responsabilité civile en droit québécois	132
Section 4.01.2	- La responsabilité de l'actionnaire fondée sur le droit contractuel	138
Section 4.01.2.1	- L'existence du contrat en common law	139
Section 4.01.2.2	- L'existence du contrat en droit civil	146
Section 4.02	- L'apport du législateur - création d'un nouveau modèle de la corporation	152
Section 4.02.1	- La transparence	154
Section 4.02.2	- L'imposition législative du maintien d'un capital minimum	155
Section 4.02.3	- Le rôle de l'actionnaire au sein de la corporation	166

Section 4.03	-	La réponse du marché – l’instauration d’une assurance pour protéger le tiers de l’insolvabilité de la corporation	175
<u>CONCLUSION</u>		183
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>		i
<u>ANNEXE «A»</u>	-	Législations	i

REMERCIEMENTS

«Alea Jacta Est»

L'appui de plusieurs personnes a été essentiel à la réalisation du présent mémoire et je tiens à souligner leur apport dans les quelques lignes qui suivent.

Mon époux, Jean Belzile, docteur en génie électrique, a été d'une patience exemplaire lors des maintes lectures qui lui ont été imposées. Je le remercie d'avoir compris l'importance de ce projet pour moi, pour ma carrière et pour mon développement personnel.

Mes parents, Patricia et Napoléon, qui m'ont toujours inculqué l'importance de la discipline et de la persévérance, ont aussi suivi le processus de très près. Ma sœur, Marie-France, elle-même avocate, m'a donné une aide précieuse en faisant la lecture de mes textes et en me donnant des conseils judicieux. Les autres membres de ma famille, mes frères Éric et Jean-Marie, ont offert un appui moral essentiel. On peut dire, qu'à plusieurs niveaux, ce mémoire a été un effort familial.

D'autres personnes ont aussi contribué indirectement à la rédaction de ce mémoire: Me Gilles Bujold qui a formé mes premières pensées juridiques; Me Michel Doucet qui a marqué mes premières années d'études en droit; et Nicole Thibodeau-Morin, elle même en instance de rédaction de sa thèse doctorale, qui demeure une influence dans mon cheminement après plus de dix années d'amitié.

Je tiens aussi à souligner la contribution financière de la Fondation pour l'avancement du droit du Nouveau-Brunswick qui m'a accordé une bourse de huit mille dollars (8 000\$) pour encourager mes études supérieures.

Finalement, je tiens à souligner l'aide précieuse fournie par mon directeur de recherche, me Pierre Paul Côté. Me Côté a surveillé mes recherches tout en me donnant la latitude d'orienter mon travail selon mes intérêts.

INTRODUCTION

*«The limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times ... even steam, and electricity are far less important than the limited liability corporation.»
- N. M. Butler*

Si la responsabilité limitée de la corporation est considérée comme l'une des grandes découvertes de notre époque, c'est également un principe juridique qui demeure imprécis et controversé. L'imprécision nous vient du fait que les tribunaux ont appliqué des motifs de levée du voile corporatif qui ne manquent pas de couleur (on dit que la corporation est l'alter ego, la marionnette de l'actionnaire), mais qui sont très difficiles à appliquer de façon constante. La controverse émane du fait que plusieurs juristes partagent l'opinion que la personnalité distincte de la corporation est immuable sans exception. Il existe même une confusion chez certains juristes qui lèvent le voile pour imposer une responsabilité à l'administrateur ou au dirigeant d'une corporation, alors que la levée du voile s'adresse uniquement à l'actionnaire.

La «levée du voile corporatif» est une technique populaire utilisée pour imposer à l'actionnaire une responsabilité pour les actes fautifs d'une corporation. Nous sommes d'avis que la levée du voile corporatif peut s'avérer un moyen efficace pour protéger les créanciers d'actionnaires qui utilisent la corporation pour des fins abusives. Ce que nous reprochons au concept de la levée du voile corporatif, c'est que les motifs invoqués pour l'appliquer sont des plus diversifiés et démontrent très peu de cohérence. La levée du voile corporatif semble aussi contraire aux lois corporatives qui créent une responsabilité limitée pour l'actionnaire alors que le texte de ces lois n'y prévoit aucune exception. Pour l'actionnaire qui désire investir, tout en voulant limiter sa responsabilité, cet état confus du droit offre peu de sécurité et peut à long terme avoir des répercussions néfastes sur l'économie. Par contre, il faut reconnaître que le créancier de bonne foi doit avoir un moyen de se protéger de la conduite cavalière de certains actionnaires. Comment peut-on réconcilier les intérêts légitimes de l'actionnaire et ceux des créanciers de la corporation? Et si l'on choisit la voie de la levée du voile pour rejoindre l'actionnaire, quelles circonstances justifient cette approche? C'est cette problématique que nous tenterons de résoudre dans le cadre du présent mémoire. Plus précisément, nous

allons regarder un seul des attributs de la personnalité distincte de la corporation, soit la responsabilité limitée de l'actionnaire en droit corporatif.

Dans un premier temps, nous croyons qu'il est important de déterminer si le concept de la personnalité distincte de la corporation a toujours sa place dans l'économie contemporaine. Rappelons-nous qu'il s'agit là d'un concept qui existe depuis le début du siècle et que, s'il a changé, c'est surtout dû au fait que les tribunaux et le législateur l'ont mis de côté dans plusieurs instances. Notre recherche établira que la personnalité distincte de la corporation est une caractéristique essentielle de la corporation, mais que la responsabilité limitée de l'actionnaire ne l'est peut-être pas.

La plupart des juristes s'entendent pour dire qu'il existe trois formes de levée du voile corporatif, soit (1) la levée par voie conventionnelle¹, (2) la levée par voie législative, et (3) la levée par voie judiciaire². La levée du voile corporatif par voie législative fait l'objet de la deuxième section de notre travail. Il est aussi important de mentionner que notre étude se limite aux lois corporatives canadiennes et québécoises, soit la Loi canadienne sur les sociétés par actions³ (ci-après «LSA»), la Loi sur les compagnies du Québec⁴ (ci-après «LCQ») et le Code civil du Québec⁵ (ci-après «CCQ»). L'analyse de la responsabilité de l'actionnaire en vertu d'autres lois du domaine de la fiscalité, du droit de la faillite, du droit environnemental et en matière criminelle aurait été trop vaste et nous laissons cette tâche à d'autres. Nous allons donc nous limiter à identifier les articles des lois corporatives fédérales et québécoises qui entérinent de façon statutaire la personnalité distincte de la corporation et le régime de responsabilité limitée. Nous allons également analyser le nouvel article 317 du CCQ qui fixe pour la première fois des motifs de levée du voile corporatif. Le but de l'analyse présentée dans ce deuxième chapitre est de

¹. La levée par voie conventionnelle a lieu lorsque les parties, d'un commun accord, mettent de côté la limite de la responsabilité des actionnaires. Il s'agit là d'un libre choix des parties contractantes et il n'y a pas lieu de s'attarder sur cette question.

². Voir J. TURGEON, «Les actionnaires, le voile corporatif et les tiers : quelques réflexions sur l'arrêt *Houle c. Banque canadienne Nationale* et la véritable nature de ces rapports», (1993) 24 R. Gen. 411; et M. GIGUÈRE, Droit des corporations et sociétés par actions – notions fondamentales, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1994, p. 615, où l'on discute de cette catégorisation des formes de levée du voile corporatif.

³. L.R.C. (1985), c. C-44.

⁴. L.R.Q., 1977, c. C-38.

déterminer s'il existe un fondement législatif dans les lois corporatives qui confirme la personnalité distincte de la corporation, la responsabilité limitée de l'actionnaire, et les circonstances permettant la levée du voile.

Le troisième chapitre de notre étude considère le troisième mode de soulèvement du voile corporatif énoncé par Turgeon, soit les motifs de levée du voile corporatif par les tribunaux. Un regard sur la jurisprudence traitant de ce sujet nous permet vite de constater que les motifs invoqués par les tribunaux sont disparates. Il nous apparaît que les tribunaux seront favorables à la levée du voile lorsque deux catégories de situations se produisent, soit lorsque la corporation n'agit que comme l'instrument de l'actionnaire ou lorsque l'actionnaire se sert de la corporation pour atteindre des objectifs fautifs. Nous étudierons chacun des principes regroupés dans ces catégories, ce qui nous permettra d'établir d'une part qu'ils sont souvent des créatures de la magistrature et d'autre part qu'ils sont fréquemment mal fondés en droit.

Au quatrième chapitre, nous allons étudier les façons de responsabiliser l'actionnaire fautif, sans enfreindre le principe de la personnalité distincte de la corporation. Nous appliquerons les principes de la responsabilité délictuelle et du droit des contrats.

Nous croyons qu'il y a lieu de reconsidérer l'ensemble de la structure corporative pour créer un nouveau modèle de la corporation où l'actionnaire et le créancier pourraient mieux se protéger des pertes potentielles. Par exemple, on pourrait permettre au créancier de mieux évaluer les risques de son implication en lui donnant plus d'information au sujet de la corporation. Nous verrons comment instaurer une telle mesure. Un autre moyen de protéger le tiers du risque de transiger avec la corporation consiste à légiférer le maintien d'un capital minimum obligatoire dans la corporation. Nous verrons comment d'autres juridictions abordent ce principe et comment on pourrait l'importer dans la législation canadienne. Finalement, nous croyons que le rôle de l'actionnaire dans l'entreprise doit être réévalué. L'actionnaire qui assume une part des risques financiers dans l'entreprise devrait se voir attribuer une plus grande responsabilité au niveau de sa

⁵. L.R.Q., 1991, c. 64.

gestion. Bien sûr, dans le contexte d'une entreprise publique, une telle approche n'est peut-être pas désirable, mais puisque près de quatre-vingt pour-cent des entreprises canadiennes sont de nature privée, il est nécessaire d'évaluer les avantages d'une telle approche. Comme dernier mécanisme parallèle au voile corporatif, nous allons suggérer l'accès à une assurance souscrite par la corporation pour protéger les tiers. Une telle assurance permettrait de transférer le risque de l'actionnaire et du créancier à une tierce partie volontaire.

Finalement, nous sommes d'avis que le voile corporatif et la personnalité distincte de la corporation sont effectivement parmi les instruments de développement les plus efficaces de l'époque. Par contre, comme toute création, elle n'est pas parfaite et doit évoluer avec le temps. La levée répétée du voile corporatif par nos tribunaux démontre clairement que l'actionnaire peut abuser du système et que le législateur (sauf pour le Québec depuis le nouveau Code civil) reste muet sur cet état de fait depuis le début du siècle. Une clarification des motifs de la levée du voile s'impose. Il nous faut également mener une réflexion sur les objectifs réels de la présence du voile et de la personnalité distincte de la corporation. Une fois que nous serons convaincus de leur pertinence dans un contexte moderne, il nous faudra rattacher ces principes à un droit bien établi ou créer des concepts qui assureront une prévisibilité au système et continueront de stimuler l'investissement de l'actionnaire et du créancier dans la corporation.

CHAPITRE I - **CONSIDÉRATIONS SUR LA PERSONNALITÉ DISTINCTE DE LA CORPORATION**

« The law should focus on the abuses of limited shareholder liability and preserve the principle. »

- R. A. Posner

Avant d'étudier le traitement du voile corporatif par les législateurs et les tribunaux canadiens, nous croyons qu'il est important d'évaluer l'importance de la personnalité distincte de la corporation dans le contexte actuel. Notre prémisse est la suivante : puisque le principe de la personnalité distincte de la corporation et de la responsabilité limitée de l'actionnaire prend son origine dans le droit anglais du dix-huitième siècle, il est possible que ce concept n'ait plus sa place dans le contexte d'une économie moderne. Dans cette optique, nos efforts pour établir les caractéristiques et un contenu clair de la personnalité distincte sont peut-être futiles. Nous sommes donc d'avis que la première question à laquelle il faut répondre est de savoir si les avantages de la personnalité distincte de la corporation surpassent ses désavantages. S'il s'avère que ce n'est pas le cas, l'abolition du concept de la personnalité distincte serait peut-être la meilleure solution.

Il est intéressant de se rappeler brièvement le contexte historique qui a précédé l'implantation du régime de la responsabilité limitée des actionnaires afin de mieux comprendre le rôle de cet instrument dans l'économie contemporaine. Nous verrons que la responsabilité limitée des actionnaires de la corporation n'a plus la même importance qu'elle avait au début du développement de l'appareil corporatif. Il en découle que, comme au moment de l'implantation de la responsabilité limitée de l'actionnaire au dix-huitième siècle, plusieurs critiquent encore aujourd'hui le principe et nous étudierons leur raisonnement. Nous évaluerons ensuite les avantages de la responsabilité limitée pour conclure que s'il existe des lacunes à ce principe, de nombreux avantages nous obligent à constater qu'il doit être préservé, sujet à certaines modifications.

Section 1.01 - Le contexte historique

Bien que le présent mémoire n'a pas pour objectif d'effectuer une remontée historique exhaustive des concepts de la personnalité distincte et de la responsabilité limitée de l'actionnaire⁶, nous croyons qu'il est important de souligner le contexte historique qui a mené à l'implantation du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire. Soulignons d'abord que la corporation canadienne s'est vue dotée d'une personnalité distincte et de la responsabilité limitée de ses actionnaires dans la première loi sur les compagnies canadiennes en 1850⁷. Le concept de la corporation de nature purement commerciale naissait dans la même loi, le privilège de l'incorporation étant jusqu'alors réservé aux corporations à caractère «public»⁸. Le principe de la responsabilité limitée des actionnaires ne semble pas avoir été contesté au Canada, peut-être parce qu'un débat exhaustif avait fait rage en Angleterre où l'implantation de la «Limited Liability Act» avait été chaudement débattue⁹.

On se rappellera qu'en Angleterre, la période des dix-septième et dix-huitième siècles avait été extrêmement mouvementée au niveau des activités économiques. Plusieurs familles de la haute société avaient perdu des fortunes en investissant dans des banques et autres entreprises. À cette époque, l'attribution d'une charte corporative était un privilège accordé par législation spéciale à des regroupements à but social (tel les banques, le développement du transport en commun, etc.). La charte était souvent accordée à des individus ayant de bons contacts politiques bien plus qu'à des gens présentant un plan d'affaire sensé. Contrairement à ce que plusieurs investisseurs auraient pu penser, la sanction donnée par le Parlement n'était pas un endossement de la stabilité de la corporation

⁶. Pour un développement complet à ce sujet, voir A.W. CURRIE, «The First Dominion Companies Act», (1962) Can. J. Econ. 387, qui revoit tous les aspects de la première loi corporative édictée au Canada ainsi que les événements qui ont mené à son implantation.

⁷. En 1850, le législateur canadien entérine l'«Acte pour pouvoir à la formation de compagnies incorporées à fonds social, pour des fins relatives aux manufactures, aux mines, à la mécanique ou à la chimie», 13-14 Vict. Ch. 28.

⁸. Pour une discussion détaillée au sujet de la nature des corporations et de l'évolution des modes d'incorporation au Canada, voir J. SMITH, et Y. RENAUD, Droit québécois des corporations commerciales, vol. 1, Montréal, Judico Inc., 1974, p. 518, aux pages 5 à 29.

⁹. Dans L.C.B. GOWER, Principles of Modern Company Law, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, p. 809, aux pages 41 à 54, on retrouve un texte qui relate le débat politique menant à la «Limited Liability Act».

et puisqu'aucune loi ne protégeait l'investisseur, ces derniers subirent des pertes financières énormes dans des entreprises douteuses. Pendant plusieurs décennies suivant cette période de crise économique perpétuelle en Angleterre, le public redoutera l'investissement dans les corporations. Cette appréhension eut pour résultat de freiner l'investissement et de ralentir l'économie britannique de façon importante¹⁰.

L'élite de la société britannique mettant en doute la viabilité de l'investissement spéculatif et ayant perdu beaucoup de ses moyens, les gens d'affaires cherchèrent ailleurs pour trouver du capital d'investissement. Pour convaincre la population à investir ses économies personnelles, il fallait protéger ces individus tout en sécurisant la classe plus riche pour qu'elle risque ce qui lui restait dans ses coffres : «the argument for limited liability became an argument on behalf of the middle class and against the rich»¹¹. C'est donc dans ce contexte que le principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire a pris forme en Angleterre. Pour contrer les effets des échecs consécutifs des marchés d'investissement pendant les dix-septième et dix-huitième siècles, il fallait penser à un mode efficace de protection des investisseurs. À cette époque, le principe de la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire sont donc avant tout un moyen de stimuler l'investissement dans la corporation.

Bien que le Parlement britannique a légiféré sur la personnalité distincte de la corporation, le principe continue d'être controversé, peut-être surtout parce qu'il est mal compris. C'est en 1897 que la Chambre des Lords précise le concept. La décision de Salomon c. A. Salomon & Co.¹² demeure aujourd'hui l'une des décisions les plus importantes de notre jurisprudence. Salomon, un simple commerçant, veut prendre avantage de la nouvelle forme de corporation à responsabilité limitée tout

¹⁰. Voir T. ORHNIAL, Limited Liability and the Corporation, Londres, Croom Helm, 1982, p. 223, aux pages 81 à 116. Ce texte donne également quelques indices sur l'origine de la responsabilité limitée des actionnaires de corporations. L'auteur souligne qu'en droit romain, le concept n'existait pas puisque la corporation pour fins strictement commerciales n'était pas née. Le statut de corporation était attribué aux municipalités («municipia»), aux écoles («collegia») et à l'église. Au niveau de l'église, le clergé du comté pouvait être tenu responsable des dettes de toutes les églises sur son territoire.

¹¹. E. KIERANS, Wrong End of the Rainbow – The Collapse of Free Enterprise in Canada, Toronto, Harper & Collins, 1989, p. 232, à la page 52.

¹². [1897] A.C. 22.

en exerçant ses activités commerciales avec la plus grande honnêteté. Lorsque son entreprise connaît des difficultés financières, ses créanciers la mettent en faillite, laissant la corporation sans fonds suffisants pour rembourser les garanties qu'elle avait données à Aron Salomon personnellement. La Chambre des Lords renverse les jugements des deux cours inférieures¹³ en établissant sans équivoque que la loi sur les compagnies donne à la corporation une personnalité distincte de ses actionnaires et donc un droit distinct de réclamation :

... and the Act appears to me to give a company a legal existence with, as I have said, rights and liabilities of its own, whatever may have been the ideas or schemes of those who brought it into existence»¹⁴.

La corporation A. Salomon & Co. a donc l'obligation de rembourser les garanties données à Aron Salomon à même les fonds de la faillite¹⁵.

La décision Salomon a pour effet d'établir clairement la personnalité distincte de la corporation et la limite de la responsabilité des actionnaires envers les dettes de la corporation, en particulier pour la corporation à actionnaire unique et dans le cas de corporations où le contrôle est exercé par certains actionnaires. Au Canada et au Québec en particulier¹⁶, on a été moins rébarbatif à ce principe. En effet, dès 1896 (une année avant la décision Salomon), on accepte que la corporation soit un être moral distinct des actionnaires et que l'actif de la corporation soit indépendant

¹³. P. HALPERN, M. TREBILCOCK, et S. TURNBULL, «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law», (1980) 30 U.T.L.J. 118, à la page 118 où les auteurs expliquent que le changement d'opinion des cours dans les deux années qui se sont écoulées entre le jugement de la cour de première instance et celui de la Chambre des Lords était dû au contexte économique, soit les séquelles de la Dépression (de 1873 à 1896).

¹⁴. Précitée, note 12.

¹⁵. Notons que la décision de la Chambre des Lords ne fit pas l'unanimité. Dans P. HALPERN, M. TREBILCOCK, et S. TURNBULL, loc. cit., note 13, 119, on retrouve les commentaires de l'imminent Higgins : «Seldom has the House of Lords sunk to such a level of jurisprudential ineptitude as to reject the clear intention of the legislature in favour of the application of the so-called literal rule of interpretation. The decision in that case (Salomon) has probably done more to undermine commercial integrity in sixty years than did the Statute of Frauds in nearly three hundred».

¹⁶. Il faut noter que le concept du voile corporatif qui émane de la common law a été transposé librement en droit civil. Par contre, certains auteurs préconisent qu'une telle approche est mal fondée en droit et que le législateur devrait retourner aux principes du droit civiliste français pour donner une validité réelle au droit des corporations, voir C. BOUCHARD, «La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale», (1993) 34 Cahiers 349; et C. PRATTE, «Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du Code civil du Québec», (1994) 39 McGill L.J. 1.

de celui des actionnaires individuellement¹⁷. D'autres décisions des tribunaux du Québec ont abordé en périphérie le postulat¹⁸, mais la Cour d'appel a établi le principe de façon définitive.

Comme le Canada à l'époque était fortement influencé par le droit britannique, il n'est pas surprenant que l'on ait adopté le principe de la responsabilité limitée des actionnaires de la corporation sans grandes difficultés¹⁹. Le développement du Canada nécessitait des investissements de toutes les sources possibles et il est probable que la protection offerte par le voile corporatif encouragea cet investissement. Nous croyons qu'il est exact de dire que le but premier de la personnalité distincte de la corporation à l'époque où le principe a été établi était uniquement de stimuler l'investissement. Il fallait en effet trouver un moyen de rassurer l'investisseur qui avait été témoin des pertes financières des plus grandes fortunes britanniques. On peut également affirmer que la forme d'organisation en corporation et l'utilisation du véhicule corporatif étaient dans un état primitif et à ce titre, la responsabilité limitée de l'actionnaire devenait la caractéristique primordiale de la corporation. Aujourd'hui, toutefois, la corporation est un mode d'organisation des activités économiques qui est de plus en plus complexe et dont l'on se sert pour toutes sortes de motifs. Il n'est plus vrai que la responsabilité limitée de l'actionnaire est l'attribut le plus important de la corporation moderne.

¹⁷. Damien c. Société de prêts et de placements, (1896) 3 R. de J. 32.

¹⁸. Pour une discussion de ces décisions, voir C. BOUCHARD, loc. cit., note 16, 363.

¹⁹. Pour une histoire plus détaillée de l'évolution du concept de la corporation au Canada, voir J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON, et J.G. MACINTOSH, Cases and Materials on Partnership and Canadian Business Corporations, vol. 1, Toronto, The Carswell Company Limited, 1989, p. 686, aux pages 97 à 103. Notez que le droit québécois au niveau de la formation des corporations et de la responsabilité limitée des actionnaires émane des mêmes sources que le droit canadien en général; voir P. MARTEL et M. MARTEL, La compagnie au Québec – Les aspects juridiques, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1994-95, p. 1021, aux pages 49 à 58.

Section 1.02 - Les attributs de la personnalité distincte de la corporation

Pour le lecteur averti, il peut sembler futile de s'arrêter à préciser le concept de la personnalité distincte de la corporation, mais un élément de notre étude consiste à dire que le concept est mal compris. La plupart des juristes comprennent effectivement que la personnalité distincte de la corporation permet de rendre intouchable l'actionnaire pour les dettes de la corporation dans laquelle il a investi : «The fundamental rule of limited liability is that from the moment of incorporation, the members of a body corporate are in no way liable for its debts, unless there is express statutory provision that the shareholders shall be liable»²⁰. Il faut toutefois bien comprendre que cette protection est propre à l'actionnaire et non à l'administrateur ou au dirigeant. Il est important de faire cette distinction parce qu'une grande quantité de juristes, incluant des membres de la magistrature, confondent ce concept. L'administrateur et le dirigeant peuvent être responsables des dettes ou des actes fautifs de la corporation, mais cette responsabilité découle de leur rôle comme mandataire (en droit civil) ou comme fiduciaire (en common law) de la corporation. Cette erreur est plus fréquente qu'on pourrait le penser. Smith et Renaud²¹ mettent au chapitre de la levée du voile des décisions imputant une responsabilité à un administrateur. Dans Martel et Martel on lit :

Il existe un certain nombre de dispositions statutaires qui soulèvent d'office ou permettent de soulever le «voile corporatif», à commencer par toutes celles qui imposent aux administrateurs et dirigeants une responsabilité personnelle, civile ou pénale, en cas de contravention par la compagnie aux lois corporatives ...²²

²⁰ . H. SUTHERLAND, *Company Law of Canada*, 6^e édition, Scarborough, Carswell, 1993, p. 1165, à la page 207. Voir aussi R.G.B. DICKSON, «The Corporate Entity», (1965) Pitblado Lect. 11, à la page 14 : «A company has a distinct legal personality. That corporate personality is something quite distinct from the personalities of its members».

²¹ . J. SMITH et Y RENAUD, *op. cit.*, note 8.

²² . P. MARTEL, et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 22. Notons qu'au moins un de ces auteurs réalisera plus tard la confusion créée par ses propos et expliquera dans une publication de 1995, soit P. MARTEL, «Le voile corporatif et l'article 317 du Code civil du Québec», (1995) 55 R. du B. 447, à la page 471, que : «En réalité, la question de la responsabilité personnelle d'un administrateur de compagnie ne relève généralement pas du «soulèvement du voile corporatif». Soulever le voile implique faire comme si la compagnie n'existait pas, et que ses obligations et son patrimoine, bref tous les éléments de son bilan, s'ajoutaient à ceux de son actionnaire. C'est l'actionnaire qui est visé, et non l'administrateur à ce titre».

Il y a même un certain groupe de juristes qui croient que l'article 317 CCQ où sont édictés des motifs de levée du voile corporatif s'appliquent aux administrateurs et dirigeants²³. Heureusement, certains juges commencent à clarifier cette question : «L'article 317 du CCQ permet de faire fi de la personne morale pour aller derrière et atteindre les actionnaires, mais non ses administrateurs ou ses dirigeants»²⁴. Ces propos nous viennent d'un juge de première instance, mais comme ils n'ont pas encore été contestés devant une Cour d'appel, ils doivent s'appliquer.

Hamilton résume le mieux le raisonnement pertinent à l'analyse de la levée du voile corporatif :

At the outset, it is essential to distinguish between (1) cases where the courts have imposed liability on a shareholder for the obligations of the corporation solely because he, she or it is a shareholder, and (2) cases where a person other than the corporation (whether a shareholder, director, officer or employee) is held liable for a reason other than the status he, she or it has as a shareholder. Only the first set of cases are true cases of lifting the corporation veil... Unfortunately, the courts have tended to lump both kinds of cases under the heading «lifting the corporate veil»...²⁵

Il faut donc faire bien attention lorsqu'on parle de levée du voile corporatif pour attribuer une responsabilité personnelle à un membre de la corporation. Seul l'actionnaire bénéficie de la protection du voile et de la responsabilité limitée.

Parlons maintenant des divers attributs de la personnalité distincte de la corporation. Il n'y a aucun doute que cette faculté de la corporation d'offrir une immunité à ses actionnaires pour ses dettes est un attribut important de la personnalité distincte de la corporation. Là n'est pas la seule caractéristique de la personnalité distincte. Premièrement, la présence du voile corporatif signifie également que certains actionnaires ne seront pas tenus responsables des actes

²³ . P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22, 454-456.

²⁴ . Propos du juge Dalphond dans 144758 Canada Inc. c. Investissements Pliska Inc., JE 95-1554, 1554.

²⁵ . S.W. HAMILTON, «The Corporate Veil Reconsidered: Alternatives to Lifting the Corporate Veil», (1994/95) Meredith Lectures 257, à la page 266. Voir aussi I.R. FELTHAM, «Lifting the Corporate Veil», (1968) Lectures L.S.U.C. 305; et B.W. PRICHARD, «A Current

qu'ils auraient pu poser pour le compte de la corporation²⁶. Deuxièmement, la personnalité distincte de la corporation assure l'indépendance des biens de la corporation et des actionnaires, et rend inutile une interrelation quelconque entre les actionnaires :

The property of the corporation is not the property of the shareholders; shareholders have no right of action for injury to the corporate property or business; the relation of the shareholder to one another is irrelevant so long as the statutory requirements are satisfied.²⁷

C'est donc dire qu'il est important de distinguer entre la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire, l'une étant la caractéristique de l'autre et les deux concepts étant jusqu'à un certain point indépendants l'un de l'autre. Il nous faut également constater que si, au moment de l'établissement des premières lois corporatives, la particularité principale de ce type d'arrangement était la responsabilité limitée des actionnaires, la corporation est maintenant une structure complexe dont les objectifs sont variés. En effet, la formule d'organisation des activités commerciales par la voie de la corporation apporte de nombreux avantages, mis à part la responsabilité limitée des actionnaires :

Traditionally, the corporation has offered very real business advantages in the form of limited liability, ease of transfer of interest, continuity, allocation of managerial and ownership interest, and opportunities for tax planning. Incorporation is therefore not only a question of protecting the individual interest of a sole proprietor. If the limited liability quality were to be removed, there would still be many advantages to incorporation.²⁸

Les auteurs sont d'avis que les caractéristiques de la corporation sont nombreuses et que, nonobstant la présence de la protection du voile corporatif, le

Analysis of the Personal Liabilities of Directors to the Creditors of a Limited Company», (1978) 25 C.B.R. (N.S.) 82.

²⁶ . Voir Y. BERNIER, «De la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux d'une affaire déclarée en faillite», (1970) 8 Col. I. Dr. Comp. 301.

²⁷ . I.R. FELTHAM, loc. cit., note 25, 305.

²⁸ . F. IACOBUCCI, M.L. PILKINGTON et J.R.S. PRICHARD, Canadian Business Corporations, Agincourt, Canada Law Book Limited, 1977, p. 532, à la page 6. Pour une discussion au sujet d'autres facteurs pouvant justifier l'incorporation, voir H. SUTHERLAND, op. cit., note 20, pp. 49-50.

caractère essentiel de la corporation existerait tout de même²⁹. Dans ce contexte, la corporation serait d'abord un moyen de faciliter l'organisation de l'activité de production et de favoriser l'échange de services (l'activité des employés en retour d'un salaire). La responsabilité limitée de l'actionnaire serait un attribut de la corporation mais ne serait pas son attrait principal.

Une analyse économique de la corporation permet également d'écarter dans une certaine mesure la responsabilité limitée des actionnaires comme caractéristique essentielle de la personnalité distincte de la corporation. Dans une telle analyse, on reconnaît plusieurs avantages à l'organisation par voie de corporation³⁰, mais c'est la séparation de la fonction de gestion et de celle d'investisseur qui prime; c'est le caractère distinct de la personnalité de la corporation et de celle de ses actionnaires qui génère le plus de bénéfices pour la corporation. La responsabilité limitée des actionnaires n'est qu'un des éléments de cette personnalité distincte. Cette nuance est importante puisqu'elle permet d'établir que l'interrelation entre les actionnaires et la corporation a des bénéfices autres que la responsabilité limitée de l'actionnaire :

A corporation is a distinct legal entity, a legal personality separate from its shareholders or members. It has a capital, contributed in the first instance by its shareholders, which belongs to it and which it employs in its operations. Its assets are owned by it and not by its shareholders and its liabilities are its and not their responsibility. Once its operations are on a firm footing, it may be able to attract further funds for its purposes through the sale of additional shares.

²⁹. Dans W.H.F.M. CORTENRAAD, Limited Liability in Economic Theories of the Corporation, Toronto, University of Toronto, 1989, p. 366, à la page 166 : «Concludingly, in accord with Dewing, it can be said that logically the device of limited shareholder liability is not a necessary characteristic of the corporation».

³⁰. Dans W.H.F.M. CORTENRAAD, op. cit., note. 29, pp. 37-38, on explique les caractéristiques de la corporation : «Firstly, a flexible regime with regard to the transferability of the property rights of owners of (shares in) the enterprise concerned. Secondly, liability of owners, the investors in its equity, for tort as well as contract debts of the production unit subject to their ownership being restricted to the subscription price of the shares that they own. Thirdly, an organisational structure shaped at modelling a separation between the functions of management of the production unit and its ownership. Fourthly, a legally framed right assigned to the production unit that allows it to participate in the whole of the market as an independent entity, abstract from its owners and other contributors to the non-market relationship between production factors that it envelops... Fifthly, a herewith corresponding access to the legal system similarly as to the market, that is, as an entity regardless of its constituents, thus being able to avail itself of procedures provided by the legal system serviceable to resolve conflicts internal to the production unit as well as conflicts arisen between the production unit on the one hand and subjects external to or on the other».

Its existence is in theory perpetual and is not legally affected by changes in its shareholders or managers which may occur by death or otherwise.³¹

C'est donc dire qu'à elle seule, la personnalité distincte de la corporation semble être la caractéristique la plus importante de la formation en corporation. Elle permet l'utilisation du capital de la corporation de façon indépendante des actionnaires; elle permet d'attirer d'autres investisseurs sans que les actionnaires aient à soutenir une relation quelconque entre eux; et sa personnalité distincte empêche la corporation d'être affectée par le changement d'actionnaire. Selon ce raisonnement, l'abolition de la responsabilité limitée des actionnaires aurait un impact mineur, puisque la corporation conserverait ses autres attributs, en particulier sa personnalité distincte. Les lacunes de cette argumentation seront discutées dans les sections suivantes de notre travail. Pour le moment, nous croyons intéressant de considérer la chose.

Section 1.03 - Critique du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire

La réflexion qui précède nous conduit à nous demander s'il n'y a pas lieu d'abolir le principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Nous savons que ce principe suscite une controverse importante. Nous avons mentionné plus haut que les tribunaux trouvent toutes sortes de justifications pour «soulever le voile» et nous poursuivrons cette réflexion plus loin. Il est aussi vrai que plusieurs juristes s'objectent avec vigueur au concept de responsabilité limitée de l'actionnaire et les commentaires de certains expriment un inconfort³² ou leur contestation ouverte³³.

³¹ . H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, p. 49.

³² . Voir H.J. GLASBEEK, «More Direct Director Responsibility: Much Ado About ... What?», (1995) 25 Can. Bus. L.J. 416, à la page 458, : «The corporation has become the principal tool in private economic welfare creation because it is an attractive way to aggregate capital and to organise production. Two features, separate legal personality and limited liability, have been very useful to these ends. As a practical matter, these very features, however, put the investors outside the reach of the rules and regulations which are meant to fetter individuals. On the face of it, this runs counter to the basic tenet that individuals should be responsible for the conduct which they initiate. Further, as these rules and regulations are seen to be necessary to a well-working liberal democratic market system, there is a need to find an alternative way to enforce them; new targets have to be found».

La prémisse avancée par ces juristes tient à ce que l'incorporation, de nos jours, n'est qu'une affaire de quelques minutes³⁴ et qu'il apparaît injuste de protéger un actionnaire qui n'a pas à faire d'efforts importants pour participer à une entreprise incorporée au détriment de tierces parties qui s'impliquent peut-être de façon involontaire avec la corporation. Il apparaît aux créanciers de la corporation que si l'actionnaire investit dans une corporation, il s'attend à retirer les bénéfices de cet investissement et qu'il devrait assumer le risque de pertes :

This logic is straightforward: these people invested their capital and made efforts to make a personal profit; the economic model, as well as the political one based on it, expects them to be personally responsible for the outcomes of their conduct.³⁵

Cet argument nous semble, en effet, assez logique bien que plutôt de niveau philosophique, mais ceux qui s'opposent à la responsabilité limitée de l'actionnaire soulignent également plusieurs autres lacunes de ce régime. Dans la perspective des créanciers de la corporation, l'accès facile à l'incorporation serait responsable d'une attitude de laisser-aller de la part des actionnaires et des gestionnaires de la corporation (en particulier ceux d'une corporation privée)³⁶ :

Since this abolition would force shareholders to unlimited liability for the debts of their corporation as a rule of corporate law, it would increase their costs in the event of the corporation's default. Insofar as managers are motivated by the promotion of shareholder interests, this would motivate them to take into account the true social costs of

³³ . Voir B.L. WELLING, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles*, 2^e édition, Toronto, Butterworths, 1991, p. 756, à la page 122 : «Most 20th century judges have liked corporate personality about as much as Gilbert and Sullivan did. They have claimed authority to ignore it on numerous occasions. I can't see where they get such power; I deny that they have it. Their talk about the corporate veil is pure mystification and leads the analysis astray. There is no corporate veil. Analysts and judges who see corporate personality as a stumbling block must use proper legal rules to find the solutions they seek. Analysts who assume away corporate existence to reach a result are like hypothetical shipwrecked economists with tins of Spam: assume a can-opener and you attain (bodily) salvation. Judges in real cases like economists on real desert island, can't get away with it».

³⁴ . Voir J.S. ZIEGEL, «Is Incorporation (With Limited Liability) Too Easily Available?», (1990) 31 C. de D. 1075, à la page 1075, où l'on explique que : «15-Minute Corporations in Six Cities get Company. Aspiring tycoons with \$200 and a free quarter hour can now get quickie incorporations from the provincial government in seven Ontario cities».

³⁵ . Voir H.J. GLASBEEK, *loc. cit.*, note 32, 418.

³⁶ . Notez que dans le présent mémoire, nous utiliserons la terminologie «corporation ouverte» pour décrire la corporation qui recherche couramment de nouveaux actionnaires et l'expression «corporation fermée» pour traduire le concept de «closely-held corporation» qui décrit la corporation dont les actionnaires forment un groupe restreint.

a business activity up to the limits of shareholders' total financial ability instead of just their invested wealth... It follows that unlimited shareholder liability would provide managers and shareholders with a greater incentive to internalise the full social costs of corporate activities in the business strategy that follow than limited shareholder liability.³⁷

L'abolition du voile corporatif aurait pour effet de responsabiliser l'actionnaire et le gestionnaire face aux pertes financières de la corporation. L'actionnaire serait alors forcé de surveiller d'avantage la gestion de l'entreprise et l'administrateur de l'entreprise aurait intérêt à contrôler les activités de l'entreprise de plus près. Cette vigilance accrue des intervenants internes à la corporation favoriserait sans aucun doute une conduite plus saine des affaires de la corporation. Comment instaurer ces moyens de supervision? Pour la corporation à multiples actionnaires, il s'agirait d'instaurer des mécanismes permettant de fournir plus d'information à l'actionnaire. Pour la corporation privée où il y aurait un minimum d'actionnaires, le rôle de l'actionnaire et de l'administrateur serait resserré.

Une autre lacune attribuée au régime de responsabilité limitée tient à ce que la facilité d'incorporer la personne morale permet l'établissement d'entreprises sans le capital nécessaire à une opération saine, qui résulte en une dépendance accrue sur des sources de crédit externe. Ce manque de capital impose un risque important au paiement des créanciers volontaires, un risque encore plus grand pour les créanciers involontaires³⁸, et finalement crée une augmentation du taux de faillites, particulièrement durant des périodes de récession³⁹ (puisque ces

³⁷. W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 277.

³⁸. Pour les auteurs Posner et Manne, les expressions créanciers volontaires et involontaires qualifient le mieux les tiers qui subissent des dommages ou pertes causés par la corporation. Le créancier volontaire est celui qui transige avec une corporation et qui sait, au moment de sa transaction, qu'il doit se protéger contre la responsabilité limitée de celle-ci pour récupérer ses pertes potentielles. Évidemment, le créancier volontaire auquel on fait de fausses représentations quant à la nature de la personne avec qui il transige ou même à qui on fausse la viabilité de la corporation devient un créancier involontaire. Le créancier involontaire est celui qui n'a pas connaissance de la responsabilité limitée de la corporation avec laquelle il transige ou qui, contre son gré, est forcé de transiger avec une corporation. Nous donnerons l'exemple plus loin de l'individu dont le chien est tué par un taxi dont le propriétaire est une corporation ou la dame dont la lessive est souillée par la pollution d'une usine voisine. Voir R.A. POSNER, «The Rights of Creditors of Affiliated Corporation», (1976) 43 U.C.L.R. 499; et H.G. MANNE, «Our Two Corporation Systems: Law and Economics», (1967) 53 V.L.R. 259.

³⁹. Pour une discussion plus approfondie sur les lacunes de l'incorporation facile, voir J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1081-1082.

entreprises sont très fragiles et susceptibles aux fluctuations du marché). Selon Posner⁴⁰, la corporation n'a pas besoin, ni ne devrait avoir de dettes pour subsister. Dans cette optique, il ne serait plus utile de discuter de la responsabilité de l'actionnaire.

Toutes les conséquences négatives soulevées ci-haut peuvent être regroupées sous une même rubrique, à savoir que l'incorporation a comme effet de transférer le risque de l'investisseur vers des créanciers volontaires et involontaires. C'est ce transfert qui pose un problème important au régime de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Pourquoi une partie autre qu'un investisseur devrait-elle assumer les risques de l'entreprise alors qu'elle n'a vraiment aucun contrôle sur les activités de celle-ci?⁴¹ Pourquoi cette partie n'est-elle pas en mesure de récolter les fruits de l'entreprise? Il ne fait aucun doute que ce transfert de responsabilités a des effets néfastes importants :

it is claimed that a limited liability regime is inefficient because it enables shareholders to effect uncompensated transfers of business risks to creditors, thus creating incentives for excessive (inefficient) allocations of social resources to risky economic activities⁴².

Un créancier n'ayant la plupart du temps aucun contrôle sur les activités de la corporation, il lui est impossible d'évaluer les risques auxquels il fait face. Ce problème est encore plus flagrant dans le cas d'entreprises liées où les biens de la corporation sont souvent confondus avec ceux d'une filiale sur laquelle le créancier n'a aucun droit⁴³. Pour contrer les effets du voile corporatif, il doit donc y avoir un transfert de la responsabilité de façon à limiter le risque pour le créancier⁴⁴. À ce niveau, l'abolition de la responsabilité limitée de l'actionnaire est une option intéressante. On éliminerait d'un trait les abus et le report chez des tiers des risques générés par la responsabilité limitée et on ramènerait la corporation à une fonction plus légitime. On éliminerait également le besoin de dispositions statutaires

⁴⁰. R.A. POSNER, Economic Analysis of Law, 4e édition, Boston, Little Brown and Company, 1992, p. 722, à la page 397.

⁴¹. Il est vrai que certains créanciers garantis exercent un contrôle considérable sur les activités de la corporation. Ces créanciers sont exclus de la réflexion que nous avançons puisqu'ils ont le moyen de protéger leur investissement.

⁴². Dans P. HALPERN, M. TREBILCOCK, et S. TURNBULL, loc. cit., note 13, 126.

⁴³. Cette problématique est soulevée dans P. HALPERN, M. TREBILCOCK, et S. TURNBULL, loc. cit., note 13, 124.

pour la protection de créanciers et toutes les méthodes de rationalisation utilisées pour justifier la levée du voile corporatif.

Notons également que le concept de la corporation à responsabilité illimitée n'est pas nouveau. En effet, en Angleterre, la formule de corporation à responsabilité illimitée existe bien qu'elle ne soit pas la formule la mieux connue ou la plus populaire⁴⁵. Au Canada, les provinces de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta permettent l'incorporation de compagnies à responsabilité illimitée⁴⁶. On se sert, entre autre, de la corporation à responsabilité illimitée pour remplacer la société en nom collectif. La corporation à responsabilité illimitée facilite le retrait de capital et favorise l'indépendance des actionnaires comparativement et permet aux actionnaires de bénéficier des avantages fiscaux qui découlent de l'organisation en corporation⁴⁷.

L'abolition du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire aurait donc trois effets principaux : 1) la réduction ou l'élimination d'une attitude de laisser-aller de la part des gestionnaires et des actionnaires; 2) une meilleure planification financière des activités pour la mise sur pied d'entreprises et pendant leur existence; et 3) la prise en charge complète du risque par les intervenants qui en connaissent les conséquences et sont mieux en mesure de l'accepter⁴⁸. Bien sûr, chacun de ces arguments a un revers que ceux qui adhèrent au régime de responsabilité limitée s'empressent de nous rappeler. Pour ces intervenants, l'abolition du régime de responsabilité limitée aurait des conséquences dévastatrices sur l'économie. Nous allons étudier les diverses prémisses proposées.

⁴⁴ . T. ORHNIAL, *op. cit.*, note 10, p. 60.

⁴⁵ . T. ORHNIAL, *op. cit.*, note 10, p. 30.

⁴⁶ . Voir G.J. GODSOE, «Nova Scotia Unlimited Liability Companies», (1995) 5 Can. Cur. Tax 87; et E. ATKINSON, «La compagnie à responsabilité illimitée de Nouvelle-Écosse : un véhicule attrayant pour l'investisseur américain!», (1995) 17 R.P.F.S. 385.

⁴⁷ . L.C.B. GOWER, *op. cit.*, note 9, p. 291.

⁴⁸ . Notons que dans P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, *loc. cit.*, note 13, 147-148, on conclut que le régime de responsabilité limitée est très favorable à l'entreprise publique («widely-held corporation») alors qu'il a une implication limitée pour la corporation privée («tightly held corporation»).

Section 1.04 - Les motifs favorisant le régime de responsabilité limitée

Dans la section précédente, nous avons soulevé certains des désavantages de la corporation à responsabilité limitée. L'abolition du concept éliminerait évidemment ces lacunes. Par contre, il serait naïf de penser que l'abolition du principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire n'aurait aucun effet. L'investissement dans des entreprises à haut risque est à la base du lancement et du développement d'entreprises qui sont nécessaires à une économie saine. La protection de l'actionnaire est importante pour stimuler de tels investissements⁴⁹ :

Insofar as one associates economic progress with economies of scale, it must be regarded as a major achievement of limited liability that it has made much of our economic progress possible. There may be other forms of organisation which would have had the same effect; but this is the form which has been used in most «capitalist» countries.⁵⁰

On ne peut donc pas ignorer l'apport de la responsabilité limitée de l'actionnaire dans notre économie et puisque nous vivons dans une ère de mondialisation des échanges, le fait que le régime de responsabilité limitée (sous une forme ou une autre) soit utilisé dans la plupart des pays développés est certainement un indice de popularité que nous ne pouvons pas ignorer. Si nous n'avons pu identifier aucune étude qui définit l'impact qu'aurait le retrait du régime de responsabilité limitée sur les investissements, on a qu'à poser la question à un entrepreneur ou investisseur pour comprendre tout de suite qu'il hésiterait avant d'investir dans une entreprise alors qu'il ne serait plus protégé par le voile.

⁴⁹ . Voir toutefois W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 166 qui souligne qu'il n'existe aucune étude empirique qui établit de façon définitive que l'abolition de la responsabilité limitée offerte à l'actionnaire aurait pour effet de réduire ou anéantir les investissements : «No empirical data demonstrates that in the absence of limited shareholder liability corporate functions concerning monitoring and capital attraction would also be absent and that hence its reason of existence as interpreted in advantages with respect to monitoring and capital attraction would disappear... Concludingly, in accord with Dewing [Arthur Stone Dewing, *The Financial Policy Corporations I* (fifth edition), 1953 (New York : Ronald Press), p. 14] it can be said that logically the device of limited shareholder liability is not a necessary characteristic of the corporation».

⁵⁰ . T. ORHNIAL, *op. cit.*, note 10, p. 12.

Nous avons vu, dans la section précédente, que l'un des arguments présenté pour abolir le voile corporatif tient à ce que sa présence stimule une attitude de laisser-aller et de non-responsabilité de la part des gestionnaires et des actionnaires. L'abolition de la responsabilité limitée pousserait l'actionnaire à être plus vigilant et à superviser de plus près la gestion de l'entreprise dans laquelle il a investi. Cette implication accrue de l'actionnaire dans les activités de la corporation a toutefois un prix : «All investors risk losing wealth because of the actions of agents. They could monitor these agents more closely. The more risk they bear, the more they will monitor. But beyond a point, monitoring is not worth the cost»⁵¹. Il est certain que l'investisseur n'a pas nécessairement le goût, ni la possibilité d'évaluer chacune des décisions prises par les gestionnaires de la corporation et d'en évaluer l'impact sur son investissement. On pense tout de suite au fardeau qu'une telle supervision imposerait au gestionnaire ainsi qu'à l'actionnaire : rapports mensuels ou hebdomadaires, approbation de toutes les décisions administratives ainsi que financières, etc. On peut également penser que le régime de responsabilité limitée réduit le besoin pour l'actionnaire de superviser les autres actionnaires. Si l'actionnaire était redevable des dettes de la corporation, on peut penser que le créancier tenterait d'obtenir paiement de sa créance auprès de l'actionnaire le plus fortuné, laissant de côté ceux qui n'ont qu'un investissement minime dans la corporation. L'actionnaire devrait donc constamment évaluer sa position face aux autres actionnaires et évaluer son risque en conséquence.

De toute façon, le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire n'est pas sans posséder certains mécanismes de supervision qui permettent à l'actionnaire d'évaluer les risques de son investissement. L'investisseur peut limiter ses risques en diversifiant ses investissements dans une panoplie de corporations dont le risque varie. Il sécurise ainsi sa position et se rend moins vulnérable aux fluctuations du marché. Le prix des actions qu'il achète donne également à l'actionnaire une bonne indication quant au risque associé à son investissement. Moins un investissement est sûr, moins le prix de l'action est élevé et vice versa. L'actionnaire peut donc évaluer le type d'investissement qu'il préfère et en subir les conséquences. L'actionnaire peut également remplacer les administrateurs de la corporation, un

⁵¹ . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, «Limited Liability and the Corporation», (1985) 52 U.Ch.L.R. 89, à la page 94.

pouvoir qui lui est donné par législation et qui constitue certainement un stimulus considérable pour le gestionnaire. Finalement, le fait que l'actionnaire puisse justement vendre ses actions librement s'il n'est pas satisfait du rendement des gestionnaires de la corporation stimule l'efficacité de ces derniers. En effet, si la performance de la corporation diminue, cette diminution sera associée aux gestionnaires. Ils ont donc intérêt à donner une bonne performance. Il nous apparaît alors que l'argument tenant à ce que le régime de responsabilité limitée réduise le rendement de la corporation n'est pas tout à fait aussi simple. L'abolition du régime de responsabilité limitée aurait peut être même un effet contraire. Il pourrait s'en suivre que le créancier, volontaire ou involontaire, agisse à son tour de façon négligente⁵².

Il en est de même en ce qui a trait à l'argument voulant que la responsabilité limitée permette la mise sur pied de corporations en manque de capital. La corporation qui se trouve dans une telle situation n'attirera aucun investissement additionnel de par sa mauvaise performance. L'investisseur averti qui transige avec une corporation dont le capital est incertain a l'option de demander de l'information au sujet du rendement de la corporation dès le début de sa relation. Il possède donc les mécanismes nécessaires pour se protéger de la corporation en manque de capital et pourra évaluer le risque de son implication. Si la corporation est malhonnête dans sa divulgation, il s'agira d'un tout autre problème que celui de la responsabilité limitée.

Au niveau du transfert du risque généré par le régime de responsabilité limitée, ceux qui mettent de l'avant les avantages du régime de responsabilité limitée s'entendent pour dire que le créancier est compensé pour le risque qu'il assume par le taux d'intérêt qu'il réclame sur le prêt ou la garantie demandée. Le

⁵² . Cet argument est discuté dans W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 290. Selon cet auteur, le régime de responsabilité limitée devait alors être appliqué strictement face aux créanciers externes de la corporation (voir ceux qui n'ont pas de relation contractuelle avec celle-ci ou ceux qui n'ont pas de moyen d'évaluer le risque de s'impliquer dans la corporation avant la création de la créance), et seulement dans des cas où l'actionnaire n'avait pas la possibilité d'évaluer le risque financier associé à la corporation : «Piercing the veil, then, should make shareholders liable for the effects of managerial actions that externalise costs to parties external to the corporation without shareholders disposing of a corresponding legal power to prevent such managerial actions».

créancier volontaire a l'option d'accepter le risque de l'entreprise et peut demander une panoplie de garanties différentes :

In general then, voluntary creditors will be compensated by the higher interest rate that the corporation must pay by virtue of enjoying limited liability. Secondly, these providers of inputs to the corporation can demand additional protection in order to hedge against the risk that their claims will not be satisfied... Thirdly, before entering into a credit relationship with the corporation voluntary creditors can also demand other contractual provisions that maintain limited shareholder liability as a rule, but that do reduce their risk, thus serving to protect their interests.⁵³

Nous savons tous que le créancier volontaire demandera souvent à un actionnaire d'endosser personnellement la garantie donnée par la corporation (en particulier dans le cas d'entreprises fermées). C'est l'un des moyens disponibles au créancier volontaire pour protéger ses intérêts. Pour ce qui est du créancier involontaire, comme l'homme dont le chien est tué par l'opérateur d'un taxi dont le propriétaire est une corporation ou la femme dont la lessive est souillée par la pollution d'une manufacture avoisinante, le risque est transféré non pas à un créancier, mais à une compagnie d'assurance qui est compensée par les primes payées par la corporation. Tout le monde y trouve son compte⁵⁴. Posner soutient que de toute façon, le créancier volontaire est probablement dans une meilleure position pour évaluer le risque relié à l'entreprise. Il soulève l'exemple de l'actionnaire individuel qui investit une somme dans une entreprise avec laquelle il n'est pas nécessairement familier. Comparativement, la banque qui transige couramment avec l'entreprise ou avec une entreprise similaire connaîtra mieux le marché et ses fluctuations de façon à pouvoir évaluer le risque réel relié à cette entreprise.

Selon Posner, l'institution bancaire sera probablement plus réceptive au risque que l'actionnaire individuel : «A bank is a corporation, and a corporation is

⁵³ . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 252.

⁵⁴ . En principe seulement parce que d'une part, les garanties prises par le créancier volontaire sont souvent insuffisantes pour compenser toutes les pertes du créancier. D'autre part, même la couverture d'assurance de la corporation ne sera pas toujours suffisante pour compenser le créancier involontaire pour ses pertes. La théorie de Posner ne tient pas compte de ces facteurs.

likely to be less risk averse than an individual (though not perfectly risk neutral)»⁵⁵. La banque étant une corporation bénéficiant aussi du régime de responsabilité limitée (bien que sa gestion soit aussi stimulée par une supervision méticuleuse de sa performance) est plus réceptive à la spéculation et au risque. Aussi, dans le cas du créancier volontaire comme l'institution bancaire, le risque qui découle de la garantie de la corporation est clairement compris par le créancier :

Manne also argues that, at least in the case of voluntary creditors, the risk of insolvency is regularly understood and, where significant, treated as any other cost. In other words, information costs facing corporate creditors are lower than those facing corporate investors⁵⁶.

Finalement, que ce soit le créancier ou l'actionnaire qui accepte le risque, le coût pour la corporation ou pour le créancier est le même :

Because someone must bear the entire risk of business failure under any rule, some have argued that the importance of limited liability has been exaggerated. The benefit to stockholders from limited liability, the argument runs, is exactly offset by the detriment to creditors. Stockholders are more secure and so demand a lower rate of return under limited liability, but creditors demand a higher rate; the opposite is true under unlimited liability. The firm's cost of capital, the argument continues, is the same under either rule.⁵⁷

Il apparaît donc que, pour la corporation, le coût d'un régime de responsabilité limitée ou illimitée serait le même; seul le risque passerait du créancier à l'actionnaire. On soutient également que si la responsabilité limitée n'existait pas, on la créerait par voie contractuelle : «Abolishing limited shareholder liability as an organisational feature attainable through formal incorporation would induce participants in firm production to create limited liability by way of contracts»⁵⁸. Il est alors évident que l'actionnaire refuserait d'investir dans une entreprise qui existerait sous un régime de responsabilité illimitée et il semble évident qu'il serait plus difficile d'attirer des investisseurs. On peut également penser que la petite

⁵⁵ . R. A. POSNER, *op. cit.*, note 40, p. 394. Voir aussi R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38, 501 : «First the lender may be in a better position than the borrower to appraise the risk. Second, the borrower may be risk averse and the lender less so (or risk neutral or even risk preferring)».

⁵⁶ . P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, *loc. cit.*, note 13, 124.

⁵⁷ . F.H. BUCKLEY, M. GILLEN et R. YALDEN, *Corporations – Principles and Policies*, 3^e édition, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1995, p. 1191, à la page 105.

entreprise aurait beaucoup de difficultés à convaincre ses créanciers de libérer ses actionnaires de la responsabilité illimitée. Peut-être que la lacune la plus importante tient à ce que la voie contractuelle, pour se libérer de la responsabilité illimitée, consisterait en un fardeau administratif important et un investissement de ressources de la part de la corporation (négociation de contrats avec tous les créanciers, etc.) qui surpasseraient ses désavantages. Ce fardeau administratif pèserait également sur le créancier puisqu'il devrait constamment superviser l'identité de l'actionnaire :

Furthermore, piercing the corporate veil is an administrative nightmare if there are many shareholders and shares turn over frequently, for then one must decide which shareholders shall be liable – those who owned shares when the tort occurred, those who owned when the tort judgement was rendered, or those who owned at some other time? And how liability shall be apportioned among the shareholders in the liable group.⁵⁹

Le fardeau créé par un tel régime pour la corporation publique serait astronomique. Si un incident cause des dommages à un moment particulier dans le temps, il serait possible d'identifier qui étaient les actionnaires à ce moment précis. Par contre, dans le contexte d'un délit qui s'étend sur des années (par exemple, l'infiltration souterraine de déchets qui contamine l'eau de centaine de résidents), une poursuite devrait toucher littéralement des milliers de personnes qui ont possédé des actions de la corporation à un moment ou un autre. Il faudrait alors juger de la proportion de responsabilité de chacun de ces actionnaires. Peut-être que dans ce contexte le risque assumé par l'actionnaire serait minime, puisqu'il le partagerait avec des milliers de personnes, mais ça serait autre chose dans le cas d'une corporation qui compterait un petit nombre d'actionnaires. Pour eux, le risque demeurerait important. Le régime de responsabilité limitée a cet avantage de s'appliquer, en principe, à tous les actionnaires de la même façon. Il met sur un pied d'égalité l'actionnaire riche et celui plus pauvre, sans discrimination.

Nous partageons aussi l'avis du professeur Ziegel à savoir qu'il existe un régime de responsabilité limitée dans toutes les transactions volontaires ou

⁵⁸ . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 280.

⁵⁹ . R.A. POSNER, *op. cit.*, note 40, p. 193.

involontaires avec une corporation. En effet, l'abolition du régime de responsabilité limitée n'empêchera pas des personnes non-qualifiées et qui n'ont pas le financement nécessaire de lancer des projets risqués : «all persons, incorporated or not, enjoy limited liability because everyone's resources are finite»⁶⁰. On peut effectivement réclamer des millions d'une personne morale ou physique qui nous a causé des pertes, mais on ne peut pas soutirer de cette personne plus d'argent qu'elle n'en possède. Dans cette optique, il existe effectivement un régime de responsabilité limité qui est inné à notre droit.

Nous avons donc vu que le régime de responsabilité limitée favorise d'abord l'investissement de la part des classes moyennes et riches de la société, tous étant libres de tenter de faire fructifier leurs avoirs. Par ailleurs, il y a dans le régime de responsabilité limitée une motivation pour le gestionnaire et l'actionnaire de voir à la bonne performance de la corporation dans le fait qu'ils veulent continuer d'attirer des investisseurs et de récolter les fruits de leurs investissements. L'actionnaire qui n'est pas satisfait de la performance de la corporation a l'option de se départir de ses actions ou de remplacer les administrateurs, ce qui assure l'efficacité de l'entreprise. En troisième lieu, le transfert du risque de la corporation envers ses actionnaires s'effectue en connaissance de cause de la part de ses créanciers volontaires et ces derniers sont largement compensés par le taux d'intérêt et les garanties qu'ils réclament. Pour le créancier involontaire, les assurances souscrites par la corporation lui permettront de récupérer ses pertes. Finalement, on pense que si le régime de responsabilité limitée n'existait pas de façon uniforme, ce régime serait créé par des contrats complexes applicables à certains actionnaires de certaines corporations seulement. Le résultat de cette approche contractuelle créerait un imbroglio autant du côté de la corporation (qui devrait investir des ressources considérables pour administrer ces contrats) que du côté des créanciers (qui devraient superviser le changement continu des actionnaires de la corporation pour garantir leur solvabilité)⁶¹.

⁶⁰ . J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1092.

⁶¹ . Voir F.H. BUCKLEY, M. GILLEN et R. YALDEN, *op. cit.*, note 57, pp. 89-91, qui résume les avantages de la responsabilité limitée des actionnaires de la façon suivante : «First, limited liability decreases the need to monitor;... second, limited liability reduces the costs of monitoring other shareholders; ... third, by promoting free transfer of shares, limited liability gives managers incentives to act efficiently;... fourth, limited liability makes it possible for market prices to impound additional information about the value of firms;... fifth, as Henry

Dans la première partie du présent chapitre, nous avons étudié le fondement historique de la personnalité distincte de la corporation et de la levée du voile corporatif. Nous avons précisé qu'au début du siècle, la responsabilité limitée de l'actionnaire était l'attrait principal de la corporation, mais qu'aujourd'hui plusieurs autres caractéristiques rendent intéressant ce mode d'organisation des activités économiques (voir l'organisation du travail, les avantages fiscaux, etc.). Il faut aussi se rappeler notre analyse de la décision dans l'affaire Salomon où le principe de la personnalité distincte de la corporation est édicté. Nous verrons plus tard que les tribunaux se réfèrent souvent à cette décision mais qu'on l'interprète parfois de façon erronée.

En deuxième lieu, nous avons fait état des arguments contre le régime de responsabilité limitée. Les juristes qui préconisent cette approche sont d'avis que l'actionnaire qui fait le choix d'investir dans une corporation doit assumer le risque de son choix; c'est la loi du libre marché. On dit aussi que le régime de responsabilité limitée favorise un manque de vigilance de la part des administrateurs et des actionnaires face aux pertes de la corporation, parce qu'une partie importante du financement des corporations se fait par emprunt. Puisque la corporation est souvent mise sur pied avec l'argent d'un créancier externe, une banque ou autre, la responsabilité limitée n'encourage pas la vigilance de l'actionnaire. Ce transfert du risque de l'actionnaire qu'il impose à des tiers parfois involontaires est inacceptable parce que ce tiers ne bénéficie pas de mécanisme de protection alors que l'actionnaire a plusieurs recours pour limiter ses pertes.

Nous avons ensuite analysé les motifs qui favorisent le régime de responsabilité limitée. Brièvement, ils sont : 1) que le régime réduit l'écart entre les classes de la société puisque tous ont accès à l'investissement dans un contexte de risque réduit; 2) que l'actionnaire est effectivement motivé par le profit potentiel de son investissement et que cela le rend vigilant; 3) que les créanciers autant volontaires qu'involontaires de la corporation ont des moyens de se protéger contre les dommages que la corporation peut leur causer; et 4) qu'un régime contractuel parallèle se développerait si la responsabilité limitée de l'actionnaire n'existait pas

Manne emphasised, limited liability allows more efficient diversification;... sixth, limited liability facilitates optimal investment decisions».

dans la législation. Tous ces motifs sont pertinents, en particulier celui du régime contractuel parallèle qui aurait des effets positifs pour la profession juridique mais qui causerait un fardeau administratif important autant pour l'entrepreneur unique que pour la corporation publique.

Tout compte fait, il nous apparaît que les arguments favorisant le régime de responsabilité limitée ne peuvent pas être ignorés. Il faut tout de même tenir compte du fait que certains actionnaires abusent de ce système au détriment de créanciers qui se voient imposer les pertes de la corporation sans compensation (c'est souvent le cas des fournisseurs de services ou de matériaux). Ces abus sont réels et expliquent la levée du voile corporatif que les tribunaux se sont mis à appliquer au cours des quarante dernières années. Nous avons mentionné plus haut que l'un des avantages du système de responsabilité limitée tenait à ce qu'il s'appliquait de façon uniforme à tous les types d'actionnaires (ce qui réduisait le fardeau administratif des créanciers et de la corporation). Toutefois, si les tribunaux soulèvent le voile corporatif de façon arbitraire et imprévisible, cet avantage est visiblement réduit. Mais avant de traiter des principes retenus par les tribunaux, nous voulons examiner les textes législatifs sur le sujet de la personnalité distincte de la corporation et de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Il s'agit de déterminer si ces principes sont bel et bien établis dans nos lois corporatives canadiennes et québécoises et de déterminer si le législateur permet de mettre ces principes de côté dans certaines situations.

CHAPITRE II - LE TRAITEMENT STATUTAIRE DE LA PERSONNALITÉ DISTINCTE ET DE LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE

«... the corporate veil has its roots in statutory, not judge-made law.»

- J. Hamilton

Nous savons que c'est le législateur, dès 1850, qui a créé la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité de l'actionnaire dans les lois corporatives canadiennes et québécoises⁶². Dans la présente section, nous allons étudier les dispositions législatives reliées à la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire, portant notre attention uniquement sur la LSA, la LCQ et l'article 317 du CCQ. Cet article du CCQ est très innovateur puisque pour la première fois, le législateur reconnaît certaines instances où les gestes de l'actionnaire

⁶². Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction du présent travail, l'étude de la responsabilité de l'actionnaire au niveau de la fiscalité, du droit de la faillite, du droit environnemental, et en matière criminelle dépasse les paramètres de notre recherche. Dans la majorité des cas, c'est à l'administrateur ou au dirigeant qu'on impute la responsabilité pour les actes de la corporation. Par contre, nous pouvons mentionner qu'au niveau fiscal, lorsque la corporation agit comme l'alter ego de l'actionnaire, ce dernier se verra imposer une responsabilité personnelle pour les impôts de la corporation; voir G.T. TAMAKI, «Lifting the Corporate Veil in Canadian Income Tax Law», (1962) 8 McGill L.J. 158; W.J.A. MITCHELL, «Taxation and the Corporate Veil», (1966) 14 Can. Tax J. 534; J.W. DURNFORD, «The Corporate Veil in Tax Law», (1979) 27 Can. Tax J. 281; V. KRISHNA, «Common Law Piercing of the Corporate Veil to Reach Individual Shareholders», (1985) 1 Can. Cur. Tax J. :101. En droit de la faillite, l'actionnaire reste responsable du paiement de ses actions en cas de faillite de la corporation. Aussi, l'actionnaire pourra être forcé de retourner des dividendes payés alors que la corporation était insolvable, ceci en vertu de la LSA. Une compagnie-mère sera parfois responsable des dettes de sa filiale; voir J.D. HONSBARGER, «Insolvency and the Corporate Veil in Canada», (1970) 8 Col. I. Dr. Comp. 213; Y. BERNIER, *loc. cit.*, note 26; R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38; N.C. SARGENT, «Corporate Groups and the Corporate Veil in Canada: A Penetrating Look at Parent-Subsidiary Relations in the Modern Corporate Enterprise», (1987) 17 Man. L.J. 156; T.M. DOLAN, «Piercing the Corporate Veil», (1990) 5 Nat. Creditor D. Rev. 7; S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25. La responsabilité de l'actionnaire pour les dommages à l'environnement est plus difficile à prouver puisque la responsabilité découle du principe que c'est la personne qui a causé la pollution ou qui a émis le polluant qui en est responsable. En général, c'est l'administrateur qui se trouve dans cette situation, mais l'actionnaire n'est pas exclu s'il participe directement à l'acte fautif, en particulier la compagnie-mère si elle est son actionnaire; voir D. SAXE, «Throwing the Net Wider: Can Parent Companies and Lenders be Held Liable for Contaminated Land?», (1991) 3 W.R.L.S.I. 22; D. SAXE, «Environmental Liabilities of Officers and Directors», (1990) 46 B.L.R. 262; P.R. CASSIDY, «The Exposure of Officers and Directors to Criminal and Quasi-Criminal Liability for Environmental Offences: An Update», (1995) 53 Advocate 899. Au niveau criminel, c'est la personne qui est investie du pouvoir décisionnel des activités de la corporation qui sera responsable. Encore une fois, c'est l'administrateur qui se trouve dans cette situation de contrôle, mais dans certains cas l'actionnaire peut avoir la *mens rea* nécessaire; voir W.H. JARVIS, «Corporate Criminal Liability – Legal Agnosticism», (1961) Western Law Review 1; H. YAROSKY, «The Criminal Liability of Corporations», (1964) 10 McGill L. J. 142; H.J.

peuvent lui enlever la protection du voile. Il sera donc très intéressant d'étudier l'interprétation qu'en feront les tribunaux.

Section 2.01 - La personnalité distincte de la corporation

Section 2.01.1 - Le régime de la LSA

Pour étudier le fondement du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire au Canada, il est important de considérer la LSA. En effet, plus de quatre-vingt pour-cent (80%) des entreprises canadiennes possèdent une charte fédérale. Même au Québec, environ vingt-trois pour-cent (23%) des nouvelles corporations demandent une charte fédérale, comparativement à six pour-cent (6%) en Ontario⁶³. L'étude de la législation fédérale a donc un impact direct sur une majorité d'actionnaires québécois et canadiens.

L'actionnaire d'une corporation fédérale bénéficie de la personnalité distincte de la corporation, principe qui est édicté à l'article 15 de la LSA :

La société a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique.⁶⁴

Cette disposition précise que la corporation existe de son propre droit et qu'elle peut agir de façon indépendante de ses dirigeants ou actionnaires. L'article 15 prévoit que la personnalité de la corporation peut être mise de côté, mais dans des circonstances bien précises de la LSA. Il est important de noter cette partie de la disposition puisque son langage est exhaustif. En effet, le législateur ne dit pas que la personnalité distincte de la corporation est sujette à d'autres lois que la LSA et il y aurait alors lieu de se demander sous quelle prémisse peut-on toucher à la personnalité distincte de la corporation sans contrevenir à l'article 15 de la LSA.

GLASBEEK, «Why Corporate Deviance Is Not Treated as a Crime – The Need to Make «Profits» a Dirty Word», (1984) 22 O.H.L.J. 393.

⁶³. Ces chiffres sont pour l'année 1994 et sont tirés de C. JORDAN, «The New Morality in Quebec Company Law : Directors' Liability After the Civil Code of Quebec», (1995) 25 Can. Bus. L.J. 216, à la page 217.

⁶⁴. Voir aussi les articles 35(1) et 20(1) de la Loi sur l'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21 qui définit la personne comme incluant la corporation.

Une disposition d'exception à laquelle réfère l'article 15 de la LSA se trouve à l'article 3 de la LSA⁶⁵. Cette disposition établit un régime d'exclusion à la LSA, indiquant par exemple que certaines lois ne s'appliqueront pas à la corporation : il s'agit de la Loi sur les liquidations et les dispositions de la loi spéciale au sens de l'article 87 de la Loi sur les transports au Canada qui sont incompatibles avec la présente loi. Ce sont les seules lois auxquelles la LSA est subordonnée. De plus, on ne retrouve nulle part ailleurs dans la LSA des articles qui suggèrent que les dispositions de la LSA soient sujettes aux dispositions d'autres législations, par exemple la Loi sur l'impôt et le revenu. À notre avis, il est possible d'avancer l'argument que l'article 15 de la LSA, qui donne la personnalité distincte à la corporation, ne peut pas être mis de côté par les tribunaux parce que la LSA elle-même édicte la primauté de ce principe. Nous sommes surpris que cet argument n'ait jamais été présenté lorsqu'on tente de faire reconnaître la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire. Ceci dit, il est certain que certaines lois d'intérêt public auront d'emblée préséance, comme par exemple le Code criminel et les lois environnementales. Toutefois, si de telles lois ne sont pas invoquées, il n'y aurait pas lieu, à notre avis, d'ignorer la personnalité distincte de la corporation, les dispositions de la LSA faisant autorité⁶⁶.

Section 2.01.2 - La personnalité distincte de la corporation au Québec

Au Québec, la personnalité distincte de la corporation québécoise ne prend pas sa source dans la LCQ, mais dans le CCQ. L'article 298 CCQ indique effectivement que :

Les personnes morales ont la personnalité juridique. Elles sont de droit public ou de droit privé.

Le fait que la personnalité distincte de la corporation existe en vertu du CCQ lui donne préséance sur la plupart des législations, sauf si une exception est clairement édictée dans le CCQ. C'est donc dire que, comme dans le cas de la LSA, la

⁶⁵ . Voir Annexe «A» où cet article est reproduit.

⁶⁶ . Dans P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, pp. 22-27, on dit que plusieurs lois permettent le soulèvement du voile corporatif pour divers motifs dits «justes et équitables»; voir Loi sur la liquidation des compagnies, Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction, etc. Mais ces lois font référence à la responsabilité de l'administrateur et du dirigeant et non à celle de l'actionnaire.

personnalité distincte de la corporation québécoise ne saurait être contestée en vertu d'autres lois.

Section 2.02 - Le régime de responsabilité limitée

Section 2.02.1 - Le régime de la LSA

Le régime de la responsabilité limitée de l'actionnaire est discuté à l'article 45(1) de la LSA :

Les actionnaires de la société ne sont pas, à ce titre, responsables de ses obligations, actes ou fautes, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 38(4), 146(5) ou 226(5).⁶⁷

À la lecture de ces articles, il nous semble assez évident que le législateur a voulu que le voile corporatif soit immuable, sauf dans trois situations très précises. À l'article 38(4) de la LSA, on permettra à un créancier de récupérer des fonds de la corporation qui auraient été payés à un actionnaire alors que la corporation ne rencontrait plus les tests de solvabilité. À l'article 146(5) de la LSA, on prévoit que le créancier pourra exiger le retour par l'actionnaire de fonds versés lors de la dissolution de la corporation si ce créancier n'a pas reçu paiement de ses créances. L'article 226(5) de la LSA prévoit que l'actionnaire sera seul responsable des obligations, actes ou fautes de la corporation s'il est parti à une convention unanime d'actionnaires qui lui attribue l'autorité ultime sur les activités de la corporation.

Notons qu'auparavant, l'article 41 de la LSA permettait également à un créancier d'exiger de l'actionnaire le plein paiement de la valeur de ses actions. Par contre, selon l'article 25(3) de la LSA⁶⁸, la corporation ne peut plus émettre une action sans réception de la valeur complète de l'action. Un particulier ne peut donc pas devenir actionnaire sans avoir satisfait à cette obligation⁶⁹.

⁶⁷ . Voir Annexe «A» où les articles 38(4), 146(5) et 226(5) de la LSA sont reproduits.

⁶⁸ . Voir Annexe «A» où cet article est reproduit.

⁶⁹ . À l'article 41 de la LCQ (reproduit à l'Annexe «A» du présent travail), l'émission d'actions dont la valeur n'est pas complètement payée est encore permise.

À notre avis, les trois situations où la responsabilité limitée de l'actionnaire pourra être mise de côté forment une liste exhaustive. Encore une fois, la LSA ne comporte aucune disposition qui subordonne le régime de responsabilité limitée à nulle autre loi. La question se pose donc, à savoir dans quelles circonstances et sous quelle autorité le tribunal peut-il lever le voile corporatif? La levée ayant été suggérée depuis le début du siècle dans certaines circonstances nébuleuses établies par les tribunaux, il semblerait logique que le législateur endosse le raisonnement des tribunaux et légifère sur la levée du voile dans certaines circonstances. Est-ce qu'on peut interpréter le silence du législateur comme un argument au soutien du respect du voile corporatif, sauf dans les circonstances édictées dans les lois d'ordre public et celles des articles indiqués dans la LSA? Pour répondre à cette question de façon définitive, il faudrait faire une étude sur l'interprétation des lois qui dépasse les paramètres de notre étude. Disons ici que l'argument est intéressant.

Certains auteurs sont tellement opposés à la suggestion qu'il puisse exister des exceptions à la responsabilité limitée des actionnaires qu'ils préfèrent considérer les trois articles auxquels se réfère l'article 45 de la LSA comme faisant partie d'une définition plutôt que comme des exceptions au régime en question. Hamilton explique l'article 45 de la LSA de la façon suivante :

The notion of limited liability is a statutory creation, and the legislature has the power to define its content. The shareholders' liability resulting from the unanimous shareholder agreement is not liability as a shareholder but rather the assumption of the liability of the directors, as described below. The other provisions impose liability on a shareholder only up to the amount which the shareholder put into the corporation or was supposed to put into the corporation, or which a shareholder receives from the corporation in circumstances where the corporation has no legal right to pay any monies or give any property to a shareholder. Imposing liability limited to these amounts is consistent with the expression «limited liability».⁷⁰

La nuance apportée par Hamilton quant à l'interprétation de l'article 45 est intéressante. Vu de cette façon, le contenu des articles 38(4), 146(5) et 226(5) ne crée pas un régime d'exception au voile corporatif, mais en est une des conséquences logiques. Il n'existerait dans la législation aucun motif d'exceptions au régime de

⁷⁰ . S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 264.

responsabilité limitée de l'actionnaire et la législation n'appuierait donc pas une telle approche.

Section 2.02.2 - La responsabilité limitée au Québec

L'article 309 du CCQ établit le régime de responsabilité limitée pour la corporation québécoise :

Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues à la loi.

Comme c'est le cas pour l'article 298 CCQ, la disposition a préséance sur l'ensemble des lois puisque le CCQ a préséance sur toutes les lois. «Les exceptions prévues à la loi» auxquelles fait référence l'article 309 CCQ se retrouvent en particulier à l'article 317 CCQ que nous étudierons ci-après. D'autres articles du CCQ, tel l'article 1696, indique que le voile pourra être percé dans certaines circonstances :

Il convient de signaler que le CCQ à son article 1696 se livre lui-même à un «soulèvement du voile» lorsqu'il stipule qu'un créancier prioritaire ou hypothécaire est présumé acquérir lui-même le bien sur lequel porte sa créance (et perdre de ce fait sa créance contre son débiteur) si ce bien est acquis par une personne qui lui est «liée», notamment «une personne morale dont il est administrateur ou qu'il contrôle».⁷¹

Force nous est de constater qu'au Québec comme ailleurs, les principes de la personnalité distincte de la corporation et de la responsabilité limitée de l'actionnaire ne sont plus d'une étanchéité incontestable. Le législateur a défini les diverses exceptions à ces principes. Dans cette optique, il est peut-être moins surprenant de voir que les tribunaux ont à leur tour permis le soulèvement du voile corporatif dans plusieurs situations. D'un autre côté, on peut dire que lorsque le législateur a perçu le besoin de permettre la levée du voile ou le non respect de la personnalité distincte de la corporation, il a intégré ces exceptions dans la législation. Il n'a pas décrit de circonstances où la levée du voile corporatif serait permise (sauf au Québec avec

⁷¹. BARREAU DU QUÉBEC, La Réforme du Code Civil, vol. 1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 812, à la page 206. L'article 1696 du CCQ est reproduit à l'Annexe «A». Voir aussi d'autres exceptions législatives au principe de la responsabilité limitée dans P. MARTEL et M. MARTEL, M., op. cit., note 19, pp. 22-27.

l'article 317 CCQ). On peut donc questionner l'autorité que se sont donnés les tribunaux pour procéder à cette levée du voile.

C'est au Québec que la première tentative de systématiser les motifs de levée du voile corporatif prend place. L'article 317 du CCQ est effectivement innovateur puisqu'on tente pour la première fois d'établir certaines conditions permettant la levée du voile. Nous allons étudier cette disposition afin de déterminer si la tentative a porté fruits.

Section 2.03 - Les motifs de levée du voile corporatif par voie statutaire – l'article 317 CCQ

L'article 317 du CCQ est tout à fait innovateur en droit canadien. Comme nous l'avons mentionné, cet article consiste en une première tentative de la part du législateur afin de mettre de l'ordre dans la question du soulèvement du voile corporatif et d'édicter des motifs concrets. Si l'on est réfractaire à l'idée du soulèvement du voile corporatif, on ne peut pas nier que les tribunaux ont depuis les cinquante dernières années permis de rejoindre l'actionnaire pour divers motifs. On ne peut pas nier non plus que les motifs qui ont été invoqués par les tribunaux pour permettre cette levée n'ont été ni constants ni prévisibles. Aussi, l'approche du législateur québécois nous apparaît louable en ce qu'elle permettra de clarifier la question des motifs de levée du voile corporatif. C'est ce que nous allons tenter de préciser dans la présente section. Il ne faut pas perdre de vue que cet article est de droit nouveau et que la jurisprudence est donc assez limitée, mais nous croyons que les premières décisions nous donnent des indices importants sur l'impact de cet article.

L'article 317 CCQ se lit comme suit :

La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

Cet article du CCQ vise à codifier la jurisprudence existante au sujet de la levée du voile corporatif, comme le confirme les commentaires du Ministre de la justice⁷². Il est toutefois important de porter une attention particulière au langage utilisé dans l'article afin d'en déterminer la portée. Voyons les personnes qui pourront utiliser ce recours : «La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi». Dans une version antérieure de l'article 317 CCQ, le législateur avait utilisé l'expression «tiers de bonne foi» qui aurait limité l'utilisation du recours à des personnes non liées à la corporation fautive. L'utilisation du terme plus général «personne de bonne foi» ouvre le recours à un actionnaire de la corporation ou toute autre personne pouvant y être liée tel qu'un administrateur ou un employé tant qu'il est de «bonne foi»⁷³.

Il faut maintenant identifier les personnes qui seraient visées par ce recours. Si la personne morale perd son identité par ses actes fautifs, qui répondra à sa place? L'article 317 CCQ n'indique pas de façon définitive que l'actionnaire est alors responsable et certains juristes déplorent ce manque de clarté :

To make things worse, poor drafting and the terms of the Official Commentary could provide grounds for arguing that art. 317 only addresses shareholder, not director, liability : «Il pose donc une exception au principe de l'irresponsabilité des membres de la personne morale».⁷⁴

⁷². MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du Ministre de la Justice, tome 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 812, à la page 213 : «Cet article codifie la doctrine et la jurisprudence développées autour de la règle de l'immunité de la personne morale. Ce principe a été posé dans la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire Salomon c. A. Salomon & Co., [1897] H.L. 22, lorsque ce dernier énonce que l'entité morale jouit d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres. Toutefois, la jurisprudence a reconnu que le principe de l'immunité ne pourra être invoqué pour masquer des actes frauduleux, abusifs ou contraires à l'ordre public. Dans ces cas, il est possible pour une personne de bonne foi d'obtenir que soit soulevé le voile de la personnalité juridique distincte. L'article couvre deux catégories d'actes : la fraude et l'abus de droit qui portent généralement atteinte à des intérêts privés, et les actes contrevenants à une règle d'ordre public tels que les contraventions à la réglementation en matière d'environnement, de sécurité publique, de communications ou de services d'utilité publique». Voir également BARREAU DU QUÉBEC, op. cit., note 71, pp. 204-206.

⁷³. M.P. CHARPENTIER, «Réforme du Code civil en matière de droit des sociétés et des personnes morales», (1993) R.P.F.S. 963, à la page 1030. Cette interprétation est conforme aux décisions de la Cour suprême du Canada dans Corporation municipale de St-David de Falardeau c. Munger, [1983] 1 R.C.S. 293; Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co. [1987] 1 R.C.S. 2; et Houle c. Banque canadienne nationale, [1990] 3 R.C.S. 122.

⁷⁴. C. JORDAN, loc. cit., note 63, 230.

Jordan est d'avis que le recours établi à l'article 317 CCQ peut être invoqué à l'encontre de l'administrateur de la corporation. Nous ne croyons pas que la protection du voile corporatif s'adresse à quelqu'un d'autre que l'actionnaire (l'administrateur pouvant être rejoint sous les principes du mandat), mais les commentaires de cet auteur nous permettent de constater que la question n'est toujours pas claire. Nous avons fait état de cette confusion dans l'utilisation du voile corporatif et en voici un autre exemple. L'article 317 CCQ, de par son langage vague, crée cette confusion.

Quant aux circonstances où l'article 317 CCQ pourra être invoqué, qui doit faire l'acte fautif pour déclencher le recours de l'article 317 CCQ? Est-ce le geste de la corporation où celui de l'actionnaire qui doit être mis en cause? La question est intéressante. Prenons comme exemple la corporation qui cause une perte à un créancier par l'incompétence de son administrateur. Est-ce que l'actionnaire bénéficie de la protection du voile corporatif dans cette circonstance? La situation est-elle différente si la perte du créancier résulte de fausses déclarations de l'actionnaire? Les tribunaux semblent avoir conclu que c'est l'acte fautif de l'actionnaire qui l'empêchera de bénéficier de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Nous sommes d'avis que dans une situation où l'actionnaire a été fautif, on devrait lui imputer une responsabilité pour fraude sans mentionner son implication avec la corporation. De cette façon, un deuxième actionnaire dont les gestes ne sont pas fautifs ne se verra pas automatiquement imputer la responsabilité personnelle de la corporation.

Le texte de loi nous indique que l'article 317 CCQ est de mise lorsqu'on tente de «masquer» une activité fautive. Il faudra voir si ce critère implique un fardeau de preuve quelconque pour la personne de bonne foi. On peut supposer que, dans les faits, la corporation qui agit de façon frauduleuse, qui abuse de droit ou qui contrevient à l'ordre public ne tente pas de rendre ses actions publiques. La non divulgation sera-t-elle suffisante pour conclure au masque? Certains juristes prétendent plutôt que l'actionnaire devra poser un geste ou avoir une intention concrète pour créer le masque :

Further, a shareholder should not be liable everytime that a corporation commits a fraud, abuse of right or contravention of a rule of public order, but only where the corporate veil is used to «dissemble» the fraud, abuse of right or contravention of a rule of public order. The notion of «dissembling» suggests a level of wrong-doing on the part of the shareholder in the use of the corporate form. This narrow interpretation

of article 317 would leave other situations to be resolved under other principles of civil law such as mandate and delict.⁷⁵

Dans cette optique, l'actionnaire qui n'a qu'une infime participation dans la corporation (voir une dizaine d'actions dans IBM) ne se verrait pas automatiquement imputer une responsabilité personnelle pour les actions de la corporation s'il n'a pas lui-même contribué à masquer l'activité fautive de la corporation. L'explication qu'avance Hamilton suggère que c'est l'acte de l'actionnaire qui déclenchera le recours de l'article 317 CCQ, mais on peut penser que seul l'acte fautif de la corporation a cet effet. Encore une fois, il existe une ambiguïté quant à l'interprétation correcte de l'article 317 CCQ et les tribunaux devront clarifier la situation.

Section 2.03.1 - La fraude selon l'article 317 CCQ

La personne de bonne foi pourra invoquer le recours de l'article 317 CCQ dans trois situations, soit lorsqu'il y a (1) fraude; (2) abus de droit; et (3) contravention à une règle intéressant l'ordre public. Ces trois motifs sont très vastes et il en reviendra aux tribunaux d'en établir les paramètres, mais nous avons déjà quelques indices à ce sujet. Dans les affaires 131369 Canada Inc. c. Investissements GMHT Inc.⁷⁶ et Développement de la Haute Gatineau Inc. c. 2687461 Canada Inc.⁷⁷, les tribunaux du Québec ont considéré des situations où la fraude était présente. Notons que ces décisions concernent des faits antérieurs au CCQ, mais on peut penser que le raisonnement des tribunaux sera semblable.

Dans 131369 Canada Inc. c. Investissements GMHT Inc.⁷⁸, la défenderesse a conclu diverses ententes de location d'un local commercial, mais avant la fin de la durée de ces ententes, elle déguerpit sans rencontrer ses obligations. La demanderesse tente de saisir les biens de la défenderesse pour récupérer les montants de loyer dus, mais la défenderesse plaide que ses actifs ont été transférés à une autre corporation «Jodic». Les actionnaires de cette nouvelle corporation sont les mêmes que ceux de la défenderesse et la demanderesse tente de faire déclarer le transfert des actifs frauduleux et veut récupérer les montants dus auprès des actionnaires directement. La

⁷⁵ . S.W. HAMILTON, loc. cit., note 25, 296-297.

⁷⁶ . J.E. 95-1710.

⁷⁷ . J.E. 94-1692.

cour a conclu que la conduite des actionnaires de la défenderesse méritait réprimande : «Les âmes dirigeantes Harnois et Hamel ne peuvent bénéficier de la protection du voile corporatif, car la responsabilité des administrateurs est engagée, même quand leur conduite ne constitue pas une fraude criminelle, si le tribunal peut, comme en l'espèce, conclure à l'existence de la mauvaise foi»⁷⁹. Cette décision nous permet de constater que les tribunaux donneront un sens assez large au critère de la fraude utilisé dans l'article 317 CCQ.

Dans l'affaire Développement de la Haute Gatineau Inc. c. 2687461 Canada Inc.⁸⁰, la demanderesse et un dénommé Alie forment un groupe d'investissements pour effectuer l'achat et le développement de terrains appartenant à la couronne. Alie met sur pied une autre corporation (dont il ne sera pas actionnaire) et lui transfère les terrains contrairement à l'entente convenue avec la demanderesse. La demanderesse demande à la cour d'annuler la transaction entre la défenderesse et la nouvelle corporation étant donné que cette dernière n'existe que pour exempter la défenderesse d'exécuter l'entente initiale. La cour décide que la corporation défenderesse et la nouvelle corporation ne sont que l'alter ego d'Alie et que la nouvelle corporation n'a pour but que d'élaborer un subterfuge qui équivaut au critère de la «fraude» de l'article 317 CCQ. La cour tranche donc en faveur de la demanderesse et exige le respect de l'entente initiale.

Il résulte de ces décisions préliminaires que la preuve d'une fraude n'a pas à rencontrer les critères exigés en droit criminel par exemple (bien que de telles situations doivent en faire partie), mais sera interprétée assez largement. Un subterfuge, une manœuvre ayant clairement pour but de soustraire une partie à ses obligations permettra l'accès au recours de l'article 317 CCQ. La fraude englobera aussi «le dol, c'est-à-dire le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui pour le pousser à conclure un contrat ou à le conclure à des conditions différentes»⁸¹. D'autres décisions ont également considéré le critère de la fraude dans l'article 317 CCQ mais

⁷⁸ . Précitée, note 76.

⁷⁹ . Précitée, note 76, 875. Notez encore une fois la confusion quant à la levée du voile pour rejoindre l'administrateur.

⁸⁰ . Précitée, note 77.

⁸¹ . P. MARTEL, loc.cit., note 22, 456.

leurs conclusions sont semblables à celles des décisions précitées⁸². Notons que nous discuterons plus loin de la fraude comme motif de levée du voile corporatif dans d'autres juridictions canadiennes ainsi que des critères pour prouver la fraude.

Section 2.03.2 - L'abus de droit selon l'article 317 CCQ

Le critère de l'abus de droit de l'article 317 CCQ est le résultat de la décision largement commentée de Houle c. Banque canadienne nationale⁸³. Lorsqu'une obligation existe entre des parties, le critère de l'abus de droit sera applicable si ce droit est exercé «en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de bonne foi»⁸⁴. Certaines décisions plus récentes ont traité du critère d'abus de droit, notamment les décisions de Côté c. Bouchard⁸⁵, Entreprises Canadian Homes et Développement Inc. c. 114997 Canada Inc.⁸⁶ et Produits forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay et al⁸⁷.

Dans la décision de la Cour supérieure de Côté c. Bouchard, les demandeurs demandent l'émission d'une injonction pour empêcher la vente d'un centre de soins sur lequel ils bénéficient d'un pacte de préférence. Le pacte de préférence contient, entre autre, un prix de vente fixe. Les défendeurs, ayant trouvé un acheteur à meilleur prix, sont en processus de vendre à une tierce partie, en bris de la promesse de préférence convenue avec la demanderesse. Or, le pacte a été signé par les défendeurs personnellement alors que le centre de soins est maintenant la propriété de la

⁸². Voir Bergeron c. Société nationale de la Franchise SMF Inc., J.E. 95-683; Produits forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay, J.E. 95-1393; Pilon Ltée c. Boivin, J.E. 94-1155; Hibbeln c. 2817161 Canada Inc., J.E. 95-1145; Crédit-bail Banque Royale Inc. c. Services professionnels Warnock Hershey Ltée., J.E. 95-1760; Fromages Claude Inc. c. Deshaies, J.E. 95-742; Boivin c. Salon de Bronzage Surtan Inc., [1994] R.D.J. 562; Immeubles GLM Inc. c. Tremblay, J.E. 95-522; et Domisyl 13 Inc. c. Gestion Di Tullio (1988) Inc., J.E. 95-130. Certaines de ces décisions sont commentées dans P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22, 456.

⁸³. [1990] 3 R.C.S. 122. Notons que cette décision a toutefois été rendue sur divers principes dont le droit délictuel et contractuel et l'obligation de bonne foi et elle sera commentée dans une section future de notre travail. Entre autre, dans P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22, 458-460, l'auteur discute que l'utilisation des termes «abus de droit» à l'article 317 CCQ est erronée. Voir aussi P. MARTEL, «L'arrêt *Banque nationale du Canada c. Houle* : lumières nouvelles sur l'abus de droit et le voile corporatif», (1987) 33 McGill L.J. 213 où la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Houle est discutée.

⁸⁴. Voir l'article 7 du CCQ reproduit à l'Annexe «A» du présent travail.

⁸⁵. [1995] R.J.Q. 2192. Voir aussi Domisyl 13 Inc. c. Gestion Di Tullio (1988) Inc., précitée, note 82, qui traite de l'abus de droit d'ordre contractuel.

⁸⁶. J.E. 94-1430.

⁸⁷. Précitée, note 82.

corporation 9007-0681 Québec Inc. dont les actions sont détenues par la défenderesse. La demanderesse n'a jamais été avisée du transfert de la propriété du centre à une corporation, la défenderesse ayant toujours représenté que le centre de soins lui appartient. La cour a interprété l'article 317 CCQ pour indiquer que la vente de l'immeuble à la corporation «n'avait d'autre but que le non-respect du pacte de préférence. À cet égard, l'article 317 du CCQ doit recevoir ici application ...»⁸⁸. À ce titre, la défenderesse a usé d'«abus de droit» en utilisant la corporation 9007-0681 Québec Inc. pour détenir le centre de soins. L'article 317 CCQ pourra être invoqué pour éliminer un tel subterfuge.

L'affaire Entreprises Canadian Homes et Développement Inc. c. 114997 Canada Inc. nous offre un cas un peu plus précis pour définir ce que les tribunaux considèrent comme un «abus de droit». Dans cette affaire les parties ont conclu une entente selon laquelle la demanderesse, à ses frais, doit amener les réseaux de services publics à un terrain. Par la suite, la défenderesse doit vendre le terrain à la demanderesse au coût d'un dollar. La défenderesse ne respecte pas l'entente et vend le terrain à une corporation ayant les mêmes actionnaires que la défenderesse. La cour qualifie la conduite de la défenderesse et de ses actionnaires comme étant de mauvaise foi, constituant un refus délibéré de la part d'une partie de respecter ses obligations. La cour formule l'opinion que de telles actions sont contraires à l'article 317 CCQ : «l'article 317 CCQ ne mentionne pas expressément la mauvaise foi ou le refus délibéré de la part d'une personne morale, mais l'expression «abus de droit» semble assez large pour inclure ces notions»⁸⁹. Il apparaît donc que, comme dans le cas de la fraude, l'expression «abus de droit» sera interprétée avec beaucoup de libéralité.

Un dernier exemple de l'abus de droit en vertu de l'article 317 CCQ nous vient de l'affaire Produits forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay et al. Les deux défendeurs sont les deux actionnaires d'une compagnie à qui la demanderesse a vendu du bois à crédit. Avant d'accorder ce crédit, la demanderesse a demandé aux défendeurs de lui fournir des preuves sur la solvabilité de leur compagnie. Ces derniers ont assuré la demanderesse que leur situation financière était bonne. Il s'avère que cette information est fausse et que la compagnie des défendeurs ne peut pas payer le compte de la

⁸⁸. Précitée, note 85, 2196.

⁸⁹. Précitée, note 86, 719.

demanderesse. Celle-ci exige que les défendeurs paient personnellement la créance. La cour accepte la poursuite de la demanderesse. À son avis, la demanderesse a été amenée à prendre un risque financier qu'elle n'aurait pas pris si les défendeurs lui avaient fourni de l'information valide : «Pour cette raison, les déclarations faites à la demanderesse ne sont ni raisonnables ni acceptables et constituent soit un abus de droit au sens de l'article 317 CCQ, soit l'exercice déraisonnable d'un droit»⁹⁰. On peut donc conclure que la fausse représentation est aussi assimilable à l'abus de droit en vertu de l'article 317 CCQ.

Section 2.03.3 - Les règles d'ordre public selon l'article 317 CCQ

Le troisième type de situation permettant d'invoquer le recours de l'article 317 CCQ porte sur la «contravention à une règle intéressant l'ordre public». Les commentaires du Ministre de la Justice nous indiquent qu'il s'agirait de «contraventions à la réglementation en matière d'environnement, de sécurité publique, de communications ou de services d'utilité publique»⁹¹. Martel considère que les lois suivantes sont également visées : «les lois sur l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales, les lois d'organisation des ordres professionnels, les lois pénales, les lois du travail et les chartes des droits et libertés»⁹². Nous n'avons trouvé aucune décision portant sur cet aspect de l'article 317 CCQ ayant été rendue depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, mais l'arrêt Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Riverin⁹³ traite de ce type de situation⁹⁴.

Le défendeur Riverin opère une clinique de biothérapie où des traitements d'ondes électromagnétiques sont administrés pour divers types de problèmes de santé. Le défendeur n'est pas détenteur d'un diplôme médical, mais s'implique activement dans l'opération de la clinique, donnant parfois des consultations à certains patients. Le traitement donné à la clinique est un traitement «médical» en vertu de la loi médicale du Québec qui précise que de tels traitements doivent être administrés par un médecin, membre de la corporation professionnelle des médecins du Québec. La demanderesse

⁹⁰ . Précitée, note 87, 705.

⁹¹ . MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 72, p. 214.

⁹² . P. MARTEL, *loc cit.*, note 22, 456.

⁹³ . [1984] C.S.P. 1124.

allègue que les activités de Riverin constituent une infraction au code des professions parce que ce dernier ne possède pas de diplôme de médecin. La demanderesse exige que Riverin cesse ses activités et paie les amendes appropriées. De son côté, Riverin prétend que les activités de son commerce sont exercées par la corporation «Clinique de Biothérapie Richard Riverin Ltée» et qu'il doit être dissocié personnellement de la poursuite. La preuve au dossier ne supporte toutefois pas la prétention de Riverin qui, en plus d'être le seul actionnaire et administrateur de la corporation en question, participe activement dans la formation du personnel de la clinique et dans l'administration des traitements. La cour décide que Riverin est coupable personnellement des infractions qui lui sont reprochées : «Donc il m'apparaît que l'accusé puisse encourir cette responsabilité dans le cas, même si techniquement l'employeur était la compagnie «la Clinique de Biothérapie Richard Riverin Ltée», car dans les faits, il en est le seul actionnaire et administrateur en ayant le contrôle absolu»⁹⁵. C'est donc à cause du contrôle exercé par Riverin sur les opérations de la clinique que la cour soulève le voile corporatif et tient Riverin responsable des infractions au Code des professions.

Il est vrai que l'article 317 CCQ vient codifier une tendance jurisprudentielle qui existe depuis plusieurs années. À ce titre, le législateur a peut-être bien fait d'inclure les motifs de levée du voile corporatif dans le nouveau Code civil. Les tribunaux interprètent largement les trois critères qui y sont énoncés. Dès que la conduite de l'actionnaire a une apparence d'impropriété, le tribunal voit une opportunité de soulever le voile corporatif. Le fardeau de preuve de l'intervenant qui plaide l'article 317 CCQ ne semble pas très lourd et l'actionnaire québécois a donc lieu de s'inquiéter. Ce qu'il y a peut-être de plus regrettable, c'est que le législateur a simplement endossé un principe élaboré par les tribunaux qui n'est pas conséquent avec la législation corporative existante de la LCQ. À notre avis, il existe dans le droit actuel amplement de règles qui auraient permises au législateur québécois d'empêcher les abus dans l'utilisation de l'appareil corporatif, tout en respectant la personnalité distincte de la corporation et le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire. Dans l'affaire 131369 Canada Inc. c. Investissements GMHT Inc.⁹⁶, la cour aurait pu imposer des dommages à la

⁹⁴ . Voir aussi certaines décisions soulignées dans P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 42.

⁹⁵ . Précitée, note 93, 1133.

⁹⁶ . Précité, note 78.

défenderesse pour les pertes occasionnées à la demanderesse en se fondant sur le délit de fausse représentation. Dans l'affaire Développement de la Haute Gatineau Inc.⁹⁷, la cour aurait pu exiger l'exécution du contrat entre les parties. Dans l'affaire Côté⁹⁸ et l'affaire Entreprises Canadian Homes et Développement Inc.⁹⁹, il était encore question d'exécution d'un contrat dûment convenu entre les parties. Bref, toutes ces causes auraient probablement pu être réglées en vertu des principes existants de droit contractuel ou de la responsabilité délictuelle. Il n'y avait pas lieu d'enfreindre la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire. Ceci dit, l'article 317 CCQ existe et nous ne pouvons qu'espérer d'une part, que les autres juridictions n'emboîtent pas le pas en instaurant des motifs de levée du voile corporatif dans la législation et que, d'autre part, les tribunaux québécois limitent l'application de l'article 317 CCQ à des cas particuliers.

L'existence des principes de la personnalité distincte de la corporation et de l'immunité des actionnaires sont des créations législatives. Les textes de lois édictant ces principes sont très spécifiques quant aux situations où le voile corporatif pourra être soulevé. Pourtant, les tribunaux se servent de la levée du voile depuis plus de quarante ans en invoquant des principes de justice pour nuancer les lois corporatives. Les tribunaux avaient-ils raison? Il nous apparaît que si le législateur avait voulu endosser cette ligne de pensée, il aurait depuis longtemps instauré des motifs précis permettant de mettre de côté la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire. D'ailleurs, le fait que le législateur n'ait pas procédé de cette façon laisserait croire qu'il s'objecte justement à la levée du voile corporatif dans d'autres situations. Seul le législateur québécois a tenté de suivre la tendance jurisprudentielle en permettant la levée du voile dans certaines situations, soit lorsqu'il y a fraude, abus de droit ou infraction d'une règle d'ordre public. Bien que nous croyions toujours que la levée du voile corporatif ne devrait pas être permise sous quelque prétexte que ce soit, les décisions qui ont interprété l'article 317 CCQ nous apparaissent mieux fondées que celles qui le précèdent. L'exemple de la décision de 144758 Canada Inc. c. Investissements Pliska Inc.¹⁰⁰ appuie cette conclusion. Le juge Dalphond utilise une analyse prévisible en demandant d'abord s'il y a eu fraude, abus de droit ou

⁹⁷ . Précité, note 80.

⁹⁸ . Précité, note 85.

⁹⁹ . Précité, note 86.

¹⁰⁰ . Précité, note 24.

contravention à une règle d'ordre public dans la conduite de la défenderesse. Bien sûr, l'approche du législateur québécois ne peut pas être réconciliée avec le principe de la personnalité distincte de la corporation et c'est ce qui engendre la critique de plusieurs juristes.

Sauf dans la juridiction du Québec où le législateur a donné l'autorité au tribunal de soulever le voile corporatif par le biais de l'article 317 CCQ, les juristes soutiennent que les tribunaux n'avaient pas et n'ont jamais eu l'autorité pour soulever le voile corporatif, qu'ils doivent plutôt faire appel aux principes de droit comme la responsabilité contractuelle ou le droit des contrats pour régler la plupart des situations où l'actionnaire agit de façon fautive. Nous discuterons de cette prémisse dans la troisième partie de notre étude. Notre prochaine démarche vise à exposer les modalités spécifiques de la levée par les tribunaux. Nous tenterons de démontrer que les décisions des tribunaux sur la question de la levée du voile corporatif sont disparates et n'appliquent pas des principes de droit légitimes et cohérents.

CHAPITRE III - LE TRAITEMENT DE LA PERSONNALITÉ DISTINCTE DE LA CORPORATION ET DE LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES ACTIONNAIRES PAR LES TRIBUNAUX

«Piercing» seems to happen freakishly. Like lightning, it is rare, severe and unprincipled.»
- Easterbrook, F.H. et Fischel, D.R.

Nous en sommes maintenant à considérer la troisième forme de levée du voile corporatif proposée par Turgeon¹⁰¹, soit la levée par voie judiciaire. Cette analyse nous permettra de constater qu'effectivement, il n'y a aucun principe constant dans la jurisprudence qui nous permet de déterminer les instances où la levée du voile corporatif sera permise. Nous constaterons que, depuis au moins quarante ans, les tribunaux ont utilisé toutes sortes de motifs pour mettre de côté le voile corporatif et la personnalité distincte de la corporation. Les juristes qui se sont attardés à une analyse de ces motifs ont convenu qu'il était impossible d'établir des caractéristiques claires¹⁰²; ou ils ont établis des tests aussi complexes que les motifs disparates des tribunaux¹⁰³. La catégorisation que nous tentons est donc hasardeuse, particulièrement lorsqu'on sait que la plupart des décisions judiciaires ont fait appel à plusieurs des critères soulignés dans une même décision.

Notre démonstration possède deux objectifs, soit de rassembler les motifs de levée du voile corporatif sous des rubriques logiques et descriptives; et d'analyser les critères que les tribunaux ont utilisés pour justifier la levée du voile dans diverses instances. Cette approche nous permettra également d'appuyer notre position à savoir que, dans la plupart des situations, les principes de responsabilité délictuelle et du droit des contrats seraient suffisants pour régler la plupart des causes avec le même résultat équitable.

¹⁰¹. Voir J. TURGEON, *loc. cit.*, note 2.

¹⁰². Voir M. WOODS, «Lifting the Corporate Veil in Canada», (1957) 35 Can. Bar Rev. 1176.

¹⁰³. Voir H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, p. 21, où l'auteur élabore six situations où la levée du voile corporatif serait permise.

Section 3.01 - Le motif de la corporation comme «instrument»

Cette section fait état des situations où les tribunaux ont jugé la corporation comme étant **l'instrument** de ses actionnaires. Nous avons choisi ce terme générique pour décrire les situations où il existe une interrelation si grande entre la corporation et ses actionnaires que la corporation devient un instrument dans les mains de ces derniers. Il ne suffit pas simplement pour l'actionnaire de posséder la majorité des actions. L'actionnaire dont la corporation est l'instrument sera impliqué directement dans les activités de la corporation. Il s'occupera souvent de la tenue de livres et registres comptables communs; son approbation sera nécessaire pour toutes les décisions administratives; il mélange ses biens et ceux de la corporation; ou encore il utilise les fonds de la corporation à ses fins personnelles. On pourrait dire que l'actionnaire écarte lui-même le voile entre la corporation et lui et qu'il ne pourrait alors exiger qu'une tierce partie respecte le voile corporatif. Dans cette catégorie générale, plusieurs situations viennent s'entremêler. Les tribunaux décident parfois que la corporation est (1) l'alter ego de ses actionnaires; (2) que la corporation n'est qu'une façade dont se sert l'actionnaire; (3) qu'il existe une relation mandant/mandataire entre la corporation et les actionnaires qui permet d'attribuer les actions d'une partie à l'autre; (4) que deux corporations sont affiliées à un point où elles sont le miroir l'une de l'autre. Dans plusieurs de ces décisions, on constate que les mêmes critères sont présents. Dans chacune de ces situations, le tribunal mettra de côté la structure corporative pour permettre de rejoindre l'actionnaire personnellement. Nous allons discuter des diverses situations où les tribunaux ont procédé de cette façon afin de mieux comprendre leurs raisonnements.

Section 3.01.1 - La doctrine de l'«alter ego»

Dans certaines circonstances, les dirigeants d'une corporation sont plus que les mandataires de la corporation (principe que nous étudierons plus tard), mais deviennent la corporation elle-même. Leurs actions peuvent lier la corporation parce que ces personnes sont tellement près de la personnalité même de la corporation que leurs identités respectives deviennent confondues. C'est donc dire que les tribunaux permettront le soulèvement du voile corporatif dans les situations où les actionnaires contrôlent les activités de la corporation et que la corporation ne devient que le véhicule

de ces derniers : «Les tribunaux identifient les personnes qui constituent l'ego d'une compagnie, c'est-à-dire celles qui sont en position d'autorité suffisante pour lui transmettre leur volonté»¹⁰⁴. Comme nous le verrons dans la présente section, cette prémisse ne se traduit pas par des critères très concrets dans la jurisprudence. On examine les activités de l'actionnaire et son interaction avec la corporation, mais chaque situation sera analysée de façon différente.

Les éléments qui permettront d'établir si la corporation est l'alter ego de l'actionnaire n'ont pas à être très étanches si l'on en croit la Chambre des Lords dans une des premières décisions qui a avancé ce principe. Dans l'affaire Lennard's Carrying Company, Limited c. Asiatic Petroleum Company, Limited¹⁰⁵, le dénommé Lennard est trouvé personnellement responsable des pertes subies par la corporation «Asiatic» suite à l'explosion d'un bateau.

Les faits de l'affaire Lennard sont assez simples. Lennard est président de deux corporations, l'une étant propriétaire du bateau et l'autre étant responsable des opérations de location dudit bateau. Asiatic retient les services du bateau pour transporter une quantité importante de benzine. Suite à des défauts dans les moteurs, le bateau explose et le benzine est détruit. Asiatic prétend que Lennard est conscient de la défectuosité des moteurs (le problème s'étant déjà présenté à plusieurs reprises) et réclame des dommages de Lennard personnellement, puisqu'il est l'âme dirigeante des deux corporations, celles-ci étant l'alter ego de Lennard. Lennard s'abstient de témoigner pour faire état de son implication avec les corporations et de sa connaissance des défauts des moteurs. La Chambre des Lords lui reproche ce silence en indiquant qu'il avait le fardeau de preuve de démontrer que ses actions sont effectuées pour le compte des corporations et non pas à titre personnel. Faute de preuve contraire, le tribunal décide ce qui suit :

My Lords, whatever is not known about Mr. Lennard's position, this is known for certain, Mr. Lennard took active part in the management of this ship on behalf of the owners, and Mr. Lennard, as I have said, was registered as the person designated for this purpose in the ship's register... Under the circumstances I think that the company and Mr. Lennard have not discharged the burden of proof which was upon them,

¹⁰⁴ . A. BOHÉMIER et P.P. CÔTÉ, Droit commercial général, tome 2, 3^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1985, p. 514, à la page 41.

¹⁰⁵ . [1915] A.C. 705.

and that it must be taken that the unseaworthiness, which I hold to have been established as existing at the commencement of the voyage from Novorossisk, was an unseaworthiness which did not exist without the actual fault or privity of the owning company.¹⁰⁶

Il est intéressant de noter que la Chambre des Lords a imputé à Lennard le fardeau de la preuve de démontrer que ses actions étaient celles des corporations et non les siennes personnellement. Le simple fait que Lennard soit inscrit au registre de la corporation comme étant le responsable du bateau a suffi à le rendre responsable personnellement. Il n'y a aucune preuve dans le jugement que Lennard était sur le bateau ou qu'il ait été avisé des problèmes des engins. En fait, il y avait même la preuve que Lennard avait sanctionné des réparations aux engins avant le voyage et que ces réparations avaient été effectuées par une maison réputée. Nous pouvons constater qu'à cette époque, le tribunal n'a pas de critère très spécifique pour conclure que la corporation est l'alter ego de ses actionnaires.

Heureusement, les tribunaux ont révisé leurs tirs lorsqu'il s'agit de définir la relation entre la corporation et l'actionnaire. De nos jours, l'application du critère de l'alter ego est l'un des plus utilisés lorsqu'on traite du soulèvement du voile corporatif, et c'est l'un des rares principes qui a permis d'établir une liste de critères assez spécifiques. Dans l'affaire Canada Life Assurance Co. c. CIBC¹⁰⁷, on tente de déterminer si deux institutions bancaires ayant certaines relations collaborent au point de rendre l'une l'alter ego de l'autre. Les critères qui sont édictés pour répondre à cette question sont applicables à tous les types de relations entre une corporation et ses actionnaires :

La détention directe ou indirecte de la totalité ou quasi totalité des actions, la sous-capitalisation de la compagnie, le fait qu'elle verse tous ses profits en dividendes ou autrement, l'utilisation de ses biens par l'actionnaire comme s'il en était le propriétaire, le défaut de tenir des registres ou de respecter les formalités corporatives telles la tenue de réunions formelles du conseil d'administration, et le défaut par les administrateurs ou officiers d'exercer les pouvoirs supposément attachés à leurs fonctions ... l'exercice par l'actionnaire des pouvoirs d'administration par le biais d'une déclaration de l'actionnaire unique ou d'une convention unanime des actionnaires.¹⁰⁸

¹⁰⁶ . Précitée, note 105, 713-714.

¹⁰⁷ . [1974] 3 O.R. (2d) 70.

¹⁰⁸ . Les critères de l'affaire Canada Life sont regroupés en français dans P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22, 485.

On regardera de très près le comportement de l'actionnaire pour vérifier son implication dans la corporation. Il semble toutefois exister une différence dans l'application de la doctrine de l'alter ego en ce qui a trait aux causes impliquant une responsabilité délictuelle et celles impliquant une responsabilité contractuelle. Prenons par exemple l'affaire Crédit-bail Banque Royale Inc. c. Services professionnels Warnock Hersey Ltée.¹⁰⁹. En l'espèce, un dénommé Rock obtient un prêt de la part de la demanderesse totalisant deux cent mille dollars, prêt garanti par une presse. Rock ne devait pas omettre de dévoiler à la demanderesse qu'il avait déjà accordé un prêt garanti par nantissement commercial à une autre institution; de plus ladite presse était la propriété de la corporation «Sitale», dont Rock était l'actionnaire unique. La demanderesse allègue que Rock a utilisé la corporation Sitale pour camoufler une fraude et exige la levée du voile corporatif. Dans son jugement, la Cour supérieure ne fait pas d'analyse très approfondie des critères permettant l'application de la doctrine de l'alter ego mais en vient tout de même à la conclusion suivante : «De même, Rock et les compagnies dont il était l'actionnaire principal ne formaient qu'une seule et même entité, l'une étant l'alter ego de l'autre. Il est nécessaire de lever le voile corporatif et d'autoriser la poursuite en responsabilité délictuelle contre Rock personnellement»¹¹⁰. Cet aspect frauduleux dans la conduite de Rock est clairement ce qui a induit la cour à soulever le voile corporatif¹¹¹.

Lorsqu'un particulier pose un geste frauduleux qui cause des dommages à une tierce partie, il est assez facile d'attribuer cette faute à l'individu qui a posé le geste en appliquant les principes relatifs à la responsabilité délictuelle. Dans le cas où il existerait un contrat entre la corporation et la tierce partie, il est plus difficile de conclure qu'un soulèvement du voile corporatif s'impose. Si l'actionnaire a l'autorité d'engager la corporation par contrat, il pourra être plus difficile de lui attribuer une responsabilité personnelle. Il doit exister un élément de fraude dans la conduite de l'actionnaire pour que ce dernier soit tenu responsable et cet élément devra être prouvé concrètement. Cette hypothèse est illustrée dans le cas de Henry Brown & Sons c. Smith¹¹². La demanderesse vend de l'équipement de yacht à la compagnie du défendeur. L'état de

¹⁰⁹ . Précitée, note 82.

¹¹⁰ . Précitée, note 82, 903.

¹¹¹ . Les mêmes principes sont repris dans Produits forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay, précitée, note 82, où les actionnaires de la corporation ont fait de fausses représentations pour induire le demandeur à lui fournir divers produits.

compte est fait au nom de la compagnie de Smith et la demanderesse accepte implicitement de faire affaires avec l'entité corporative. Lorsque la compagnie de Smith ne peut payer l'équipement, la demanderesse tente de recouvrer sa créance auprès de Smith. La cour est d'avis que l'insolvabilité de la corporation ne permet pas en soi de lever le voile corporatif. La conduite de Smith doit dénoter un élément de fausse représentation ou de fraude. Sans cet élément de mauvaise foi, le contrat entre la demanderesse et la compagnie de Smith reste valide. Smith n'est donc pas tenu responsable personnellement du paiement de l'équipement pour lequel sa corporation avait contracté.

Un raisonnement semblable a été suivi dans l'affaire Clarkson c. Zhelka¹¹³, où un contracteur a acheté plusieurs terrains par le biais de diverses compagnies séparées. L'une de ces compagnies transfère ses intérêts à la sœur du défendeur en retour d'un billet de cent vingt mille dollars (120 000\$). Lorsque le contracteur déclare faillite, le syndic tente d'annuler le transfert de la propriété à la sœur. La cour refuse cet argument en s'exprimant ainsi : «in questions of property and capacity, of acts done and rights acquired or liabilities assumed, the company is always an entity distinct from its incorporators, unless it has been formed or used for the express purpose of doing a wrongful or unlawful act»¹¹⁴. Le transfert ayant eu un but légitime et les diverses compagnies incorporées pour exploiter les terrains étant aussi légitimes, la cour refuse d'annuler la transaction avec la sœur du défendeur. Il est évident, de par les propos de la cour, que l'élément de fraude ou de malice de la part de l'actionnaire doit être présent pour qu'on accepte de lever le voile corporatif lorsqu'il existe une entente contractuelle entre des parties¹¹⁵. Pensons également à la décision de Salomon où la Chambre des Lords a beaucoup insisté sur l'innocence et la bonne foi d'Aaron Salomon pour l'exonérer de la responsabilité des dettes de sa corporation même s'il existait des ententes contractuelles entre lui, la corporation et les créanciers.

¹¹² . [1964] 2 Lloyd's List 476.

¹¹³ . (1967) 64 D.L.R. (2d) 457.

¹¹⁴ . Précitée, note 113, 470.

¹¹⁵ . Dans P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 43, on retrouve une énumération complète des décisions québécoises où la notion de l'alter ego a été discuté. Voir aussi T.M. DOLAN, *loc. cit.*, note 62, 8-9, où l'on discute de certaines décisions où une corporation a été trouvée l'alter ego de ses actionnaires, notamment Gilford Motor Co. Ltd. c. Horne, [1933] Ch. 935, Jones c. Limpan, [1962] All E.R. 442; et Saskatchewan Economic Development Corporation c. Patterson-Boyd Mfg. Corp. et al., [1981] 2 W.W.R. 40.

Nous pouvons donc tirer quelques conclusions au sujet du critère de l'utilisation de la corporation agissant comme l'alter ego de l'actionnaire. Premièrement, dans certains cas, le tribunal portera son attention sur l'implication de l'actionnaire avec la corporation pour déterminer la proximité de leurs relations. L'affaire Canada Life Assurance Co. nous donne un indice au sujet des gestes qui influenceront le tribunal. Par contre, la cour n'élabore pas toujours ses motifs lorsqu'elle considère que la corporation est l'alter ego de l'actionnaire. C'était le cas dans l'affaire Lennard's Carrying Company, Limited (qui est encore souvent citée aujourd'hui) et l'affaire Crédit-bail Banque Royale Inc. De plus, lorsqu'une tierce partie subit des pertes de nature délictuelle et que la conduite de l'actionnaire est à blâmer (c'est-à-dire qu'il s'est servi de la corporation comme son alter ego), ce dernier se voit attribuer la responsabilité personnelle de ces dommages. Par contre, lorsqu'il existe un contrat entre une corporation et la tierce partie qui prétend avoir subi des pertes financières résultant dudit contrat, l'actionnaire est tenu responsable s'il agit comme l'alter ego de la corporation et s'il a tenté de camoufler sa relation avec la corporation de façon à confondre la tierce partie. La présence d'une entente contractuelle entre la corporation et une tierce partie limite la responsabilité de l'actionnaire, sauf s'il a agi avec une intention frauduleuse. Cette intention frauduleuse doit être claire.

Les tribunaux ont également permis le soulèvement du voile corporatif dans un autre type de situation, c'est-à-dire lorsque la corporation n'existe que comme paravent de l'actionnaire. La nuance entre la doctrine de l'alter ego et celle de la façade est assez mince. Les tribunaux ont utilisé ce critère dans des situations où il y a effectivement une interrelation entre la corporation et l'actionnaire, mais surtout lorsque l'actionnaire a utilisé la corporation pour poser des gestes qui lui étaient personnellement défendus. Encore une fois, l'élément de fraude ou d'action fautive doit être présent dans la conduite de l'actionnaire. Nous allons porter notre attention sur l'aspect de la «façade» de la corporation afin de voir comment il se démarque des autres critères permettant de décrire la corporation comme l'instrument de l'actionnaire.

Section 3.01.2 - La corporation utilisée comme façade par l'actionnaire

*« ... the mere machinery to do an illegal act will not purge its illegality ... »
- Lord Halsbury*

Nous sommes maintenant intéressés par un second type de situation où le tribunal soulèvera le voile corporatif pour imposer une responsabilité personnelle à l'actionnaire. Il s'agit de situations où une personne utilise une corporation pour poser des gestes qui lui sont interdits à titre personnel. On dit alors que la corporation est utilisée comme «paravent»¹¹⁶ pour le bénéfice de l'actionnaire et que la corporation n'a pas une existence légitime. Cela peut sembler un principe assez logique mais, encore une fois, la magistrature nous laisse peu d'indices pour nous aider à déterminer les circonstances dans lesquelles la corporation sera incluse dans cette catégorie : «The difficulty is to know what precisely may make a company a «mere facade»¹¹⁷. Dans certains cas, on trouvera qu'une corporation se sert d'une autre corporation pour arriver à ses fins; dans d'autres cas, ce sera un particulier qui utilise la corporation pour ses fins personnelles. On dira aussi que la corporation n'est qu'une façade si elle est utilisée pour faire indirectement ce que l'actionnaire ne peut pas faire directement. Existe-t-il un test complet qui permet d'établir si la corporation agit comme façade pour l'actionnaire? Nous ne le croyons pas. Le fait que l'actionnaire contrôle les activités de la corporation est un des facteurs qui amène la cour à traiter la corporation comme façade, mais ce principe n'est pas appliqué dans tous les cas. De plus, le contrôle en soi n'est pas un principe généralement reconnu en droit, sauf lorsque la législation impose ce critère pour déterminer un certain type de relation. Nous étudierons l'élément de contrôle quant à la relation entre la corporation et l'actionnaire dans la seconde partie de la présente section. Donc, la seule certitude qui se dégage vraiment de la jurisprudence tient à ce qu'aucun principe directeur clair n'existe.

¹¹⁶ . Dans la jurisprudence, on retrouve aussi les expressions «devise», frime, «sham», «creature», stratagème, «stratagem», masque, «mask», marionnette, «puppet», paravent, «cloak», etc.

¹¹⁷ . L.C.B. GOWER, *op. cit.*, note 9, p. 130.

Section 3.01.2.1 - Le principe de la «façade» dans la jurisprudence

La décision la plus souvent citée pour démontrer qu'une corporation peut être une simple façade est celle de Jones c. Lipman¹¹⁸. Dans cette affaire, le défendeur Lipman conclut une entente avec le demandeur Jones pour la vente d'une résidence. Avant la conclusion de la transaction, Lipman décide de garder la résidence et révoque l'entente. Il avise Jones, entre autres, qu'il avait déjà vendu la résidence et lui offre une somme en argent en compensation pour avoir brisé l'entente. En interrogatoire, on découvre qu'une corporation détenue par Lipman est le nouveau propriétaire de la résidence. Jones ne lâche pas prise et exige la concrétisation de l'entente puisque à son avis, Lipman contrôle la corporation et peut annuler la transaction sans perte à une tierce partie. Le tribunal est d'accord avec Jones et exige qu'on respecte l'entente : «The defendant company is the creature of the first defendant, a device and a sham, a mask which he holds before his face in an attempt to avoid recognition by the eye of equity»¹¹⁹. Le juge Russell ne nous offre malheureusement pas beaucoup d'indices au sujet de ce qui le porte à en venir à cette conclusion. Il semble avoir été influencé par le fait que le défendeur contrôle la corporation qui a acheté la résidence (il n'y a aucune indication dans les faits si ce contrôle se traduit par la détention d'actions majoritaires ou autrement), et que Lipman peut forcer la corporation à annuler la transaction entre Lipman et sa corporation¹²⁰.

Le juge Russell, dans l'affaire Jones, s'est appuyé sur un autre arrêt important, Gilford Motor Co. c. Horne¹²¹. En l'espèce, Horne avait été à l'emploi de la demanderesse pendant plusieurs années. Lorsqu'il décide de quitter son employeur, ce dernier exige qu'il s'engage à ne pas solliciter ses clients. Pour contourner cette entente, Horne forme une corporation (dont son épouse est l'actionnaire majoritaire) qui exerce l'activité défendue. Dans une procédure demandant l'émission d'une injonction pour restreindre les activités de Horne et sa corporation, la cour tranche en faveur du demandeur, en concluant que la corporation qui exerce l'activité est sous le contrôle de Horne et que ses activités lui sont attribuables :

¹¹⁸ . [1962] 1 All E.R. 442.

¹¹⁹ . Précitée, note 115.

¹²⁰ . L'affaire Jones c. Lipman, précitée, note 115, est commentée dans I.R. FELTHAM, loc. cit., note 25, 328; et dans L.C.B. GOWER, op. cit., note 9, p. 130.

If the evidence admitted of the conclusion that what was being carried on by the wife and Kerr for the defendant, or by the defendant through his wife for Kerr, I certainly should not hesitate to draw that conclusion, and grant the plaintiff relief accordingly. I do draw that conclusion. I do hold that the company was a mere cloak or sham; I do hold that it was a mere device for enabling Mr. E.B. Horne to continue to commit breaches of [the covenant], and in those circumstances the injunction must go against both defendants.¹²²

On constate la similitude du raisonnement évoqué ci-haut et celui dans l'affaire Jones. Dans les deux cas, la cour s'est appuyée sur le fait que le défendeur contrôlait *de facto* la corporation, même s'il n'en était pas actionnaire majoritaire. Cet élément du contrôle est peut-être le seul qui nous permet d'unifier l'ensemble des décisions qui écartent le voile corporatif sur la base de l'utilisation de la corporation comme une façade pour l'actionnaire. En effet, c'est peut-être cet élément du contrôle de la corporation qui est le vrai raisonnement de la cour, bien plus que celui de l'aspect de la «façade». À titre d'exemple supplémentaire examinons l'affaire Dallas c. Dallas¹²³. La demanderesse, madame Dallas, exige que son mari divulgue les livres d'une corporation dont ils sont tous les deux actionnaires. Le défendeur, monsieur Dallas, refuse en disant que les livres appartiennent à la corporation et qu'il n'a pas l'autorité nécessaire pour agir pour celle-ci. Les faits démontrent que les livres corporatifs en question sont gardés dans les bureaux du défendeur, qu'il contrôle la corporation à titre d'actionnaire majoritaire, mais qu'il est aussi l'ultime responsable des activités de la corporation. C'est cet élément du contrôle exercé par monsieur Dallas qui permet à la cour de mettre de côté le voile corporatif :

The question is whether the defendant's control is such that his production of the documents should be excused. As a shareholder he controls the company subject to any restraint by the minority, but in this instance the minority interest is not important ... The defendant's mind is the directing and controlling mind of the company and of the board of directors.

En plus du fait que monsieur Dallas contrôle le conseil d'administration de la corporation, la cour souligne le fait que monsieur Dallas a investi personnellement tout le capital pour le développement des puits de pétrole détenus par la corporation. Ces deux facteurs indiquent à la cour que monsieur Dallas contrôle *de facto* les activités de

¹²¹ . Précitée, note 115.

¹²² . Précitée, note 115, 961.

la corporation. La cour considère que monsieur Dallas utilise la corporation pour ses fins personnelles et qu'elle n'est qu'une façade existant dans le but de le soustraire à ses obligations. La cour ne permet pas ce subterfuge et force le défendeur à divulguer les documents nécessaires. Cette affaire nous donne un bon exemple des faits recherchés par la cour pour déterminer le contrôle de la corporation.

L'origine du contrôle de la corporation n'est pas un facteur nouveau dans le domaine fiscal. En effet, lorsque vient le temps d'imposer une responsabilité fiscale à un actionnaire, le Ministère du Revenu n'hésite pas à inspecter les activités réelles de l'actionnaire. S'il s'avère que l'actionnaire exerce un contrôle de fait sur la corporation, le voile corporatif sera mis de côté¹²⁴. L'une des décisions les plus citées à ce sujet est celle de De Salaberry Realities Ltd. c. La Reine¹²⁵. L'affaire implique plusieurs corporations affiliées impliquées dans la vente et le développement de sites commerciaux. La défenderesse De Salaberry est l'une de ces compagnies; ses actions sont détenues par trois autres corporations. De Salaberry fait l'achat d'un terrain à Montréal dans le but de mettre sur pied un mail commercial. Suite à un changement de zonage, De Salaberry ne peut pas procéder au développement prévu et se voit forcé de vendre le terrain en différents morceaux.

Le problème posé à la Cour fédérale est à savoir si les profits réalisés par ces ventes doivent être traités comme gain en capital (dont l'incidence fiscale est moindre) ou comme revenu d'une entreprise. La cour se laisse influencer par les activités des diverses corporations affiliées à De Salaberry pour conclure que cette dernière avait pour but de développer le terrain, et qu'à ce titre, il s'agissait de revenu d'une entreprise : «... the dominant character of the pattern of conduct of the controlling interests of the appellant was the acquisition of land for the development of shopping centres to be held for investment purposes»¹²⁶. L'objectif des corporations affiliées à De

¹²³ . (1960) 24 D.L.R. (2d) 746.

¹²⁴ . Comme nous l'avons mentionné, une analyse exhaustive du traitement de la personnalité distincte de la corporation et de la levée du voile corporatif dans les affaires de nature fiscale dépasse les paramètres de notre étude. Il faut toutefois mentionner que le raisonnement édicté dans l'affaire De Salaberry est encore suivi par les tribunaux fiscaux pour établir la nature des activités d'un groupe d'entreprises. C'est toute la preuve du contrôle *de facto* et *de jure* qui entre en jeu.

¹²⁵ . (1976) 70 D.L.R. (3d) 706; De Salaberry Realities Ltd. c. Minister of National Revenue, (1974) 46 D.L.R. (3d) 100.

¹²⁶ . Précitée, note 125, 716.

Salaberry lui a été imputé parce qu'entre autres, le tribunal est d'avis que De Salaberry est contrôlée par ces corporations. Ce raisonnement vient supporter celui de la cour de première instance où la Cour fédérale a conclu que De Salaberry n'est qu'une façade pour les activités des corporations affiliées :

In the present instance, it is evident that [the defendant] is nothing but an instrument in the hands of two parent companies and the rule of instrumentality should be applied to lift the veil in order to assess the course of conduct of (the defendant) and of the group ...¹²⁷

Il est donc clair que l'élément de contrôle fait partie intégrante du raisonnement voulant que la corporation ne soit qu'une façade pour l'actionnaire¹²⁸.

Au Québec, on reprend l'argument voulant que la corporation soit la façade de l'actionnaire si ce dernier contrôle la corporation. Dans Smith c. Comtois¹²⁹, il est question d'un mandat donné par un dénommé Dominique à une compagnie immobilière, The Prudential Realty & Investment Company, Limited pour la vente de deux immeubles. Prudential trouve un acheteur, Comtois, qui n'offre pas tout à fait le prix demandé et Dominique lui répond par une contre-offre. Cette contre-offre est cachée par Smith, président de Prudential, qui ne la communique pas à Comtois. Smith achète personnellement les immeubles de Dominique au prix de la contre-offre. Smith veut ensuite revendre les immeubles à Comtois au prix de l'offre initiale faite par Comtois. Entre-temps, Comtois change d'idée et refuse d'acheter les immeubles. Smith n'a pas de lien contractuel direct avec Comtois, mais il réclame des dommages pour la différence entre le prix d'achat payé par Smith et le prix offert par Comtois dans son offre initiale.

Évidemment, il est question du conflit d'intérêt entre Prudential et Comtois, Prudential ayant clairement agi en bris de son obligation comme mandataire de Comtois. Mais ce qu'il y a d'intéressant pour nos fins dans cette décision, c'est que les actions de Smith, agissant comme président de la corporation, lui ont été imputées

¹²⁷ . Précitée, note 125, 100.

¹²⁸ . Notons que B.L. WELLING, op. cit., note 33, pp. 124-125, prétend que la décision de première instance de De Salaberry Realities Ltd. est contradictoire en ce que le juge dit à la fois que la corporation est un instrument de ses actionnaires mais qu'il ne considère pas que De Salaberry Realities Ltd. est un agent ou n'est pas une entité en soi (voir la page 110 du jugement).

personnellement : «Dans le cas actuel, Smith, président de The Prudential Company, était personnellement au courant du mandat que sa compagnie détenait de l'intimé»¹³⁰. Il est aussi intéressant de noter que la cour n'a pas permis à Smith de bénéficier de son geste fautif envers le mandant de Prudential : «Il paraît clair qu'il ne saurait en résulter en sa faveur le droit de réclamer de ce dernier, sous forme de dommages-intérêts, le bénéfice que, précisément, il lui incombait de mettre à la portée de ce mandant»¹³¹. La cour n'accepte pas l'argument de Smith à savoir que le mandat existe entre Prudential et Comtois et que lui, personnellement, n'avait aucune obligation envers Comtois. Pour en venir à cette conclusion, le tribunal se penche sur le contrôle exercé par Smith sur les activités de Prudential : «Smith, son président, occupait vis-à-vis de Comtois la position de celui qui avait accepté, au nom de la compagnie, d'exécuter le mandat qui avait été confié à cette dernière»¹³². Dans les faits, c'est aussi Smith qui avait signé le mandat avec Comtois et qui avait pris connaissance de la contre-offre. Il contrôlait clairement les activités de Prudential et cette corporation fut jugée une façade pour Smith. En l'espèce, la cour n'étudie pas en profondeur la charte corporative ou les activités de la corporation, mais est satisfaite du fait que Smith a la connaissance personnelle du mandat (connaissance qu'il avait acquise à titre de président de la corporation) et de la transaction avec Comtois et qu'il a posé des gestes basés sur cette connaissance.

Une situation similaire est exprimée dans l'affaire Roy c. Mailloux et Corporation de St-Honoré¹³³. Roy est accusé d'avoir enfreint la Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales pour avoir vendu des services à la municipalité de St-Honoré au moment où il occupe le poste de maire. Roy soutient que les services en question ont été fournis par la corporation Roy Construction Ltée. (qui deviendra plus tard Les Entreprises de Témiscouata Inc.) et qu'on ne peut pas lui attribuer les actions d'une corporation qui a une personnalité indépendante de la sienne. Encore une fois, la cour soulève le voile corporatif pour rendre Roy personnellement responsable des actions de la corporation. La cour fait remarquer que l'accusé : «était le seul à gérer, administrer et diriger toutes les affaires de Roy Construction Ltée. ou les Entreprises de Témiscouata Inc., et qu'il était, à toutes fins pratiques, le seul intéressé dans les

¹²⁹ . [1927] R.C.S. 590.

¹³⁰ . Précitée, note 129, 594.

¹³¹ . Précitée, note 129, 593.

¹³² . Précitée, note 129, 594.

¹³³ . [1966] B.R. 468.

opérations de ces deux sociétés»¹³⁴. La cour émet donc l'avis que Roy contrôle les activités des deux corporations. La cour ne donne pas beaucoup de poids aux faits que l'accusé a incorporé les corporations à la demande de son institution financière et que la municipalité n'est pas son seul client. Finalement, on conclut que Roy contrôle les corporations, que Roy connaît la loi municipale et en a fait fi volontairement en utilisant les corporations comme façade : «Le défendeur s'est servi d'une société, qui avait peut-être été créée dans un autre but, comme d'un intermédiaire pour faire affaires avec la corporation municipale. Il s'est servi de cette société pour éluder la loi»¹³⁵. On ne permet pas à Roy de reprendre son poste comme maire.

Section 3.01.2.2 - Le contrôle comme règle juridique

Nous avons donc vu que le contrôle de la corporation est un facteur déterminant pour justifier la levée du voile corporatif. Cette approche est suspecte parce que le tribunal ne rattache pas ce critère à un principe de droit reconnu mais en fait un principe en soi. Cette interprétation est-elle fondée? Nous ne le croyons pas. Nous savons que le contrôle *de facto* ou *de jure* d'une corporation est utilisé dans divers domaines juridiques. En fiscalité, par exemple, le contrôle est un facteur déterminant pour établir le taux d'imposition d'une corporation¹³⁶. Plusieurs textes législatifs incorporent aussi un test de contrôle pour imposer une responsabilité à une partie qui enfreint une loi¹³⁷. Les

¹³⁴ . Précitée, note 133, 470.

¹³⁵ . Précitée, note 133, 475.

¹³⁶ . Dans J.W. DURNFORD, *loc. cit.*, note 62, 291, l'auteur explique que : «The aim of piercing the veil in matters of income taxation is to make sure that the burden of taxation falls on the right person, and in particular to ensure that an individual does not escape his fair share of the burden through the use of a company». Mais Durnford, à la page 319, critique cette levée pour son manque de respect de la personnalité distincte et suggère d'autres approches : «The change will have to be basic, such as deciding to ignore the corporate entity altogether and to tax only in the hands of shareholders, or to render the corporate veil totally impenetrable and using rates of tax as a means of achieving the desired result. Possibly, different rules might apply to public and private companies owing to the usual but not universal reality of very different considerations being applicable to them». Dans G.T. TAMAKI, *loc. cit.*, note 62, 161, l'auteur résume certaines situations où le contrôle est déterminant dans la loi de l'impôt sur le revenu : «Thus, the concept of the separate corporate personality will not protect the taxpayer from tax in cases of «rigged» prices for sales or purchases, artificial transactions with non-residents, unreasonable deductions or expenses or other methods or artificially reducing income».

¹³⁷ . Une loi qui remonte à la Deuxième Guerre Mondiale, «Trading with the Enemy (Transitional Powers) Act», c. 24, empêche les compagnies dont le tiers des actions sont contrôlées par des ennemis de la nation d'opérer au Canada en temps de guerre; voir M. WOODS, *loc. cit.*, note 102. En droit criminel, la personne qui contrôle la corporation sera tenu responsable : «It is firmly established that both a company and any senior directors or officers who are directly responsible may convicted of crimes carried out by or in the name of the company. The

textes de lois indiquent également le type de contrôle qui est recherché. Dans certains cas, c'est le contrôle *de jure* qui est retenu¹³⁸; dans d'autres cas, c'est le contrôle *de facto*¹³⁹ que l'on recherche. Ce qu'il faut bien retenir en ce qui a trait au contrôle et au type de contrôle, c'est qu'on s'en sert lorsque le texte législatif en fait une exigence. Il faut donc examiner ce qui en est au niveau de la LSA et de la LCQ.

D'abord, nous savons que l'article 2(3) de la LSA définit le contrôle tel qu'on doit l'utiliser dans le cadre de cette loi :

- 2(3) Pour l'application de la présente loi, ont le contrôle d'une personne morale la personne ou les personnes morales :
- (a) qui détiennent – ou en sont bénéficiaires - autrement qu'à titre de garantie seulement, des valeurs mobilières conférant plus de cinquante pour-cent du maximum possible des voix à l'élection des administrateurs de la personne morale;
 - (b) dont lesdites valeurs mobilières confèrent un droit de vote dont l'exercice permet d'élire la majorité des administrateurs de la personne morale.

justification for this rule is that since a company can act only through the agency of those who control its operations, the requisite criminal intention can be found only in the minds of the controllers»; voir T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, Canadian Business Organizations Law, Toronto, Butterworths, 1984, p. 680, à la page 138. Voir aussi H.J. GLASBEEK, loc. cit., note 62, où l'auteur soutient qu'en matière criminelle et quasi-criminelle, on doit soulever le voile corporatif et mettre en cause la personne qui exerce l'activité fautive de la corporation.

¹³⁸ . En vertu de l'article 39 de la Loi de l'impôt sur le revenu, le contrôle *de jure* est décrit comme suit : «It has been long decided that for the purposes of this section of the Income Tax Act, the word «controlled» contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors»; voir R. c. Imperial General Properties Limited, (1985) 85 D.T.C. 5501, à la page 5503. En vertu de l'article 2 de la «Combines Investigation Act», c'est aussi le contrôle *de jure* qu'on recherche : The ownership of one-half the shares in a company does not give control of the company, and, in my opinion, does not give any control of the company's business which is an asset or property of the company ... Mr. Donaghy, K.C., for the Crown submitted that the ownership of one-half the shares gave the Dominion Fruit a «negative» control, that is, it could prevent the company from operating at all. I do not think the section means this»; voir R. c. Staples [1940] 2 W.W.R. 627, à la page 632. Voir aussi R. c. K.C. Irving Ltd., (1974) 7 N.B.R. (2d) 360, à la page 415, qui interprète le même article : «In other word, «control» does not mean a temporary and uncertain, but rather continuous and certain control of the affairs of a company, which can only be obtained by an undisputed majority of the stock». Selon la loi sur la faillite, c'est aussi le contrôle *de jure* qui est important : «Control» as used in the Bankruptcy Act means *de jure* control, that is the right of the majority to order the affairs of the company»; voir Re A. Zimet Ltd. et al (1982) 21 B.L.R. 89, à la page 90.

¹³⁹ . Voir, par exemple, la «Public Utilities Board Act» de l'Ontario.

En vertu de la LSA, c'est donc le contrôle *de jure* qui est déterminant. Ensuite, il faut voir si le contrôle tel que défini à l'article 2(3) de la LSA est pertinent en ce qui a trait à l'immunité des actionnaires pour les actes ou défauts de la corporation. Comme nous l'avons vu auparavant, cette immunité est décrite à l'article 45(1) de la LSA¹⁴⁰. Il n'y est aucunement question de contrôle, et le texte de cet article est clair à savoir que l'actionnaire ne sera jamais responsable des obligations de la corporation, nonobstant l'influence qu'il peut avoir sur les activités de la corporation. On ne dit pas que l'article 45(1) de la LSA est soumis au contrôle de l'actionnaire ou à quelque autre obligation. Cette interprétation est conséquente avec le reste de la LSA. Les obligations et droits des actionnaires sur les activités de la corporation sont bien définis aux articles 132 à 146 de la LSA¹⁴¹. Aucun des droits ou responsabilités de l'actionnaire qui sont énoncés à ces articles ne sont liés à son contrôle de la corporation. On peut donc sérieusement mettre en doute les décisions comme celles précitées de Jones, Gilford Motor Ltd., Dallas, De Salaberry, Smith et Roy, d'abord parce qu'elles s'appuient sur le contrôle *de facto* de l'actionnaire alors que la LSA ne retient que le contrôle *de jure*; et deuxièmement parce que le contrôle n'intervient pas dans la LSA en rapport avec les obligations de l'actionnaire envers les tiers ou les membres de la corporation¹⁴².

Dans la LCQ, le contrôle joue un rôle encore moins important. On n'en trouve même pas de définition. Encore une fois, la responsabilité limitée de l'actionnaire, tel qu'édictée à l'article 41 de la LCQ, n'est aucunement reliée au contrôle quelconque de l'actionnaire :

Les actionnaires ne sont pas responsables, en leur seule qualité d'actionnaires, des actes, omissions ou obligations, ni des engagements, réclamations paiement, pertes, dommages, transactions ou autres actes

¹⁴⁰ . Le texte de cet article est reproduit à la page 30 de notre travail.

¹⁴¹ . Ces pouvoirs sont résumés dans M. GIGUÈRE, «L'indépendance des administrateurs de compagnies» (1966) 26 R. du B. 160, à la page 163 : «En Angleterre, au Canada, au Québec : ce n'est pas aux actionnaires qu'il appartient d'administrer une société, pas plus qu'ils ne peuvent prétendre donner des instructions sur sa gestion. La seule façon pour les actionnaires de contrôler l'exercice des pouvoirs qu'ils ont confiés au conseil d'administration est de modifier la tenue de ses pouvoirs ou de refuser de le réélire». Voir aussi B. L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 457 : «We turn now to an analysis of the various powers assigned to the shareholder group in Canadian corporate law, they are : election and removal of directors, the right to vote, review function, shareholder business initiatives, seizing power by unanimous shareholder agreements».

¹⁴² . Si on considère l'article 122 de la LSA (reproduit à l'Annexe «A» du présent travail) où le législateur a édicté un devoir strict de l'administrateur d'agir de bonne foi, avec soin et diligence, on peut déduire que ce n'est pas par simple omission que le législateur n'a pas imposé une règle de conduite à l'actionnaire et que l'immunité dont il l'a doté est effectivement immuable.

quelconques de la compagnie se rattachant à son entreprise, au-delà du montant non payé sur leurs actions respectives dans le capital-actions.¹⁴³

Cette prémisse est renforcée par le fait qu'en vertu de l'article 86 de la LCQ¹⁴⁴, l'administrateur québécois est forcé d'être actionnaire de la corporation. On peut difficilement justifier qu'il soit tenu responsable personnellement d'une obligation de la corporation de par son rôle d'actionnaire alors que ce rôle lui est imposé par législation.

La Cour suprême du Canada a considéré le contrôle comme motif de levée du voile corporatif dans l'affaire Atco Ltd. et al c. Calgary Power Ltd. et al¹⁴⁵. En l'espèce, il est question de déterminer si l'achat par l'appelante d'une corporation qui opère comme fournisseur d'électricité, contrevient à la loi sur les services publics de l'Alberta. Cette loi prévoit, entre autres, qu'une corporation qui est déjà propriétaire de (ou qui «contrôle») deux compagnies de services publics dans la province doit demander l'approbation du conseil provincial avant de faire l'acquisition d'une troisième compagnie œuvrant dans ce domaine. C'est le cas d'Atco Ltd. qui est déjà propriétaire de deux corporations de services publics. La Cour suprême a donc la tâche d'interpréter le sens du mot «contrôle» en vertu de la loi albertaine et de trancher sur la validité de la transaction.

Le premier commentaire d'intérêt pour nos fins nous vient du juge Wilson qui explique l'impact du contrôle sur les biens de la corporation :

But it seems to me that when we are talking about this kind of *de facto* control we are always talking of control over the company and not over its assets. The company itself continues to own, operate, manage and control its assets regardless of who owns or controls it. This, as I understand it, is the essence of the separate legal personality of the incorporated company recognized by the House of Lords in the celebrated case of *Salomon c. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22. Since the *Salomon* case the complete separation of the company and its members has never been doubted.¹⁴⁶

¹⁴³ . Cet article vient compléter l'article 309 CCQ discuté à la page 34 de notre travail.

¹⁴⁴ . Cet article est reproduit à l'Annexe «A» de notre travail. Cette disposition est très intéressante et explique peut-être la confusion de certains tribunaux québécois quant aux responsabilités de l'administrateur et de l'actionnaire puisque obligatoirement, l'administrateur est également un actionnaire. Le fait que l'administrateur soit nécessairement actionnaire rend plus difficile la distinction entre le double rôle que doit jouer cet individu.

¹⁴⁵ . (1982) 140 D.L.R. (3d) 193.

¹⁴⁶ . Précitée, note 145, 207. Un principe semblable est exprimé dans D.H. BONHAM, «Judicial Treatment of the Corporate Entity Concept in Canadian Tax Law» (1967) 6 *Western Ont. L. Rev.* 39, à la page 42 : «Thus it may be taken as a basic principle that a controlled company is non the

Il est clair que la Cour suprême ne croit pas que l'exercice du contrôle d'un actionnaire sur les activités de la compagnie confère à cet individu un droit quelconque sur les actifs de la corporation. Il n'est donc pas logique de penser que le contrôle de l'actionnaire lui confère automatiquement une responsabilité pour ces actifs. Le contrôle de l'actionnaire a donc, en soi, un impact limité, sauf s'il en est autrement dans la législation. Le juge Wilson se prononce également sur le rôle de la législation lorsqu'il s'agit de lever le voile corporatif :

The courts, however, have only construed statutes as permitting the corporate veil to be lifted if compelled to do so by the clear language of the legislation.¹⁴⁷

Il est donc clair qu'à défaut d'une disposition législative précise enjoignant le tribunal à lever le voile corporatif, que ce soit parce que l'actionnaire contrôle la corporation ou un autre motif, le tribunal n'aura pas cette autorité. Si on applique ce principe à la LSA ou la LCQ, il est clair que la législation ne permet pas la levée du voile corporatif lorsque l'actionnaire «contrôle» la corporation. On peut donc penser que la série de décisions qui fait du contrôle un élément suffisant pour juger de la corporation comme une façade de l'actionnaire a certaines lacunes.

Pour faire le point sur les décisions qui ont établi que la corporation n'était que la façade de l'actionnaire, on peut dire que l'étendue du contrôle qu'exerce l'actionnaire sur la corporation sera un des facteurs qui permettra de déterminer la nature de la corporation. Dans les affaires Jones et Gilford Motor Co., le tribunal établit que la corporation contrôlée par une partie qui n'est pas son actionnaire majoritaire n'est qu'une façade dont il se sert. Il n'y a aucun indice sur les faits qui ont porté la cour à établir l'origine du contrôle, ni pour déterminer si d'autres facteurs que l'exercice du contrôle sont nécessaires pour établir que la corporation est une façade. Dans Dallas, le tribunal est plus précis en considérant l'implication directe de monsieur Dallas, l'actionnaire majoritaire, dans la corporation pour conclure qu'il la contrôle et qu'il s'en sert pour ses fins personnelles. La décision de la Cour fédérale d'appel dans De Salaberry Realities Ltd. nous démontre qu'on ira jusqu'à imputer les actions des

less a separate legal entity, and such company does not by virtue of the control over it become the agent or assume the identity of its parent. It is also clear that one company may become the agent of another but such agency does not arise merely because of the fact of corporate control. Rather, it must rest on other grounds».

corporations affiliées à la corporation dont les activités sont contestées. Dans Smith et aussi dans Roy, on apprend qu'au Québec, un actionnaire ne peut pas se servir d'une corporation pour poser des gestes qui lui sont défendus personnellement. Si l'actionnaire contrôle de fait la corporation (ce contrôle s'exerçant de diverses façons), on lui impute une responsabilité personnelle. L'élément de contrôle est déterminant dans l'attribution de cette responsabilité et les décisions plus récentes sont plus exigeantes quant aux gestes qui serviront à établir le contrôle.

Nous avons également démontré que la LSA et la LCQ ne permettent pas d'invoquer le contrôle comme motif de levée du voile corporatif, en particulier le contrôle *de facto* puisque le texte de loi est clair à savoir que c'est le contrôle *de jure* qui doit être utilisé pour interpréter la LSA. Cette constatation nous permet de mettre en doute toutes les décisions où le tribunal détermine que la corporation est la façade de l'actionnaire. À notre avis, l'actionnaire ou la personne qui utilise une corporation pour des fins qui lui sont interdites personnellement commet une fausse représentation, un délit causant des dommages à la personne qui commet l'infraction, nonobstant son statut. Nous verrons plus tard les éléments qui constituent la fausse représentation et nous démontrerons alors que cette argumentation de la façade doit être éliminée et remplacée par le concept de la fausse représentation.

Section 3.01.3 - La relation mandant/mandataire entre l'actionnaire et la corporation

«Whether an individual has constituted the company his agent is a question of fact in each case.»

- J. Thompson

Une des prémisses dont nous discutons dans le présent travail tient à ce que la levée du voile corporatif s'effectue pour des motifs qui n'ont aucun fondement juridique reconnu. Les théories de la corporation qui agi comme l'alter ego ou comme la façade de l'actionnaire sont des créations jurisprudentielles qui n'ont aucun fondement dans les lois corporatives ou autres. Ces deux théories se rapprochent beaucoup plus de la fraude et de la fausse représentation. Ce n'est pas dans la doctrine portant sur la corporation qui agirait comme mandataire de l'actionnaire. Le mandat crée une relation

¹⁴⁷ . Précitée, note 145, 208.

reconnue en droit. Il nous apparaît que la relation mandant/mandataire existe dans des situations particulières et doit remplir des critères précis avant d'être établie. Malheureusement, les tribunaux ne se préoccupent pas toujours d'appliquer ces critères pour déterminer si le mandat existe réellement. Il en résulte que l'on effectue une levée du voile corporatif dans des cas où il y aurait d'autres solutions possibles.

Dans la présente section, nous allons d'abord établir clairement les critères qui déterminent s'il existe un mandat entre l'actionnaire et la corporation. Nous allons profiter de l'occasion pour faire état de l'approche de la common law et du droit civil à ce sujet. En effet, le mandat est particulier au droit civil et s'apparente peut-être plus au concept de «fiduciaire» de la common law. En common law, on identifie la relation entre l'actionnaire et la corporation comme «principal and agent» ou comme une «agency relationship». Ce concept d'agent n'a pas la même portée pour le civiliste¹⁴⁸. Nonobstant cette distinction, nous verrons que l'on utilise librement les principes développés en common law et en droit civil dans des situations de faits semblables. Nous poursuivrons cette brève analyse en traitant de diverses décisions qui ont eu recours à au mandat pour permettre le soulèvement du voile corporatif. Nous verrons qu'effectivement il arrive que le principe soit appliqué de façon erronée. Nous verrons aussi que la présence d'une relation mandant/mandataire entre l'actionnaire et la corporation ne doit pas nécessairement résulter en la levée du voile corporatif. Pour responsabiliser l'actionnaire vis-à-vis les gestes fautifs de la corporation, on doit prouver qu'il existe un mandat réel entre l'actionnaire et la corporation; on peut alors imputer au mandant la responsabilité des actions du mandataire. Il n'y a donc pas lieu d'invoquer la levée du voile corporatif dans ces circonstances mais simplement d'invoquer le principe juridique du mandat.

Section 3.01.3.1 - La relation «principal» «agent»

La démarche la plus simple pour décrire correctement un concept est d'en arriver à une définition succincte mais complète. Plusieurs auteurs abordent ce sujet de différentes façons, et nous sommes d'avis que Fridman nous offre la définition la plus juste :

¹⁴⁸ . Notez que dans le présent travail, nous utiliserons l'expression mandant/mandataire pour décrire la relation principal/agent de la common law.

Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the agent, is considered in law to represent the other called the principal, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property.¹⁴⁹

Deux éléments importants sont soulevés dans la définition précédente. Premièrement, elle nous indique que la relation d'agent ne peut exister que si l'agent peut affecter la position légale du principal; c'est-à-dire qu'il n'existera pas de relation d'agent lorsqu'un individu demande à son frère de le remplacer lors d'une partie de pêche (pourvu qu'il n'existe aucun concours entre les participants). Par contre, la mère qui demande à son enfant d'acheter du lait fait de sa progéniture son agent. Le deuxième élément à souligner tient à ce que le mandat existe de par la loi et pas nécessairement suivant le désir des parties. Les termes utilisés par les parties ou le fait qu'elles nient avoir une relation de principal et d'agent ne sera pas suffisante pour convaincre un tribunal de la nature de la relation. Comment la loi va-t-elle identifier la présence d'une relation de principal et d'agent? Fridman nous soulève deux critères : 1) le consentement des parties et 2) l'autorité de l'agent.

La nécessité du consentement des parties pour créer la relation principal/agent ne fait pas l'unanimité. Certains juristes sont d'avis qu'un consentement exprès doit exister pour conclure à la présence d'une telle relation. Pour Gower, l'existence de ce mandat ne doit laisser aucun doute : «But there is no presumption of any such agency relationship and in the absence of an express agreement between the parties it will be very difficult to establish one»¹⁵⁰. Gower fait état de deux situations où des contrats déléguaient expressément la responsabilité de mandataire à la corporation, soit Southern c. Watson¹⁵¹ où un contrat pour convertir une compagnie privée à une compagnie publique indiquait que les contrats existants seraient complétés par la compagnie privée comme agent de la compagnie publique; et Rainham Chemical Works c. Belvedere¹⁵², où le contrat de vente d'un terrain prévoyait que le terrain serait opéré par l'acheteur comme agent du vendeur jusqu'à la conclusion de la transaction. Par

¹⁴⁹ . G.H.L. FRIDMAN, Law of Agency, 6^e édition, Toronto, Butterworths, 1990, p. 400, à la page 9.

¹⁵⁰ . L.C.B. GOWER, op. cit., note 9, p. 132.

¹⁵¹ . [1940] 3 All E.R. 439.

¹⁵² . [1921] A.C. 465.

contre, tous les juristes ne partagent pas la même opinion quant à la nécessité d'avoir une entente expresse pour supporter l'existence du mandat. Fridman soulève quelques décisions qui stipulent exactement le contraire comme l'affaire Boardman c. Phipps¹⁵³, où le tribunal a conclu qu'il n'existait aucune entente concrète entre les parties mais que les faits démontraient qu'elles agissaient comme «self-appointed agents». Dans Garnac Grain Co. Inc. c. HMF Faure and Fairclough Ltd.¹⁵⁴, Lord Pearson prétend d'abord que la relation principal/agent n'existe que s'il y a un consentement entre les parties. Il poursuit toutefois en disant que ce consentement peut s'exprimer de façon expresse ou implicite : «if they have agreed to what in law amounts to such a relationship, even if they do not recognise it themselves and even if they have professed to disclaim it»¹⁵⁵. Il nous apparaît que cette approche de Lord Pearson est très libérale en ce qu'elle peut plaire à ceux qui prétendent que le consentement est nécessaire. Pour Fridman, le critère du consentement n'est pas une nécessité mais est un des indices qui nous permet d'identifier une relation de principal/agent :

While consent should not be over-emphasised as the explanation of agency, it may be added that it cannot be altogether ignored. In the modern law of agency, what has happened, it may be suggested, is not that consent has ceased to be relevant and important : rather that modifications have been made to the pristine idea of agency, so as to make it more adaptable and to cause it to conform much more to modern needs and requirements.¹⁵⁶

Cette explication confirme que le consentement du mandataire est un facteur pertinent mais non impératif pour concrétiser la relation mandant/mandataire. Le critère de l'autorité est beaucoup plus important dans la détermination de la présence d'une relation principal/agent. Nous avons vu dans la définition de Fridman que la relation principal/agent dépend du fait que l'agent peut engager le principal; il faut donc que cet agent ait l'autorité et un moyen de le faire. Pour Ziegel, Daniels, Johnson et MacIntosh, l'autorité de l'agent peut lui être investie de différentes façons :

A natural principal is liable for the acts of an agent if the agent had actual, usual or apparent or ostensible authority to commit the principal. Usual authority means authority ascribed to the agent by common or trade understanding by virtue of the particular office held by him. Apparent or

¹⁵³ . [1967] 2 A.C. 46.

¹⁵⁴ . [1967] 2 All E.R. 353.

¹⁵⁵ . Précitée, note 154, 358.

¹⁵⁶ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 149, p. 14.

ostensible authority means the authority with which the agent has been clothed as a result of the principal's express or implied representations. Such representations may be implied from the principal's conduct or acquiescence as well as from his spoken or written words.¹⁵⁷

L'autorité dont est doté l'agent n'a donc pas à être expresse mais peut se déduire de la conduite des parties. Cette approche est conforme à la définition fournie par Fridman qui prétend que la volonté des parties n'a pas d'impact sur la détermination de la relation principal/agent mais quelle tient à ce que la loi, donc les tribunaux, pensent de la relation entre les parties.

Selon la common law, on peut donc dire que la relation principal/agent tient à ce que l'agent a l'autorité (expresse ou implicite) de lier son principal. Cette relation pourra exister par le consentement expresse ou implicite des parties. Regardons maintenant si ces éléments diffèrent de la relation mandant/mandataire du droit civil.

Section 3.01.3.2 - La relation mandant/mandataire du droit civil

Au Québec, les éléments et les règles qui s'appliquent au mandat se retrouvent dans le CCQ. On retrouve une définition assez complète du mandat à l'article 2130 CCQ :

Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de le représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer. Ce pouvoir et, le cas échéant, l'écrit qui le constate, s'appellent aussi procuration.

Comme dans le cas de la définition du mandat dans la common law, deux éléments se dégagent du texte du Code civil soit que le mandat tient à 1) un pouvoir de représentation, et 2) l'accomplissement d'un acte juridique. Le mandant donne son pouvoir de le représenter au mandataire par la voie d'un contrat. Bien sûr, comme nous le rappelle l'article 1378 du CCQ, un contrat n'a pas à être écrit et il n'a de formalité que dans le fait qu'il doit y avoir expression de la volonté de l'un des contractants pour

¹⁵⁷ . J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, *op. cit.*, note 19, p. 333.

exister¹⁵⁸. Cette approche est conforme à l'article 2132 du CCQ qui souligne que «l'acceptation du mandat est expresse ou tacite; elle est tacite lorsqu'elle s'induit des actes et même du silence du mandataire». Il n'y a donc pas lieu, comme en common law, de débattre la question à savoir si le mandat peut être exprès ou tacite, le Code civil est clair à ce sujet. D'ailleurs, les règles du mandat en droit civil apparaissent assez libérale :

Les exigences de fond et de forme du mandat sont minimales. En présence de deux adultes en état de consentir, qui s'entendent pour que l'un d'eux, le mandataire, accomplisse un acte juridique licite avec un tiers au nom du mandant, on peut conclure à la présence d'un contrat de mandat implicite.¹⁵⁹

Ce texte n'est plus tout à fait juste puisque nous avons vu à l'article 2132 du CCQ que même le silence peut être interprété comme une acceptation du mandat, les parties n'ayant même pas à s'entendre de façon expresse. Il est toutefois vrai de dire que le pouvoir du mandataire de représenter le mandant s'interprétera des faits et gestes des parties. Dans certaines situations, l'intention des parties leur sera imputée par certains articles du CCQ, comme par exemple, l'article 2136¹⁶⁰ où on prévoit que l'intention pourra se déduire du mandat.

En common law, on dit que le mandat tient à ce que l'agent a le pouvoir de lier juridiquement le principal. En droit civil, l'objet du mandat est vu comme l'accomplissement d'un acte juridique. Il y a une légère nuance entre les deux approches mais le résultat est le même, à savoir que le mandant sera obligé envers un tiers par les actions légitimes de son mandataire. Notons que la notion «d'acte juridique» invoquée dans le CCQ n'est pas limitative puisqu'elle n'englobe pas seulement les contrats mais bien tous types d'obligations¹⁶¹.

¹⁵⁸ . Voir A., POPOVICI, La couleur du mandat, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 634, aux pages 503 à 515.

¹⁵⁹ . J.L. BAUDOIN et Y. RENAUD, Code civil du Québec annoté, Supplément Annuel, Montréal, Wilson Lafleur, 1996, à la page 478.

¹⁶⁰ . Le texte de l'article 2136 se lit comme suit: «Les pouvoirs du mandataire s'étendent non seulement à ce qui est exprimé dans le mandat, mais encore à tout ce qui peut s'en déduire. Le mandataire peut faire tous les actes qui découlent de ces pouvoirs et qui sont nécessaires à l'exécution du mandat».

¹⁶¹ . Cette distinction est soulignée dans A. POPOVICI, op. cit., note 158, p. 19.

Ce qui est peut être plus intéressant pour les fins du présent travail au niveau du droit civil et de la relation mandant/mandataire relève de la troisième section du chapitre sur le mandat dans le CCQ. Les articles 2157 à 2163 du CCQ traitent des obligations du mandant et du mandataire envers les tiers. En effet, on retrouve dans ces articles plusieurs obligations du mandant et du mandataire envers le tiers avec qui ils s'engagent. L'article 2160 en particulier souligne que le «mandant est tenu envers le tiers pour les actes accomplis par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat, sauf si, par la convention ou les usages, le mandataire est seul tenu. Il est aussi tenu des actes qui excédaient les limites du mandat et qu'il a ratifié». Il n'est donc pas question ici de levée du voile corporatif. Si une corporation est mandataire de l'actionnaire, ce dernier serait alors personnellement responsable des actions de son mandataire envers les tiers. Évidemment, ce qu'il faut établir d'abord c'est s'il y a effectivement un mandat entre la corporation et l'actionnaire pour que cette obligation naisse¹⁶² et c'est le sujet de la prochaine section de notre travail.

Section 3.01.3.3 - La nature de la relation corporation/actionnaire

Il faut maintenant se poser la question à savoir si la relation entre la corporation et l'actionnaire peut être qualifié de mandat. L'opinion des juristes à ce sujet est ambiguë¹⁶³. En France, une certaine doctrine a voulu décrire la relation corporation/actionnaire comme résultant d'un double mandat : les actionnaires donnant un mandat à la corporation qui à son tour donne un mandat aux administrateurs¹⁶⁴. Pour les Britanniques, la relation mandant/mandataire n'avait pas sa place puisqu'elle

¹⁶². À ce sujet, A. POPOVICI, *op. cit.*, note 157, pp. 18-19, nous met en garde contre la mauvaise utilisation courante du terme mandat : «Malheureusement, l'utilisation du mot «mandat» à mauvais escient n'est pas l'apanage du non-juriste : que de «mandats» donnés à un notaire ou même à un avocat, qui n'en sont pas».

¹⁶³. Les auteurs ayant évalué l'impact économique de la relation mandant/mandataire entre la corporation et l'actionnaire ont trouvé que cette délégation n'avait aucun impact pour la corporation privée. L'actionnaire unique qui est aussi dirigeant de la corporation est le seul à bénéficier ou être pénalisé pour ses actions. Par contre, la délégation de l'autorité de l'actionnaire à la corporation aurait un impact économique négatif sur la performance de la corporation. Toutefois, les études arrivent à la conclusion que les coûts engendrés par la délégation sont complètement absorbés par les profits qui découlent de la propriété des actions. Voir M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, «Theory of the Firm : Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure», (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305; et J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, *op. cit.*, note 19.

¹⁶⁴. Dans M. LIZÉE, «De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales», (1996) 41 *McGill L.J.* 131, à la page 145, l'auteur nous explique cette théorie qui viendrait du droit français.

avait été écartée dans l'affaire Salomon¹⁶⁵. Au Canada et au Québec, les juristes sont d'avis qu'il faut être particulièrement vigilant lorsque l'on applique les obligations du mandataire à la corporation : «even in particular transactions, however, the traditional agency analysis will not often fit the relationship between shareholder and corporation»¹⁶⁶. Ceux qui soutiennent que la relation corporation/actionnaire ne peut qualifier de mandant/mandataire croient, premièrement, que les actionnaires n'ont pas le pouvoir d'influencer la corporation (donc il n'existe aucune raison d'être du mandat)¹⁶⁷; et deuxièmement que la corporation n'a pas le pouvoir d'engager l'actionnaire (un élément essentiel au mandat).

Au niveau du pouvoir d'influencer la corporation, on écrit :

Mandate is an imperfect solution, however. The notion of mandate implies that one party (the mandatary), is subject to the control of another (the mandator), whereas with respect to companies it is not the company which controls the directors, but rather it is the directors who control the company ... Vis-à-vis the shareholders, the directors were to some extent their mandataries.¹⁶⁸

On prétend ici que l'actionnaire n'a pas le contrôle de la corporation puisque celui-ci est exercé par les administrateurs. De plus, on considère que s'il existe une relation de mandant/mandataire dont l'actionnaire fait partie, elle existe entre l'actionnaire et l'administrateur. Certains ont cependant réfuté cet argument en rappelant que la LSA et la LCQ donnent des pouvoirs concrets à l'actionnaire (ex : élire le conseil d'administration) et qu'à ce titre, l'actionnaire a une influence directe sur la corporation. Les actions détenues par l'actionnaire lui donnent également une influence sur la corporation :

Mais ce mandat a ceci de particulier en ce sens que la personnalité morale distincte fait en sorte que le mandant renonce irrévocablement, par l'effet de la loi, à l'administration et à la gestion de l'argent ou des biens qu'il a cédés en contrepartie de l'échange d'actions. Mais comme les actions sont des droits dans la compagnie ou société par actions, il y a

¹⁶⁵ . Voir les commentaires de Lord Macnaghten, dans précitée, note 12, 51 : «the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them (the shareholders)» (l'ajout est de nous).

¹⁶⁶ . S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 269.

¹⁶⁷ . Voir M. LIZÉE, *loc. cit.*, note 164, 144.

¹⁶⁸ . C. JORDAN, *loc. cit.*, note 63, 222-223.

maintien d'un lien de droit et d'un droit de regard ou de contrôle sur les activités de la compagnie ou société par actions.¹⁶⁹

Le lien de droit qui découle de la propriété des actions serait donc suffisant pour créer une relation d'autorité, d'exercice de pouvoir entre l'actionnaire et la corporation. En liquidant une certaine quantité d'actions, l'actionnaire aura une influence directe sur la valeur des actions. Même les actionnaires minoritaires, s'ils s'organisent entre eux, peuvent avoir un impact sur la corporation.

C'est dans ce deuxième critère du pouvoir de la corporation (le mandataire) d'engager le mandant (l'actionnaire) que l'on trouve un meilleur argument pour réfuter l'utilisation des principes du mandat. La personnalité distincte de la corporation fait en sorte que la théorie du mandat ne peut être retenue. La corporation n'a normalement aucune autorité pour engager la responsabilité personnelle de l'actionnaire et c'est donc l'un des critères les plus importants du mandant qui n'est normalement pas présent dans cette relation. Il y a bien sûr quelques exceptions à cette règle mais elles sont assez restreintes. Certaines de ces situations sont décrites dans le CCQ où l'on impute une responsabilité automatique au mandant dans le cas d'abus de pouvoir du mandataire :

... lorsqu'il s'agit d'un abus de pouvoirs par lequel le mandataire a mal exécuté ses pouvoirs, il engage la responsabilité du mandant envers le tiers alors que lorsqu'il s'agit d'un abus par lequel le mandataire a exercé bien ou mal ses pouvoirs inexistantes, le mandant n'encourt envers le tiers aucune obligation.¹⁷⁰

Cependant, ce principe ne pourra s'appliquer que si l'existence du mandat est démontrée. Hamilton affirme qu'il sera pratiquement impossible de démontrer que la corporation agissait comme mandataire de l'actionnaire lorsqu'il existe un contrat pour la vente de biens¹⁷¹. Il prétend que si l'actionnaire ne prend jamais possession des biens ou s'il ne reçoit aucun profit de leur vente, on ne pourra pas juger l'actionnaire comme le mandant de la corporation.

¹⁶⁹ . J. TURGEON, *loc. cit.*, note 2, 424-425.

¹⁷⁰ . C. FABIEN, «L'abus de pouvoir du mandataire en droit civil québécois», (1978) 19 C. de N. 55, à la page 58. Voir les articles 2157, 2158 et 2160 qui sont reproduits à l'Annexe «A» de notre travail.

¹⁷¹ . S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 269

Le CCQ ne réfère pas à la relation entre l'actionnaire et la corporation comme relevant du mandat, et les commentaires du ministre de la justice sur le nouveau CCQ sont également muets à ce sujet. On reconnaît seulement que la relation entre la corporation et l'administrateur, elle, se qualifie clairement de mandat :

Les règles prévues au chapitre du Mandat du Code civil du Québec (articles 2130 à 2185) pourront trouver application au niveau du droit des sociétés dans certaines situations où les associés seront considérés comme des mandataires de la société.¹⁷²

À notre avis, la qualification donnée à la relation entre une corporation et son actionnaire devra découler des faits. D'abord, il s'agira de déterminer si la corporation a l'autorité de lier l'actionnaire personnellement. Si c'est le cas, la corporation sera considérée comme le mandataire de l'actionnaire et ce dernier sera responsable des actions de son mandataire. La personnalité distincte de la corporation ne sera pas entamée, mais un tiers lésé pourra trouver compensation et justice sera rendue sans qu'il soit nécessaire de lever le voile corporatif : «to construe a corporation as an agent is not the same thing as denying its existence. On the contrary, reality of existence is necessary if the corporation is to be treated as an agent at all»¹⁷³.

Si l'approche du mandant/mandataire pour décrire la relation entre l'actionnaire et la corporation présente une avenue intéressante et bien fondée en droit, il n'empêche qu'elle doit s'appliquer avec retenue. Il serait trop facile de décrire toutes les relations entre l'actionnaire et la corporation comme relevant du mandat : «In recognition of this danger, the courts have generally required that the purported agency be based on fairly

¹⁷² . M.P. CHARPENTIER, loc. cit., note 73, 1000. L'auteur donne un exemple d'un associé d'une société en nom collectif qui fait l'achat d'équipement en ayant connaissance de l'insolvabilité de la société. L'auteur soutient que dans cette circonstance, l'associé pourrait être personnellement responsable de cette dette de la société en vertu de l'article 2159 CCQ. Le même raisonnement s'applique difficilement à l'actionnaire et la corporation puisque tout ce qui en résulterait serait que la corporation deviendrait responsable d'une dette qu'elle aurait contractée pour l'actionnaire. Cette situation est effectivement l'ensemble de la relation entre la corporation et l'actionnaire.

¹⁷³ . J.S. ZIEGEL, Études sur le droit canadien des compagnies, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967, p. 717, à la page 26. Dans I.R. FELTHAM, loc. cit., note 27, 319, l'auteur nous fait remarquer que la théorie du mandat doit s'appliquer alternativement à celle de l'alter ego et des autres arguments semblables : «It should be noted that to advance the proposition that a corporation is an agent for a shareholder is to affirm the existence of the corporation as a separate entity. It seems to me that the reasoning in some cases is defective in that it fails to recognise this fact. One cannot logically treat a corporation as a sham or cloak or alter ego for

strong evidence before bridging the gap between a company and its owners»¹⁷⁴. Aussi, le fardeau de preuve de l'existence d'un mandat est assez élevé. Il ne sera pas suffisant de démontrer que l'actionnaire détient toutes les actions de la corporation ou qu'il en contrôle les activités. Il faut toutefois souligner qu'il ne semble pas avoir de liste exhaustive des facteurs qui devront mener à cette conclusion. La jurisprudence nous donne plusieurs indices et c'est ce que nous allons étudier maintenant.

Section 3.01.3.4 - Les tribunaux et la preuve de l'existence du mandat

L'une des premières décisions rapportées quant à la relation mandant/mandataire est celle de Smith, Stone and Knight Ltd. c. Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham¹⁷⁵ (ci-après l'«affaire Smith»). Il est question ici de décider si c'est la corporation Birmingham Waste Co. (ci-après «Birmingham») (qui occupe de fait les locaux et qui en détient le bail) où de la demanderesse (qui détient toutes les actions de Birmingham) qui opère le commerce des défendeurs. La demanderesse allègue que Birmingham est son mandataire et que des dommages lui sont dus suite à l'expropriation de ses opérations par la défenderesse. En vertu des lois de l'époque, le mandant peut réclamer des dommages pour l'expropriation mais le mandataire ne le peut pas. La première démarche du tribunal pour définir la relation entre Birmingham et la demanderesse révèle que la preuve d'une relation mandant/mandataire entre deux corporations ne peut être prise pour acquise :

It is well settled that the mere fact that a man holds all the shares in a company does not make the business carried on by that company his business, nor does it make the company his agents for the carrying on of the business. That proposition is just as true if the shareholder is itself a limited company. It is also well settled that there may be such an arrangement between the shareholders and a company as will constitute the company the shareholders' agent for the purpose of carrying on the business and make the business the business of the shareholders.¹⁷⁶

Cette déclaration est importante puisqu'elle indique clairement que dans certaines circonstances, la relation entre la corporation et l'actionnaire se qualifie de

the shareholder so as to deny its existence and at the same time argue that it is an agent. The propositions must be at least alternative».

¹⁷⁴ . J.S. ZIEGEL, *op. cit.*, note 173, p. 27.

¹⁷⁵ . [1939] 4 All E.R. 116.

mandant/mandataire. La polémique que nous avons abordée à la section précédente de notre travail serait donc réglée. De plus, la déclaration met en garde ceux qui voudraient utiliser l'approche du mandat pour soulever le voile corporatif; cette voie devra s'appuyer sur une preuve abondante et claire. Le juge Atkinson énumère six (6) critères à cet effet :

It seems therefore to be a question of fact in each case, and those cases indicate that the question is whether the subsidiary was carrying on the business as the company's business or as its own ... I find six points which were deemed relevant for the determination of the question ... The first point was : Were the profits treated as the profits of the company? ... Secondly, were the persons conducting the business appointed by the parent company? Thirdly as the company the head and the brain of the trading venture? Fourthly, did the company govern the adventure, decide what should be done and what capital should be embarked on the venture? Fifthly, did the company make the profits by its skills and direction? Sixthly, was the company in effectual and constant control? (C'est nous qui souligne.)¹⁷⁷

En révisant la preuve de chacun de ces tests, le tribunal a jugé qu'en l'espèce, Birmingham opérait comme mandataire de la demanderesse puisque ses opérations étaient complètement dépendantes de celle-ci. La cour a révisé la preuve de façon méticuleuse pour répondre aux six tests énoncés¹⁷⁸.

Si les critères énoncés dans l'affaire Smith ont été repris dans plusieurs autres causes subséquentes, cette approche a aussi ses critiques. En effet, on trouve les critères énoncés limitatifs et d'une pertinence douteuse :

That factor, however, does not necessarily remove all doubts as to the validity of finding an agency relationship in these circumstances. Was the subsidiary truly the agent of the parent or was the agency argument seized on by the Court as a convenient way of overcoming the rigidity of the Salomon approach?¹⁷⁹

¹⁷⁶ . Précitée, note 175, 120. Ce raisonnement est repris dans plusieurs causes subséquentes, notamment Clarkson Co. Ltd. c. Zhelka et al, précitée, note 113.

¹⁷⁷ . Précitée, note 175, 121.

¹⁷⁸ . Les affaires Bank of Montreal c. Canadian Westgrowth Ltd., (1990) 72 Alta. L.R. (2d) 319 et Sun Sudan Oil Company Inc. et al c. Methanex Corporation et al, (1992) 5 Alta. L.R. (3d) 292 utilisent les critères de l'affaire Smith, Stone and Knight Ltd. pour déterminer si une relation mandant/mandataire existait entre deux corporations affiliées.

¹⁷⁹ . J.S. ZIEGEL, op. cit., note 173, p. 28. Pour Durnford, la vraie question posée dans l'affaire Smith, Stone and Knight Ltd. est à savoir qui opérait vraiment la corporation Birmingham :

Certaines cours ont même refusé d'appliquer les critères de l'affaire Smith en prétendant qu'ils ne constituaient seulement qu'un indice pour déterminer la relation entre les parties¹⁸⁰. Pour le juge Cooper dans l'affaire Province of Nova Scotia c. Waverley Construction Co. Ltd. (ci-après «Waverley»)¹⁸¹, les tests élaborés dans l'affaire Smith ne lui sont d'aucune utilité dans une affaire où l'on tente d'établir la responsabilité délictuelle d'une filiale pour la faute d'un employé :

Be that as it may I have some doubts that these tests are helpful in the determination of the issue here which involves not a question of taxation nor occupation of property but rather the vicarious liability of a parent company for the negligence of a minor servant of its subsidiary company.¹⁸²

Le juge Cooper s'appuie sur les propos de Gower qui croit que le défaut des tests édictés dans l'affaire Smith tiennent à ce qu'ils seront forcément respectés dans toutes les situations où l'actionnaire majoritaire est aussi le gestionnaire de la corporation¹⁸³. Dans l'affaire Waverley, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse réclame un remboursement des dommages causés à un pont, qu'un employé de la défenderesse aurait frappé avec son véhicule. Le véhicule en question était enregistré au nom d'une autre corporation, Tidewater Construction Company (ci-après «Tidewater») et l'employé était au service de Tidewater. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse prétend toutefois que la corporation était l'agent de la défenderesse et que cette dernière est responsable pour les actions de Tidewater et son employé. Le juge Cooper distinguera l'affaire Smith de la cause devant lui en disant qu'en l'espèce, les opérations de la compagnie mère étaient complètement séparées de celles de la filiale (livres comptables séparés, contrats et clients indépendants, etc.). À ce titre, Tidewater ne pouvait être le

«These criteria may be summarised as follows : who was really carrying on the business?»; voir J.W. DURNFORD, *loc. cit.*, note 62.

¹⁸⁰ . Dans Denison Mines Limited c. M.N.R., [1971] C.T.C. 640, à la page 661, le juge Cattnach prétend que : «on the evidence of the present appeal each of the six questions so posed must be answered in the affirmative but in my opinion this is not conclusive. The points outlined by Atkinson, J. are but indicia helpful in determining the question». Pour lui, le facteur important sera le fait que la corporation affiliée ait été mise sur pied précisément parce que la corporation mère ne pouvait poursuivre le type d'opération. Le mandant ne pouvait utiliser un mandataire pour poser des gestes qui lui sont interdits, les activités de la corporation affiliée devaient être imputées à la corporation mère. Voir aussi les commentaires sur cette décision dans J.W. DURNFORD, *loc. cit.*, note 62, 299.

¹⁸¹ . [1972] 4 N.S.R. (2d) 232.

¹⁸² . Précitée, note 181, 243-244.

¹⁸³ . Précitée, note 181, 243.

mandataire de Waverley et la cause fut rejetée¹⁸⁴. L'indépendance des activités entre Waverley et Tidewater fut donc le critère décisif dans cette affaire.

Dans l'affaire Canada Life Assurance Co. c. Canadian Imperial Bank of Commerce; First National City Bank of New York¹⁸⁵, la cour doit se prononcer sur la relation entre deux banques affiliées. La demanderesse prétend qu'elle peut signifier à la défenderesse CIBC des documents destinés à City Bank parce que CIBC était l'agent de la City Bank. La Cour d'appel s'est attardée sur une analyse approfondie des opérations entre CIBC et City Bank parce que selon elle, la relation de mandant/mandataire est fondée sur la proximité des activités entre les deux entités : «(there must be) such an intimate and immediate domination of the motions of the subordinate company that it can be said that the latter has, in the true sense of the expression, no independent function of its own»¹⁸⁶. Les tests de l'affaire Smith sont repris mais on y ajoute également l'indépendance légale de la filiale et de la corporation mère ainsi que le statut de celui qui demande le soulèvement du voile corporatif (ici le tribunal prétend qu'un créancier aurait plus de motif légitime de demander la levée du voile corporatif qu'une personne qui ne subit pas un préjudice important). De l'avis de la Cour d'appel, l'affiliation de CIBC avec City Bank ne constitue pas une relation mandant/mandataire parce que les opérations de l'une sont presque complètement indépendantes de l'autre¹⁸⁷.

L'argument que la corporation est le mandataire de l'actionnaire ne s'applique pas seulement aux corporations affiliées. Dans le domaine du droit familial, les tribunaux ont accepté une preuve plutôt mince pour reconnaître l'actionnaire comme mandant de la corporation dont il est actionnaire principal. L'affaire Lightfoot c. Lightfoot¹⁸⁸ en est un exemple. En l'espèce, il s'agit d'une motion pour forcer monsieur Lightfoot à dévoiler de l'information financière au sujet de la corporation dont il est

¹⁸⁴ . Noter que le juge Cooper dit que le fait qu'il n'existe pas de relation mandant/mandataire entre Waverley et Tidewater l'empêche de lever le voile corporatif (voir Province of Nova Scotia c. Waverley Construction Co. Ltd., précitée, note 181, 244). Nous sommes d'avis que le raisonnement du juge Cooper est erroné à ce sujet puisque lorsqu'il y a relation mandant/mandataire, il n'est pas nécessaire de lever le voile corporatif, les principes du mandat s'appliquent pour responsabiliser le mandant.

¹⁸⁵ . Précitée, note 107.

¹⁸⁶ . Précitée note 107, 87.

¹⁸⁷ . Cet arrêt est commenté dans T.M. DOLAN, loc. cit., note 62, 9.

¹⁸⁸ . (1973) 1 O.R. 643.

l'actionnaire principal. En fait, cet argument n'est même pas plaidé par la demanderesse et le juge l'infère seulement des propos : «Nor does has the petitioner expressly alleged that the respondent spouse has constituted the company his agent, although I think that is the only inference that can properly be drawn from her pleadings»¹⁸⁹. Le juge n'accepte pas l'argument de monsieur Lightfoot à savoir qu'il est l'employé de la corporation dont il est actionnaire principal et décide que la corporation est le mandataire de monsieur Lightfoot et qu'il doit dévoiler l'information financière en question¹⁹⁰.

Dans une décision de la Cour du Québec Taillefer c. Services immobiliers Syst-M.A. Real Inc.¹⁹¹, il est question de déterminer s'il existe une relation de mandant/mandataire entre un actionnaire majoritaire et sa corporation. À une certaine époque, le demandeur et un dénommé Bigras étaient co-actionnaires de la défenderesse. Le demandeur n'étant plus intéressé par son statut d'actionnaire, il vend ses actions à Bigras. Dans une entente signée par Bigras, ce dernier reconnaît que la corporation doit quinze mille dollars au demandeur, montant payable sur demande. Lorsque le demandeur exige le paiement de sa créance, Bigras l'avise que son prêt est prescrit et refuse de rembourser. Bigras invoque aussi le fait qu'il a signé l'entente personnellement et que la corporation n'a aucune obligation de l'honorer. La cour révisera les faits entourant la relation entre la défenderesse et Bigras pour conclure qu'il existe un mandat tacite entre la corporation et son actionnaire unique du fait qu'il est le seul à pouvoir engager la responsabilité de la défenderesse :

Peut-on accepter la thèse du demandeur et conclure à mandat tacite? Le Tribunal le croit. Bigras, en tant qu'actionnaire et administrateur unique de la défenderesse était la seule personne qui pouvait lier la défenderesse, et cette dernière ne peut maintenant se cacher derrière le voile corporatif et nier l'existence de la reconnaissance de dette de Bigras.¹⁹²

À notre avis, cette affaire est particulièrement intéressante. En effet, le tribunal applique correctement le seul test légitime pour déterminer s'il y a une relation de

¹⁸⁹ . Précitée, note 188, 645.

¹⁹⁰ . La Cour de l'Ontario est arrivée à la même conclusion dans l'affaire Burt c. Burt, (1979) 11 R.F.L. (2d) 143 où encore une fois le tribunal n'a demandé aucune preuve concrète de la relation entre l'actionnaire principal et la corporation mais a imputé une relation de mandant/mandataire.

¹⁹¹ . [1991] R.J.Q. 1708.

¹⁹² . Précitée, note 191, 1711.

mandant/mandataire, soit l'autorité du mandataire pour engager son mandant. Cependant, c'est l'actionnaire majoritaire qui est jugé être le mandataire de la corporation et non l'inverse. C'est une approche dangereuse pour toutes les corporations à actionnaire unique puisque, si l'on applique le raisonnement du tribunal dans le passage précité, on impute une responsabilité quasi automatique à la corporation du fait que la signature de son actionnaire unique est présente sur un document. L'actionnaire/administrateur unique d'une corporation sera presque toujours le seul à pouvoir lier la corporation qui lui appartient. Il devra donc être particulièrement vigilant lorsqu'il endosse une entente en son nom personnel.

Que pouvons-nous conclure de la révision de la jurisprudence canadienne et québécoise précitée? D'abord, les tribunaux semblent appliquer différents critères pour démontrer la relation mandant/mandataire dans divers domaines du droit. Le juge Hunt dans l'affaire Sun Sudan Oil Company Inc. et al c. Methanex Corporation et al¹⁹³ nous indique précisément qu'à son avis, tous les tests impliquant la détermination de la relation mandant/mandataire ne peuvent s'appliquer à tous les domaines :

While some such cases (soit Constitution Insurance Co. of Canada c. Kosmopoulos) may be helpful, in general they raise different policy questions than those confronting me in this case of a private contractual relationship. I have therefore considered the tax and compensation cases with some caution.¹⁹⁴ (L'ajout est de nous.)

Un raisonnement semblable est appliqué dans les affaires Waverley et Lightfoot. Pourtant, il nous apparaît qu'une telle justification n'a pas sa place. À notre avis, le mandant ne peut exister que si le mandataire a l'autorité de lier son mandant et ce critère est fondamental à la relation de mandant/mandataire et ne peut pas être ignoré ou mis de côté dans certaines situations. C'est aussi la seule question légitime qu'il faut poser pour déterminer la relation entre la corporation et l'actionnaire. Si cette question avait été posée dans l'affaire Smith, aurait-on eu le même résultat? Il est difficile d'en juger de par les faits qui nous sont rapportés puisque la preuve ne pose pas cette question précisément. La réponse est plus claire dans les affaires Canada Life Assurance Co. (CIBC n'avait certainement pas l'autorité de lier la First National City Bank of New York) et Waverley (où l'indépendance des activités des deux corporations

¹⁹³ . Précitée, note 178.

¹⁹⁴ . Précitée, note 178, 304.

laisse croire que l'une ne pouvait pas lier l'autre de façon implicite). Les tribunaux s'intéressent plutôt aux faits indiquant que l'actionnaire majoritaire s'est conduit de façon à ignorer la personnalité distincte de la corporation. Cette tendance se dégage clairement des causes soulignées plus haut. À notre avis, cette approche n'est pas compatible avec la détermination d'une relation mandant/mandataire bien qu'elle puisse servir à identifier l'intention des parties. Le fait que des individus transigent entre eux sans formalités pourrait indiquer que l'une a l'autorité d'agir pour l'autre. Mais il faut être à l'affût de ces faits dans cette perspective et non dans le but de déterminer la proximité des relations entre les parties. La réponse donnerait une fausse piste pour établir une relation de mandant/mandataire si l'un ne pouvait pas engendrer la responsabilité de l'autre.

Finalement, nous sommes d'accord avec Welling qui déplore le manque de constance des juges du vingtième siècle qui n'ont pas appliqué les critères du mandat avec rigueur¹⁹⁵. La relation entre l'actionnaire et la corporation peut être de nature de celle du mandant/mandataire dans certaines circonstances, soit lorsque le mandataire a l'autorité et la capacité de lier le mandant. Cette autorité peut être expresse ou implicite. Dans ces circonstances, il n'y aura pas lieu de lever le voile corporatif puisque les principes du mandat sont suffisants pour responsabiliser l'actionnaire pour les gestes fautifs de la corporation (son mandataire). Cette approche donne une meilleure sécurité à l'actionnaire qui pourra établir une pratique où les mandats donnés à la corporation seront exprès. Pour le tiers qui est lésé par le mandataire, il pourra invoquer un mandat exprès ou implicite entre l'actionnaire et la corporation et démontrer l'autorité de celle-ci à lier l'actionnaire. Il s'agira d'un fardeau de preuve élevé mais qui sera de mise afin de protéger la personnalité distincte de la corporation dans des situations où on l'ignore trop facilement.

Section 3.01.4 - La situation des corporations affiliées

«These subsidiaries are bound hand and foot to the parent company ...»

- Gower L.C.B.

Comme nous l'avons vu dans la section précédente de notre travail, dans certains cas, les corporations affiliées seront traitées comme mandataire de leurs

actionnaires. Lorsqu'il est impossible de rendre l'actionnaire responsable des gestes de la corporation, on aura parfois recours à la technique de l'unité économique¹⁹⁶ pour imputer à la compagnie mère la responsabilité des actions de sa filiale. Cette approche est une création purement jurisprudentielle plus populaire en Grande-Bretagne et aux États-Unis. Les tribunaux canadiens y ont tout de même recours dans certaines instances et cette jurisprudence fera l'objet de la présente section.

La technique de l'unité économique se résume ainsi :

... (elle) permet aux tribunaux d'assimiler dans certains cas la filiale à la compagnie-mère et de lui attribuer les mêmes droits et les mêmes obligations. Les juges cherchent alors des indices permettant de conclure que les deux compagnies n'en forment en fait qu'une seule et que la filiale constitue plutôt un simple département de la compagnie-mère.¹⁹⁷

Bien sûr, il est très difficile de réconcilier cette théorie avec celle de la personnalité distincte de la corporation. On peut se demander si les liens entre deux corporations sont vraiment suffisants pour anéantir leurs identités distinctes. Ce raisonnement serait trop facile à imposer dans le cas de corporation où l'actionnaire et l'âme dirigeante de la corporation sont une seule et même personne. Pour le professeur Welling, la théorie de l'unité économique est déficiente à deux niveaux. En premier parce que la théorie n'offre aucun indice clair pour déterminer dans quelles circonstances cette approche sera pertinente et applicable. Deuxièmement, il maintient que la théorie devrait s'expliquer par le mandat auquel cas la personnalité de la corporation affiliée et celle de la corporation mère ne sont pas confondues mais gardent leurs identités indépendantes¹⁹⁸. Plusieurs auteurs critiquent effectivement la théorie de

¹⁹⁵ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 128.

¹⁹⁶ . En anglais on dira «group enterprise theory» ou «single economic unit theory».

¹⁹⁷ . A. BOHÉMIER et P.P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 104, p. 42. D'autres descriptions sont offertes par divers auteurs quant à la théorie de l'entreprise. Dans I.R. FELTHAM, *loc. cit.*, note 25, 320, l'auteur décrit cette théorie comme suit : «The theory of enterprise liability is that a parent and a wholly-owned subsidiary or subsidiaries comprise a single business enterprise and that all should be regarded as part of a single unit». Dans S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 271, l'auteur décrit ce principe comme suit : «The group enterprise theory, specifically referred to in English doctrine, suggests that, in the case of related corporations which operate as one economic unit, the corporate veil should be «lifted» and liability should be co-extensive to all members of the unit».

¹⁹⁸ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 113. Dans les causes impliquant des infractions environnementales, on imputera une responsabilité à la corporation mère pour les activités de la corporation affiliée si la corporation mère exerce un contrôle important sur les activités de celle-

l'unité économique mais on ne peut pas nier qu'elle ait été appliquée par les tribunaux dans certaines circonstances.

La décision qui semble avoir établi ce principe de l'unité économique nous vient de la Cour d'appel dans trois causes traitées simultanément soit, DHN Food Distributors Ltd. (ci-après «DHN Distribution») et DHN Food Transport Ltd. (ci-après «DHN Transport») c. Tower Hamlets London Borough Council, Bronze Investments Ltd. (ci-après «Bronze»)¹⁹⁹. Disons d'abord que les trois demandereses sont des corporations affiliées engagées dans la distribution de nourriture en gros. DHN Distribution est la compagnie mère, responsable de toutes les opérations de distribution de l'entreprise. Bronze est propriétaire du terrain sur lequel sont effectuées les opérations. DHN Transport est propriétaire des camions utilisés dans l'entreprise de distribution. La défenderesse dans les trois poursuites est l'autorité municipale qui a émis un ordre pour l'expropriation des demandereses. En vertu de la loi permettant l'expropriation, la municipalité doit compenser un exproprié pour la valeur de son terrain mais également pour les pertes de son commerce. Les trois demandereses réclament leurs parts des dommages encourus par l'expropriation de leurs propriétés mais la municipalité refuse en disant que DHN Transport et DHN Distribution n'ont aucun droits puisqu'elles ne sont pas propriétaires de terrains dans la zone expropriée et n'y avaient aucun intérêt. Cette position est basée sur le fait qu'il existe des ententes entre les trois demandereses qui permettent de questionner le lien entre les opérations DHN Distribution, la compagnie mère et la propriété du terrain par Bronze.

Les demandereses prétendent toutefois que les trois corporations sont liées à un point où les opérations de l'une n'auraient pu exister sans les deux autres et qu'à ce titre, une levée du voile corporatif s'impose. Le tribunal s'est attardé à réviser les faits entourant la relation entre les trois compagnies pour déterminer que chacune d'elles ne pouvait agir sans l'autre et en comparant cette relation à une société en nom collectif :

This group is virtually the same as a partnership in which all the three companies are partners. They should not be treated separately so as to

ci : «the greater the control, the greater the likelihood that the parent will be liable»; voir D. SAXE, *loc. cit.*, note 62, 30. C'est une autre forme de la théorie de l'unité économique.

¹⁹⁹ [1976] 1 W.L.R. 852.

be defeated on a technical point. They should not be deprived of the compensation which should justly be payable for disturbance.²⁰⁰

Ces propos de Lord Denning sont surprenants (bien que Denning soit reconnu pour son interprétation libérale des statuts) par le lien qu'il fait avec la société en nom collectif. D'ailleurs il ne fait même pas référence au principe de la personnalité distincte de la corporation. Les propos du juge Goff offrent un raisonnement encore plus nébuleux : «this is a case in which one is entitled to look at the realities of the situation and to pierce the corporate veil»²⁰¹. Le tribunal aurait cette autorité par le fait que la même compagnie était la mère des deux corporations affiliées; que les opérations des trois corporations étaient essentielles à l'autre; et que les propriétaires des trois corporations avaient effectivement été privés de jouissance de leurs biens. De l'avis du juge Goff, ces trois facteurs permettraient la levée du voile corporatif.

Le professeur Gower ne croit pas que cette analyse du juge Goff soit correcte²⁰². Il prétend plutôt que le tribunal peut regarder les circonstances économiques entourant une transaction ou une relation entre les parties, mais que ces facteurs ne peuvent servir qu'à appuyer une conclusion de droit. Le principe de l'unité économique ne peut pas exister seul. Le professeur Gower conclut également que même si la législation britannique (et canadienne) impose certaines obligations à la corporation mère de rapporter les activités de ses corporations affiliées, elle ne va pas jusqu'à prétendre que les corporations de ce genre sont responsables des dettes l'une de l'autre. De l'avis de Gower, l'affaire DHN crée un précédent dangereux. Les critères évoqués par Goff peuvent se rencontrer dans plusieurs circonstances, ce qui pourrait amener les tribunaux à ignorer la personnalité distincte de la corporation dans beaucoup de situations²⁰³.

²⁰⁰ . Précitée, note 199, 860.

²⁰¹ . Précitée, note 199, 861.

²⁰² . Gower appuie ses conclusions sur le jugement de la Chambre des Lords dans Adams c. Cape Industries plc., [1990] Ch. 433, où le principe du «single economic unit» a été mis de côté; voir L.C.B. GOWER, op. cit., note 9, pp. 126-129. L'affaire DHN Food Distributors et al c. London Borough of Tower Hamlets, précitée, note 197, est commentée dans F.H. BUCKLEY, M. GILLEN et R. YALDEN, op. cit., p. 101.

²⁰³ . T.M. DOLAN, loc. cit., note 62, 11.

Une autorité canadienne importante soutenant la prémisse de l'unité économique se retrouve dans l'affaire Nedco Ltd c. Clark et al²⁰⁴. Cette décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan concerne un conflit de travail entre Northern Electric Company Limited (ci-après «Northern») et l'un de ses syndicats. L'appelante dans cette affaire tente d'arrêter le piquetage devant les locaux qu'elle partage avec Northern. L'appelante étant une filiale de Northern, Clark et le syndicat prétendent qu'ils ont le droit de piqueter devant les deux locaux. L'argument du syndicat tient à ce que les deux corporations sont liées au point où il est justifiable d'ignorer leurs identités distinctes. Le juge Culliton s'interroge d'abord à savoir si le principe de l'unité économique est applicable en droit canadien :

The Court has also done so when it has concluded that while the corporations are separate in law, one may be under the control of the other to such an extent that together they constitute one common unit.²⁰⁵

Pour déterminer si le principe s'applique en l'espèce, le tribunal analyse les relations entre Northern et Nedco Inc. pour en conclure que les deux corporations formaient bel et bien une seule unité économique. Le tribunal a été influencé par divers facteurs soit le contrôle complet de Northern sur les opérations de Nedco et la propriété de Northern de toutes les actions de Nedco²⁰⁶. Le tribunal est d'avis que le piquetage devant les locaux de Nedco était acceptable puisqu'il équivaut au piquetage de Northern. Cette conclusion de la Cour d'appel nous laisse perplexe, particulièrement lorsqu'une cour de la même province avait décidé le contraire dans une affaire semblable entre Northern, Nedco et un autre syndicat piquetant les locaux de Northern à Regina²⁰⁷. La seule différence entre les deux situations semble être que Northern ne partageait pas le même édifice que Nedco; pourtant les structures administratives étaient les mêmes et les relations entre les deux entreprises semblables. Encore plus surprenant sont les propos du juge Culliton dans sa décision :

I want to make it perfectly clear that, in reaching this conclusion, I have not attempted to lay down any general principle. It is only because of the

²⁰⁴. (1973) 43 D.L.R. (3d) 714.

²⁰⁵. Précitée, note 204, 720.

²⁰⁶. Dans Aluminium Company of Canada Limited c. The Corporation of the City of Toronto, [1944] R.C.S. 267, la Cour suprême du Canada a décidé que les opérations d'une compagnie mère et sa filiale étaient reliées au point d'en faire une seule unité économique. Ce raisonnement s'appuyait sur le fait que la compagnie mère était la seule cliente de la filiale.

²⁰⁷. Voir Nedco Ltd. c. Clark et al, précitée, note 202.

special circumstances prevalent in this case that I have reached the conclusion which I have. While Nedco Ltd. is, for the purposes of this application, an integral component of Northern Electric Company Limited, for all other purposes it remains an autonomous and independent entity.

Le juge semble avouer lui-même que son raisonnement est erroné et qu'il ne devrait pas être suivi. Les circonstances particulières auxquelles il fait référence ne sont pas claires, surtout lorsqu'on pense au jugement précédent de la cour de Régina. Est-ce que le simple fait que les locaux de Northern et de Nedco aient été dans le même édifice (mais ayant des entrées séparées et des opérations sur des planchers différents) était réellement suffisant pour créer des «circonstances spéciales»? De plus, il nous apparaît suspect de dire que le voile corporatif doit être respecté dans certaines circonstances mais pas dans d'autres. Nonobstant ces inconsistances, la décision de Nedco Ltd. est citée pour invoquer le principe de l'unité économique et la mise en garde du juge est largement ignorée.

Quelques années plus tard, le juge Lacourcière endosse plus catégoriquement le principe de l'unité économique dans l'affaire Manley Inc. c. Fallis²⁰⁸. Fallis est l'employé de la demanderesse. Cette dernière est une filiale canadienne de Manley Incorporated (basée au États-Unis) impliquée dans la vente de machines distributrices. Fallis n'a pas un contrat exclusif avec la demanderesse et il se met à vendre des machines fabriquées par l'un des compétiteurs de la demanderesse. La filiale canadienne poursuit Fallis pour les pertes subies par la vente des machines de ses compétiteurs. Dans sa défense, Fallis prétend que son employeur est la compagnie canadienne et que celle-ci n'a subi aucun préjudice parce qu'elle ne fournit pas le type de machine qu'il vend pour les compétiteurs (bien que la compagnie mère américaine aurait pu lui en fournir). Fallis prétend qu'il n'a aucune obligation de faire des démarches auprès de la compagnie mère pour obtenir ses machines puisque sa seule obligation réside envers la compagnie canadienne avec laquelle il avait un contrat. La cour s'appuie sur l'ouvrage du professeur Gower²⁰⁹ pour reconnaître que dans certaines circonstances, on peut lever le voile corporatif pour traiter deux corporations affiliées comme une unité économique :

This is a case where the Court is not precluded from lifting the corporate veil and, in effect, regarding the closely related respondent companies as

²⁰⁸ . [1977] 2 B.L.R. 277.

²⁰⁹ . L.C.B. GOWER, op. cit., note 9, pp. 126-129.

essentially one trading enterprise, in the interests of the affiliated companies, in a circumstance where the refusal to do so would allow the appellant to escape the consequences of his breach of a fiduciary trust.²¹⁰

Cette décision vient encore une fois entériner la théorie de l'unité économique en droit canadien²¹¹. Nous avons là une décision d'une Cour d'appel qui justifie la levée du voile corporatif lorsque des corporations ont des activités très reliées. Cette affaire sera toutefois interprétée différemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans BG Preeco I (Pacific Coast) Ltd. c. Bon Holdings Ltd et al²¹². Selon le juge Seaton, l'affaire Manley établit effectivement le principe de l'unité économique en droit canadien, mais que ce principe ne pourra être retenu dans le cas où il est question d'interpréter un contrat : «While the group enterprise theory may be successful on certain facts, no cases were cited which would, through this theory, make one company liable for its associated company's contracts»²¹³. On se rappelle qu'un raisonnement similaire avait été invoqué dans Taillefer c. Services immobiliers Syst-M.A. Real Inc.²¹⁴, où la cour a jugé que lorsqu'il y avait un contrat écrit entre des parties, on ne pouvait leur imputer une intention différente de celle qui était exprimée dans le contrat. Pour le moment, il est difficile d'établir qu'elle règle sera préférée.

Au Québec, le principe de l'unité économique ne semble pas avoir le même traitement. La Cour d'appel a considéré le principe dans l'affaire PEMP Inc. c. Leblanc²¹⁵. En l'espèce, Leblanc a investi dans le marché des valeurs mobilières auprès de Les conseillers en placement PEMP Inc. (CPP) (ci-après «CPP») et PEMP Inc. Ces derniers ne sont pas des conseillers en placement mais sollicitent des clients pour CPP. Les contrats en questions prévoient que CPP effectue les tâches d'investissement conformément à la Loi sur les valeurs mobilières. Leblanc prétend que les contrats ne sont pas valides parce que PEMP Inc. n'est pas autorisée à effectuer des investissements en vertu de la loi en question. Leblanc prétend également que les deux

²¹⁰. Précitée, note 208, 279.

²¹¹. H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, p. 28.

²¹². [1989] 4 R.P.R. (2d) 74.

²¹³. Précitée, note 212, 85. L'affaire BG Preeco concerne une transaction immobilière où les acheteurs ont endossé une offre d'achat au nom d'une corporation qui n'avait pas de fonds alors qu'ils ont fait des représentations au vendeur que l'acheteur était une autre compagnie au nom semblable qui avait un avoir considérable. Le vendeur voulait qu'on reconnaisse les deux compagnies comme faisant partie d'une seule unité. L'affaire BG Preeco est commentée dans P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 36.

²¹⁴. Précitée, note 191.

compagnies sont si intimement liées qu'elles n'en font qu'une. La Cour d'appel rejette cet argument :

Il ne suffit pas pour lever le voile corporatif, de conclure que CPP et PEMP ne formaient qu'une seule compagnie, que les contrats liant les clients à PEMP et à CPP étaient regroupés en un seul document, que les deux entreprises étaient dirigées par les mêmes personnes. Il faut davantage. Il faut la conviction que l'existence des deux compagnies n'est qu'un artifice utilisé pour permettre à l'une de se soustraire à ses obligations contractuelles ou légales, ce qui n'est pas le cas ici. En effet, chacune des deux appelantes exerce une activité bien définie et il n'y a pas eu fraude.²¹⁵

On remarque que le langage utilisé par le juge Chamberland nous ramène aux critères de l'article 317 du CCQ qui édicte clairement que les seuls motifs de levée du voile corporatif sont la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle d'ordre public. L'intention frauduleuse doit être prouvée et la théorie de l'unité économique ne sera pas suffisante pour lever le voile corporatif²¹⁷.

Les professeurs Welling et Gower ne considèrent pas que la théorie de l'unité économique mérite application. Nous croyons aussi qu'il s'agit d'un principe mal fondé qui permet de mettre de côté le voile corporatif sans raisons valables. À notre avis, les décisions comme DHN Food Distributors Ltd. auraient dû être tranchés en suivant les principes du mandat. Nous croyons qu'une analyse des faits aurait pu démontrer que les filiales Bronze et DHN Transport avaient l'autorité de lier la compagnie mère et qu'il existait donc une relation mandant/mandataire entre ces entités²¹⁸. La décision Nedco Ltd. a été influencée par le fait que Nedco Ltd. occupait le même édifice que sa compagnie mère. C'est probablement ce lien physique plutôt qu'une relation légale qui a emporté la décision du juge. Il aurait pu être physiquement difficile de contrôler l'accès aux locaux de l'une des corporations. C'est probablement ce que décrit le juge Culliton

²¹⁵ . J.E. 95-1727.

²¹⁶ . Précitée, note 215, 884.

²¹⁷ . Notons toutefois la dissidence du juge Baudouin dans cette affaire qui croit que le voile corporatif aurait dû être levé parce que les activités de PEMP et CPP contrevenaient à une règle d'ordre public (voir page 884). Notons aussi que certaines décisions québécoises antérieures étaient favorables à l'application de la théorie de l'unité économique; voir Young c. Consumers Cordage Co., (1898) 7 B.R. 67, et Air-Care Ltd. c. Blais, [1964] C.S. 241.

²¹⁸ . Cette conclusion peut être supportée par le fait qu'il n'y avait pas de contrat entre DHN Transport et la corporation mère pour l'utilisation des camions, mais celle-ci utilisait les véhicules à ses fins. La compagnie mère utilisait également le terrain pour ses opérations sans permission particulière de Bronze.

lorsqu'il dit qu'il y a des circonstances particulières qui influence sa décision. Nous croyons donc que la portée de ce jugement est très limitée. En ce qui a trait à l'affaire Manley Inc., il n'aurait même pas été nécessaire de discuter de la levée du voile corporatif entre la filiale canadienne et la corporation mère. La preuve démontre que Fallis a enfreint son obligation de «fiduciaire»²¹⁹ envers son employeur en vendant les produits des compétiteurs. C'est uniquement sur cette prémisse qu'aurait dû s'appuyer le jugement.

Les principes aléatoires comme ceux de l'unité économique ne devraient pas être retenus. Les tribunaux doivent lutter contre cette tendance à justifier toutes les conclusions par la levée du voile corporatif. Si une filiale a les mains et les pieds liés au point où ses agissements ne sont pas les siens, il ne faut pas conclure que les deux corporations sont assimilées l'une à l'autre mais plutôt prouver que l'une est le mandant de l'autre. Rien ne doit justifier le non-respect de la personnalité distincte d'une corporation (sauf où l'article 317 CCQ est applicable), et surtout des créations jurisprudentielles comme l'unité économique qui enfreint clairement les lois corporatives.

Section 3.02 - Critère de l' «objectif fautif»

«The result in individual cases may be commendable, but it smacks of palm-tree justice rather than the application of legal rule.»

- Gower, L.C.B.

Dans la présente section, il est question d'identifier les situations où le tribunal a décidé que la corporation existe dans un but de commettre un geste illégal ou de mauvaise foi. Par exemple, un actionnaire tente de se servir de la corporation pour des objectifs douteux (contourner une situation, tromper une tierce partie, etc.). La cour ne permettra pas l'utilisation de la corporation pour des fins semblables, surtout si une tierce partie honnête et de bonne foi fait les frais de la supercherie de l'actionnaire. Il sera ici question de situations d'équité, de justice sociale et de la protection de certaines valeurs de la société. Ce désir de vouloir se faire le défenseur de l'opprimé fait sûrement beaucoup pour l'image de la cour mais n'a malheureusement pas de fondement en droit. On profite de cette apparente disparité entre des parties pour justifier l'ignorance de la personnalité distincte de la corporation et imputer une

²¹⁹ . Ce terme est utilisé au sens de la common law.

responsabilité personnelle à l'actionnaire. Comme le souligne le professeur Gower dans la citation ci-haut, cette approche est sûrement louable dans certaines situations mais ne fait rien pour établir un régime de justice où les principes de lois sont respectés.

Nous avons identifié trois groupes de décisions qui utilisent le principe de l'objectif fautif pour lever le voile corporatif, soit 1) les situations où la corporation est utilisée pour se soustraire à des obligations de nature légale; 2) les situations où la fraude est présente; et 3) les situations où la levée du voile corporatif est permise pour assurer l'équité et la justice. Notons que les situations où la fraude est présente ont été discutées dans la Partie III de notre travail où nous avons parlé de l'article 317 du nouveau CCQ qui identifie la fraude comme un motif légitime permettant la levée du voile corporatif. Cette discussion devrait être considérée comme faisant partie de la présente section. Encore une fois, notre regroupement des diverses situations où les tribunaux ont justifié la levée du voile corporatif a été basé sur notre propre analyse de ces décisions. Il arrive très souvent que les motifs de levée du voile corporatif s'entrecroisent ou s'accumulent dans une même décision mais nous sommes d'avis que notre sélection couvre l'ensemble des possibilités en la matière.

Section 3.02.1 - Les obligations légales

*«We find nothing in the Act itself which allows the court to lift the corporate veil ...»
- J. A. McDermid*

L'auteur québécois Paul Martel est le seul à commenter les décisions qui soulèvent le voile corporatif dans les circonstances où l'actionnaire utilise la corporation pour se soustraire à ses obligations légales²²⁰. Pourtant, ce type de décision est bel et bien documenté dans la jurisprudence. Il s'agit de situations où une loi quelconque impose une obligation à un actionnaire que ce dernier tente d'éviter en se cachant derrière la corporation. Le seul fait qu'un geste soit défendu à l'actionnaire serait suffisant pour empêcher que le même geste soit effectué par une corporation dont l'actionnaire ferait partie. Il n'est pas nécessaire de démontrer autre chose que la participation de l'actionnaire dans la corporation fautive et d'identifier la législation qui s'impose. Nous avons noté certaines des décisions qui discutent de cette approche au

soulèvement du voile corporatif. Nous verrons qu'elle est particulièrement populaire dans le domaine du droit de la famille. Nous verrons également que la technique n'a pas beaucoup de succès.

Une des premières décisions à faire appel au principe de l'évitement de l'obligation légale est celle de Bernier c. Dequoy²²¹. Le défendeur est propriétaire d'un club athlétique qu'il a vendu à Bernier. Ce club possède un permis l'autorisant à vendre de l'alcool le dimanche, ce qui était défendu aux bars et autres établissements de ce genre. Quelques mois après la vente, Bernier tente sans succès de renouveler le permis d'alcool. Il intente une poursuite contre Dequoy pour révoquer le contrat, plaidant qu'il n'a pas reçu ce qui lui a été promis puisqu'il ne peut opérer le club sportif sans le permis. En soi cette poursuite ne porte pas sur la levée du voile corporatif. Il s'agit simplement d'une poursuite pour exécution des obligations d'un contrat entre deux individus. Toutefois, le juge Curran ne voit pas l'affaire de la même façon. Il profite de son jugement pour exprimer son opinion sur les activités du club sportif en vertu de l'article 12 de la Loi sur les permis d'alcool :

These transactions between Bernier and Dequoy reveal one of the schemes adopted by certain persons for defrauding the law, and enabling them to sell intoxicating liquors on Sunday when the traffic cannot be carried on in their saloons.²²²

En vertu de la loi, les clubs sportifs pouvaient vendre de l'alcool le dimanche s'ils rencontrent plusieurs critères (le profit des ventes devait revenir aux membres du club, les membres doivent être élus en suivant une procédure prescrite, etc.). En l'espèce ni Dequoy, ni Bernier, ni le club ne rencontre les critères prescrits et de l'avis du juge Curran : «a more flagrant case of violating the law, under the cloak of letters patent, cannot well be imagined than in the present instance»²²³. Le juge Curran ne fit aucune distinction entre le club sportif comme entité incorporée et donc ayant une personnalité distincte de Dequoy et Bernier. Pour lui, l'activité du club sportif est en contravention de la loi et ni Dequoy ni Bernier ne peuvent bénéficier de l'appui de la cour pour valider le contrat de vente du club.

²²⁰ . Voir P. MARTEL, loc. cit., note 22, 450; et P. MARTEL et M. MARTEL, op. cit., note 19, p.

42.
²²¹ . (1908) 33 R.J.Q. 237.

²²² . Précitée, note 221, 238.

²²³ . Précitée, note 221, 239.

Plusieurs décisions en matière de séparation de biens tentent d'utiliser le principe de l'évitement d'obligations légales. Dans plusieurs de ces cas, on veut donner une interprétation large aux législations sur la séparation des biens pour inclure les biens d'une corporation avec ceux d'un des époux. L'affaire Ludlow c. McGraw et McGraw Poisson frais et congelés Ltée²²⁴ résume des décisions de ce genre²²⁵. Madame Ludlow et le défendeur se séparent en 1971 et divorcent en 1977. Pendant les vingt-trois ans de leur mariage, ils ont travaillé à diverses entreprises. Pendant leur séparation, une de ces entreprises fait des profits énormes et madame Ludlow tente de faire inclure une partie des biens de cette entreprise dans la séparation des biens du mariage. La demanderesse s'appuie sur l'article 42 de la Loi sur les biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick qui édicte que la contribution d'un conjoint donne naissance à un droit sur les biens. Toutefois, l'article 42 ne peut recevoir application que lorsqu'il existe un différent «entre conjoints ou ex-conjoints». La cour sera d'avis que les biens de la corporation, qui est une entité distincte de ses actionnaires, ne peuvent être inclus dans l'évaluation des biens du couple. Le juge Boisvert s'appuiera sur la décision de Singer

²²⁴. (1985) 64 N.B.R. (2d) 372.

²²⁵. Voir l'affaire Re Butzelaar, [1978] 3 W.W.R. 435 où l'époux possédait 50% des actions d'une corporation qui était propriétaire de divers terrains. L'épouse n'a pas réussi à inclure les terrains dans les actifs du mariage parce que la cour a respecté la personnalité distincte de la corporation. Le juge exprime toutefois que son jugement aurait peut-être été différent si l'époux aurait été l'actionnaire unique de la corporation : «Considering the speciality legislation that I believe s. 22 to be, in the sense of being directed to the division of matrimonial property between husband and wife based upon the contributions made in any form whatever regardless of legal or equitable title as between them, it is possible that a so-called piercing of the corporate veil might be justified in the case of a one-man company as an exception to the rule in the Salomon case, supra, because to follow the rule of that case in such a situation might lead to a result "fragrantly opposed to justice". I go no further than to raise the question and I leave it open for consideration on an occasion when it is squarely before the court». Voir aussi Singer c. Singer, (1979) 97 D.L.R. (3d) 562, qui s'appuie sur l'affaire Butzelaar pour respecter la personnalité distincte d'une corporation dont l'époux est actionnaire unique ou principal. L'épouse réclamait l'inclusion d'un développement dans les actifs du mariage, l'époux étant actionnaire d'une corporation propriétaire de ce terrain. Le juge Callaghan exprima l'avis que l'épouse pouvait réclamer un droit dans les actions détenues par son époux mais pas dans les actifs de la corporation : «The law in Ontario is the same and in a case such as this, the defendant Singer has no interest in the land but merely an interest in the shares of the corporate body owing the land», voir jugement à la page 566. Notons aussi l'affaire Gabriel and Keith of London & Boutique Ltd. c. Gabriel, (1980) 12 Alta. L.R. (2d) 1, où l'épouse tentait d'inclure les biens de la corporation détenue par son époux aux fins de la séparation des biens. L'épouse argumentait, entre autres, que la corporation devait rester une partie à l'action pour permettre d'identifier les biens de celle-ci et permettre une détermination subséquente des biens du couple. Le juge McDermid de la cour d'appel a refusé cet argument parce que l'épouse était actionnaire et directeur de la corporation et que cette position lui permettait d'obtenir les informations nécessaires.

c. Singer²²⁶ pour trancher comme suit «à mon avis, la loi n'a pas pour objet de lui conférer un droit dans un avoir non familial qui appartient à une corporation»²²⁷.

Une décision de la Cour supérieure du Québec donne peut-être une lueur d'espoir en ce qui a trait au traitement des biens matrimoniaux détenus par une corporation. Dans l'affaire Droit de la famille No. 444²²⁸, la cour a renversé une transaction lors de laquelle l'époux a transféré la propriété d'un immeuble à une corporation dont il était actionnaire et administrateur unique. Ce transfert a été effectué quelque temps avant le dépôt d'une requête en divorce et le juge y a vu une tentative de soustraire un actif du patrimoine familial :

Dans un tel cas, même si l'immeuble est enregistré au nom de la requérante (une corporation), c'est par pure fiction et il demeure toujours dans le patrimoine du mari. Au surplus, accorder la présente requête serait permettre à tout débiteur de se soustraire à des obligations et ainsi nier l'application d'un principe de droit.²²⁹

Il faut cependant distinguer cette décision de celles précitées en ce que le transfert de la propriété par l'époux de la plaignante avait été effectué dans le but unique de soustraire ce bien des actifs du mariage. Il n'y avait eu aucun transfert d'argent pour l'achat de la propriété et la corporation acheteuse était détenue entièrement par l'époux. Il y a donc un élément de fraude qui vient appuyer le non-respect de la législation. Pensons aussi à l'obiter du juge Hughes dans l'affaire Butzelaar²³⁰ où les actifs d'une corporation dont l'un des époux est actionnaire et administrateur unique font partie du patrimoine du couple. Le jugement en l'espèce ne fait pas référence à cette décision mais il est possible que le même type de raisonnement ait été retenu.

Dans une affaire impliquant l'interprétation des règles d'assignation d'un témoin, la cour soulève le voile corporatif pour forcer le président et actionnaire unique d'une compagnie à témoigner pour celle-ci. La décision de la Cour d'appel Gaudet c. Maguelone Construction Ltée et al²³¹ démontre une logique certaine mais a tout de même pour effet de mettre de côté le voile corporatif. En l'espèce, le président et

²²⁶ . Précitée, note 225.

²²⁷ . Précitée, note 225, 379.

²²⁸ . J.E. 88-246.

²²⁹ . Précitée, note 228, 103.

²³⁰ . Précitée, note 225.

actionnaire unique de la défenderesse est disparu et même ses procureurs ne peuvent le localiser. En vertu de l'article 75.1 du Code de procédure civile du Québec, si «une partie» défenderesse refuse de se soumettre à un interrogatoire, on peut demander à la cour de rejeter la défense et donner raison à la demanderesse. Les procureurs de la défenderesse soutiennent que le mot «partie» ne vise que la défenderesse elle-même et ne peut s'étendre à une tierce partie comme l'actionnaire et président de la corporation. La cour rejette cet argument :

Dans le cas de la personne morale jouissant d'un statut juridique, comme il s'avère qu'on ne peut lui poser de questions, l'article 398 a prévu qu'alors c'est son agent, son employé ou un de ses officiers qui est appelé à la représenter pour l'interrogatoire. Cet agent, employé ou officier devient alors identifié à la partie comme s'il s'agissait d'une personne physique.²³²

Bien sûr, ce raisonnement est logique puisque la corporation ne peut pas témoigner par elle-même et qu'elle a besoin d'une personne physique pour la représenter. Il n'empêche que la levée du voile corporatif a été effectuée sans que cette démarche ne soit prescrite dans le Code de procédure. Nous sommes d'accord avec le résultat final de cette décision. Ce que nous regrettons est que l'on ait encore une fois invoqué la levée du voile corporatif comme moyen de régler la situation. Il nous apparaît qu'une motivation plus à propos aurait été de dire simplement que le dénommé Biocca, président et actionnaire unique de la corporation défenderesse, était le seul apte à offrir le témoignage pour la corporation étant donné son implication dans les travaux qui ont causé les dommages au demandeur. Il n'y aurait alors pas eu lieu de mettre en doute la personnalité distincte de la corporation.

Les décisions qui décrivent la levée du voile corporatif pour permettre à l'actionnaire de se soustraire à une obligation de nature légale ne sont pas nombreuses mais méritent d'être soulignées. À notre avis, ces décisions ne méritent pas toutes d'être suivies, en particulier l'affaire Bernier où la décision est basée plus sur l'opinion du juge sur la consommation d'alcool le dimanche que sur des principes de droit légitime. Les décisions sur la séparation de biens du patrimoine matrimonial sont positives en ce qu'elles appuient la personnalité distincte de la corporation de ses actionnaires et

²³¹ . [1992] R.J.Q. 3.

²³² . Précitée, note 231, 6.

suivent le principe approprié. Malheureusement, ces décisions nous laissent avec l'impression que justice n'a pas été rendue. Dans la majorité des décisions que nous avons révisées jusqu'à présent, la cour a souvent levé le voile corporatif pour des motifs qui relèvent de la justice sociale. Cela deviendra encore plus évident dans les sections portant sur la fraude et l'équité. Pourtant, la cour ne semble pas estimer que l'ex-épouse d'un actionnaire est une partie qui peut être lésée par la présence du voile corporatif.

Section 3.02.2 - La fraude

*«... enchevêtrer ses affaires pour en sortir toujours gagnant
en s'entourant d'hommes de paille ...»*

- J. D. Grenier

Nous avons déjà discuté de la notion de fraude comme motif de levée du voile corporatif dans la section sur la levée par voie statutaire. Nous avons alors traité de quelques décisions qui démontraient en quoi consiste la fraude en vertu de l'article 317 du CCQ. Nous savons également que devant les tribunaux de common law, la fraude a été reconnue comme un motif légitime de levée du voile corporatif. Les Britanniques et les Américains abordent l'attribution de la fraude d'une façon différente des tribunaux canadiens et nous allons souligner brièvement leurs approches. Nous allons ensuite établir une définition de la fraude applicable en droit canadien qui permettra d'identifier clairement ce type d'infractions. Pour finir, nous analyserons divers jugements afin de déterminer si la levée du voile corporatif pour motif de fraude est légitime en common law.

La plupart des juridictions de common law ont établi leur propre définition de la fraude corporative comme infraction civile. Pour les Britanniques, la fraude est définie dans plusieurs statuts, entre autres, dans la «Companies Act», et la «Insolvency Act». Selon ces deux législations, on doit clairement démontrer l'intention de l'individu de vouloir cacher quelque chose ou poser un geste frauduleux : «actual dishonesty involving, according to current notions of fair trading among commercial men, real moral blame»²³³. On remarque deux choses dans cette définition : premièrement que son

²³³ . L.C.B. GOWER, *op. cit.*, note 9, p. 112.

application est relativement subjective parce qu'elle tient à des critères moraux de la société; et deuxièmement on remarque que l'intention de l'individu a un rôle prépondérant. Cette intention peut s'inférer si une compagnie continue de contracter des dettes alors qu'elle sait qu'elle ne pourra pas les payer, mais ne peut se déduire du fait que la compagnie aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Une révision des faits aidera la cour à déterminer l'intention de l'individu accusé d'actes frauduleux.

Pour les Américains, la fraude prend le caractère d'une fausse représentation. Posner prétend que les décisions faisant appel à l'alter ego, au mandat et à l'instrumentalité pour soulever le voile corporatif sont plutôt assimilables à des fausses représentations²³⁴. Il favorise beaucoup cette approche parce qu'il estime qu'elle est la plus générale et qu'elle s'applique à plusieurs situations. Posner reconnaît que le test de la fausse représentation peut être aussi difficile à appliquer que les autres tests subjectifs proposés pour établir la fraude, soit les coutumes et l'opinion de la société. Il propose plutôt de baser le test non pas sur ce que le créancier croyait lorsque l'actionnaire a fait sa représentation, mais sur ce qu'un créancier agissant raisonnablement aurait cru dans les circonstances particulières. Ce test est relativement similaire à celui de la personne raisonnable que nous connaissons mais qui, à notre connaissance, n'a pas été appliqué dans la jurisprudence canadienne par rapport au voile corporatif. Posner pousse plus loin son raisonnement et suggère de responsabiliser l'actionnaire personnellement lorsque ce dernier a laissé croire que les actifs de la corporation étaient les siens ou qu'ils seraient disponibles pour garantir sa créance :

In general, a corporation's creditors should be allowed to reach a shareholder's assets when the shareholder, whether an individual or another corporation, has represented to the creditor that those assets are in fact available to satisfy any claim that the creditor may assert against the debtor corporation.²³⁵

²³⁴ . R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38, 522, où l'auteur souligne plusieurs décisions américaines où le tribunal a été influencé par les fausses représentations de l'actionnaire pour éluder ses créanciers.

²³⁵ . R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 40, 521.

Si l'actionnaire a agi de la sorte, on pourrait déduire qu'il a lui-même ignoré le voile corporatif et qu'il ne peut plus en plaider la protection²³⁶. Il faut toutefois avouer que ce raisonnement aura une application limitée. L'actionnaire qui désire exploiter la protection de la corporation dévoilera rarement son jeu.

Au Canada, la définition de la fraude est semblable à celle utilisée en Angleterre, sauf qu'elle ne trouve pas d'expressions concrètes dans la législation (sauf pour le Code criminel). Une étude de la fraude en droit criminel dépasse les paramètres de notre travail²³⁷ mais nous croyons utile de mentionner qu'une quarantaine d'articles du Code criminel traitent de la fraude. Dans la définition principale qu'on retrouve à l'article 380, on dit que la fraude prend place lorsqu'une partie est malhonnête ou trompeuse²³⁸. De telles expressions ne peuvent être définies que par les tribunaux particuliers : «and it is left to jurors to apply the standard of ordinary decent people to decide if a particular act is dishonest»²³⁹. Nous avons déjà vu qu'en vertu du CCQ, la fraude inclut le dol et une intention de tromper²⁴⁰. La fraude en common law contient des éléments semblables :

An intentional perversion of truth for the purpose of inducing another in reliance upon it to part with some valuable thing belonging to him or to surrender such legal right. A false representation of a matter of fact, whether by words or by conduct, by false or misleading allegations, or by concealment of that which should have been disclosed, which deceives

²³⁶ . Certaines décisions ont appliqué ce principe, voir Silverman c. Heaps, [1967] C.S. 536; Dempsey c. Canadian Pacific Hotels Ltd., [1984] C.S. 752; Béland-Abraham c. Crown Cie d'Assurance-Vie, J.E. 85-823, Les Immeubles Noël et André Inc. c. Bélanger, [1993] R.D.J. 267.

²³⁷ . Voir à ce sujet J.H. FARRAR, «Fraud, Fairness and Piercing the Corporate Veil», (1990) 16 Can. Bus. L.J. 474; W.H. JARVIS, *loc. cit.*, note 62; H. YAROSKY, *loc. cit.*, note 62; et D. LANHAM, M. WEINBERG, K.E. BROWN et G.W. RYAN, Criminal Fraud, Toronto, The Law Book Company Limited, 1987, p. 629.

²³⁸ . Voir E.L. GREENSPAN et M. ROSENBERG, Martin's Annual Criminal Code, Toronto, Canada Law Book, 1997, à l'article 380(1) : «Everyone who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security ...». Notez que pour prouver cette infraction, on doit démontrer l'intention de l'accusé à vouloir frauder.

²³⁹ . R. BRENNER et L. COURVILLE, Fraud among Buyers and Sellers: Social, Legal and Market Remedies, Montréal, Département de Science économique et Centre de recherche en Développement économique, Université de Montréal, 1984, p. 58.

²⁴⁰ . Selon P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22, 455, «la fraude vise vraisemblablement la fraude au sens du Code criminel, soit le fait par supercherie, mensonger ou autre moyen dolosif de frustrer le public ou toute personne, déterminée ou non, d'un bien ou d'argent». Noter aussi qu'en cas de fraude, l'article 316 du Code civil du Québec permet à tout intéressé de tenir les fondateurs, administrateurs, les autres dirigeants et les membres de la personne morale qui ont tiré profit de la fraude personnellement responsable des dommages qu'ils puissent avoir subi. Cet article est discuté dans BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 71, p. 206.

and is intended to deceive another so that he shall act upon it to his legal injury... «Bad faith» and «fraud» are synonymous, and also synonyms of dishonesty, infidelity, faithlessness, perfidy, unfairness, etc... As distinguished from negligence, it is always intentional.²⁴¹

Cette définition de la fraude contient quelques éléments subjectifs comme la malhonnêteté et l'infidélité. Par contre, elle contient également certaines conditions plus déterminantes. La définition nous indique que la fraude aura lieu lorsqu'une déclaration ne représente pas les faits, lorsqu'on tente de camoufler les faits ou qu'on omet de les dévoiler. Ce sont là des critères objectifs qui laissent moins de place à l'interprétation ou à l'application d'une norme ambiguë de la société. La fraude prend alors un caractère plus concret si on le compare aux normes de moralité de la société²⁴².

Les tribunaux ne semblent toutefois pas se préoccuper d'une définition claire de la fraude lorsqu'ils considèrent la levée du voile corporatif pour ce motif. Pour la cour, c'est l'objectif de la corporation et son utilisation par l'actionnaire qui sont les facteurs déterminants. Prenons comme exemple l'affaire Fern Brand Waxes Ltd. c. Pearl et al²⁴³. Le défendeur Pearl était l'actionnaire unique de deux corporations qui font l'acquisition d'actions dans la corporation demanderesse. Le défendeur Pearl obtient différents prêts de ces deux corporations pour payer les actions à même les fonds de la demanderesse, ceci à l'insu des autres actionnaires de la demanderesse. Lorsque ces derniers prennent connaissance des prêts, ils en réclament le paiement immédiat avec intérêt ainsi que le paiement des profits réalisés sur la revente des actions. Le défendeur retourne plutôt les actions et refuse de payer les prêts. Le défendeur argumente que les prêts ont été effectués aux deux corporations dont il est actionnaire et qu'il n'est pas responsable personnellement de leurs dettes. La cour n'accepte pas ce raisonnement

²⁴¹ . H.C. BLACK, Black's Law Dictionary, Minnesota, West Publishing Co., 1979, p. 1511.

²⁴² . Il est important de rappeler ici que le geste frauduleux doit être celui de l'actionnaire et non de l'administrateur. Cette précision est importante puisque dans la plupart des cas, ce sont les administrateurs qui effectueront des démarches auprès des créanciers ou des tiers et qui souvent poseront les gestes fautifs. Dans ces cas, il ne doit pas être question de lever le voile, la responsabilité de l'administrateur étant enjointe sur la base des règles du mandat. La distinction est importante lorsqu'on lit le passage suivant que l'on retrouve dans A. BOHÉMIER et P.P. CÔTÉ, op. cit., note 104, p. 41 : «Dans un cas de fraude par exemple, pour déclarer la compagnie coupable, il faut établir que la faute de ses dirigeants est assimilable à une faute de la compagnie elle-même; la personne juridique et les personnes physiques sont alors confondus». L'utilisation de mot «dirigeant» est regrettable puisqu'elle peut laisser croire que c'est le geste frauduleux de l'administrateur qui permet la levée du voile corporatif.

²⁴³ . [1972] 3 O.R. 829.

étant plutôt d'avis que la fraude de Pearl l'empêche de se cacher derrière le voile corporatif de ses deux compagnies :

One can only conclude that the appellant has used his fiduciary position and the two companies which he controlled and were his alter ego to complete his fraud and make large profits with the increased value of the shares, all at the expense of the plaintiff. The defendant Albert Pearl should not be allowed to profit from this breach of trust and in these circumstances, the corporate character of his two companies, the defendants Tawlak and AP Management, is no shield to such conduct as each was his instrument and used to divert funds for his own purposes from his principal.²⁴⁴

En l'espèce, la cour d'appel n'a pas permis au défendeur Pearl d'utiliser les deux compagnies qu'il contrôlait pour faire des profits aux dépens d'une tierce partie de bonne foi. Le fait que des tiers aient été lésés par la démarche de Pearl semble avoir influencé la cour²⁴⁵. Cet élément est repris dans une situation similaire, soit Pacific Rim Installations Ltd. c. Tilt-Up Construction Ltd. et Classic Tilt-Up Designs Ltd.²⁴⁶, où la cour a déclaré :

I think there is sound reason to do so here (lever le voile corporatif), since blindly to ignore that both Tilt-Up and Classic are the alter ego of Mr. Tremblay would result in a wholly unconscionable manipulation by this principal to avoid payment of the plaintiff's claim.²⁴⁷ (L'ajout est de nous.)

Ce qui est surprenant dans ces deux jugements est que l'on a cru nécessaire de discuter du voile corporatif. Il nous apparaît qu'un tiers lésé peut obtenir compensation pour ses pertes sous le principe de la responsabilité délictuelle, en particulier la fausse représentation. Il est clair que la conduite des défendeurs dans les deux causes précitées était non seulement frauduleuse mais qu'ils ont fait des déclarations causant des dommages à des tiers. Ce principe permet à un tiers lésé de réclamer les dommages qu'il a subis sans qu'il soit nécessaire de disséquer la composition de la corporation.

²⁴⁴ . Précitée, note 243, 836.

²⁴⁵ . Cette décision est commentée dans H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, p. 27

²⁴⁶ . (1978) 5 B.C.L.R. 231.

²⁴⁷ . Précitée, note 246, 234. Dans cette affaire, la demanderesse a effectué des travaux pour le compte de la défenderesse Tilt-Up alors que les fonds du projet sont versés à la défenderesse Classic. La demanderesse n'a même pas plaidé la levée du voile corporatif mais base son action sur le fait que l'actionnaire unique des deux corporations défenderesses a laissé croire à la demanderesse que Tilt-Up était responsable du projet de construction.

Il en est de même dans l'affaire Big Bend Hotel Ltd. c. Security Mutual Casualty Company (Security Mutual Insurance Company) et al and Reed Shaw Stenhouse Limited²⁴⁸. Un dénommé Kumar est actionnaire unique d'une corporation propriétaire d'un hôtel. Cet hôtel est détruit par un incendie et Kumar le reconstruit par le biais d'une autre corporation, la demanderesse. Dans sa déclaration à l'assureur du nouvel hôtel, Kumar néglige de mentionner l'incendie de son premier établissement. Quelque temps plus tard, le nouvel hôtel est aussi détruit par les flammes. L'assureur refuse de payer des dommages parce que Kumar a omis de dévoiler le premier incendie. La cour refuse de compenser la demanderesse car selon elle :

Here, Vincent Kumar clearly omitted to disclose a fact which he knew was material to the insurers and such failure to disclose is fraudulent. In these circumstances, it is appropriate to lift the corporate veil; equity will not allow an individual to use a company as a shield for improper conduct or fraud.²⁴⁹

À notre avis, ce raisonnement du tribunal est douteux. Les faits démontrent que la première clause du contrat d'assurance prévoit que l'assuré a une obligation de dévoiler tous les faits matériels et que le camouflage de tels faits est considéré comme une fraude ou une «omission frauduleuse». Les faits démontrent également que Kumar est conscient que sa police d'assurance ne sera pas émise s'il dévoile le premier incendie. Dans de telles circonstances, la cour aurait dû se contenter d'interpréter le contrat d'assurance sans extrapoler sur la nature de la corporation²⁵⁰.

Dans une autre ligne d'idées, le tribunal a parfois utilisé les lois corporatives pour justifier la levée du voile corporatif pour motif de fraude. Dans l'affaire Wolfe c. Moir²⁵¹, il s'agit d'une réclamation en dommage par un jeune homme ayant subi des blessures alors qu'il fréquentait l'établissement des défendeurs. Ces derniers argumentent que l'action est mal fondée parce que l'établissement en question appartient à une

²⁴⁸ . (1980) 19 B.C.L.R. 102.

²⁴⁹ . Précitée, note 248, 109.

²⁵⁰ . Cette décision est commentée dans B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 121. Welling croit que si le propriétaire de l'hôtel était un particulier au lieu d'une corporation, la décision dans l'affaire Big Bend serait illogique. Si l'opérateur savait qu'une personne clé dans l'opération de l'hôtel était un pyromane reconnu, cette connaissance serait sans aucun doute considérée comme un fait matériel influençant l'assureur. Il ne serait pas nécessaire de prouver que l'opérateur et le gérant ne faisaient qu'une seule personne, et il ne serait pas nécessaire de lever le voile corporatif.

²⁵¹ . (1969) 69 W.W.R. 71.

corporation autre que les défendeurs, soit Chinook Sport Shop Ltd. Ce nom n'apparaît pas dans la publicité ou dans les affaires courantes de l'établissement. Le tribunal fait appel à l'article 82 de la loi sur les compagnies de l'Alberta qui indique que le nom de la corporation doit apparaître sur toutes les communications (publicité, chèques, etc.) de la corporation. Puisque ce n'est pas le cas, la cour tranche comme suit :

Further, in my view, the effect of sec. 82(1)(b) of The Companies Act is that if a person chooses to advertise and to hold himself out to the public without identifying the name of a company with which he is associated, he runs the risk of being held personally liable.²⁵²

Le juge Sinclair appuie son raisonnement sur l'affaire Salomon où le juge Macnaghten indique que son appréciation favorable à la situation d'Aaron Salomon tient à ce qu'il a observé toutes les formalités de la loi sur les compagnies de l'époque²⁵³. La loi sur les compagnies de l'Alberta alors en vigueur ne comprend pas de disposition donnant à la corporation une personnalité distincte de ses actionnaires comme on en retrouve dans la LCQ ou la LSA²⁵⁴. On peut tout de même spéculer à savoir si on pouvait exiger le respect des articles qui traitent de ce sujet dans la LCQ et la LSA en se basant sur la décision du juge Sinclair. Il nous apparaît que tous les articles de la loi sur les compagnies doivent avoir le même poids. De plus, nous sommes d'avis que cette décision aurait pu être fondée sur la fausse représentation des défendeurs qui utilisaient différents noms pour camoufler leurs opérations.

Le juge Davidson dans l'affaire Lockharts Ltd. c. Excalibur Holdings Ltd. et al²⁵⁵ a utilisé une approche intéressante pour justifier la levée du voile corporatif lorsqu'il y a fraude. En l'espèce, la demanderesse a obtenu un jugement contre la corporation Baron Developments Ltd. Avant l'exécution du jugement, l'actionnaire unique de Baron en transfère tous les actifs à la défenderesse (corporation dont il est aussi l'actionnaire

²⁵² . Précitée, note 251, 74.

²⁵³ . Dans Wolfe c. Moir et al, précitée, note 251, 75, le juge Sinclair reprend ce passage de l'affaire Salomon : «All the usual formalities were gone through; all the requirements of the Companies Act, 1862, were duly observed».

²⁵⁴ . La structure de la loi sur les compagnies de l'Alberta est particulière, et cette particularité a été maintenue jusqu'en 1994 alors que cette loi a été remplacée par la loi sur les corporations commerciales. Dans la loi sur les compagnies, en particulier les articles 10 à 21, on énumère une liste exhaustive des pouvoirs de la compagnie. Ceux-ci permettent à la compagnie d'être propriétaire de biens réels et personnels, d'en faire l'acquisition, etc. On évite ainsi d'avoir à qualifier la personnalité de la compagnie puisque celle-ci est attribuable à ses pouvoirs.

²⁵⁵ . (1987) 83 N.S.R. (2d) 181.

unique). La demanderesse prétend que cette manœuvre est frauduleuse et exige le soulèvement du voile corporatif pour rejoindre les actifs de la défenderesse. Le juge Davidson indique d'abord qu'il croit que la fraude constitue un motif de soulèvement du voile corporatif. Il établit ensuite la démarche à suivre pour démontrer la fraude :

The sequence and nature of the documents and events raised a strong prima facie inference that the conveyance from Clayton Developments Limited to Excalibur was intended to defeat the rights of the plaintiff. It was incumbent upon the defendants to adduce evidence to rebut that inference. In my opinion, the defendants failed to meet that burden. The plaintiff has convinced me, on the balance of probabilities, having regard to the gravity of the finding that Mr. Harrison made use of Excalibur for a fraudulent and improper purpose.²⁵⁶

Si l'on en croit le juge Davidson, la personne qui invoque la levée du voile corporatif devra établir une preuve prima facie de la malhonnêteté de la corporation et de l'actionnaire. Le fardeau de preuve du plaignant est celui de la balance des probabilités. Une fois que ce fardeau de preuve est rencontré, c'est au défendeur que revient le fardeau de réfuter la preuve. C'est la première fois qu'un tribunal impute un fardeau de preuve à l'un ou l'autre des intervenants. Une telle approche est propre à l'imputation de responsabilité délictuelle à la personne ayant causé des dommages à une tierce partie et il nous apparaît que le juge Davidson a emprunté la bonne voie. Malheureusement, il poursuit son raisonnement par une discussion sur la levée du voile corporatif qui n'était pas nécessaire²⁵⁷.

Quelques décisions québécoises rendues avant le nouveau CCQ méritent d'être soulignées puisque à notre avis, elles démontrent encore une fois que la levée du voile corporatif n'est pas toujours nécessaire pour protéger les droits de tiers. Un premier exemple est celui de Ballas c. Grenier²⁵⁸. Le demandeur en l'espèce réclame le paiement d'une caution donnée par Grenier pour garantir un prêt accordé à Ballas par la Banque nationale. Cette dernière réclame paiement du prêt à Ballas qui à son tour réclame le remboursement au défendeur à titre de caution. Le tribunal procède à une analyse détaillée des faits pour conclure que :

²⁵⁶ . Précitée, note 255, 188.

²⁵⁷ . Cette décision est commentée dans H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, p. 26.

²⁵⁸ . J.E. 86-918.

Ce fait, ainsi que l'examen de la chronologie des événements, tous contrôlés par la même personne, le demandeur, obligent le Tribunal à accueillir la demande du procureur du défendeur, et à lever le voile corporatif.²⁵⁹

Sauf pour cette déclaration, le tribunal reste muet sur les motifs (abus de droit, fraude, ou autre) lui permettant de lever le voile corporatif. Sa référence à la chronologie des événements ne nous aide pas à mieux comprendre les motifs de levée du voile corporatif. Cette conclusion qui paraît arbitraire est d'autant plus malheureuse lorsqu'on constate qu'à la fin de la décision, le juge rejette l'action du demandeur en appliquant la théorie de la fin de non-recevoir. Il n'aurait donc pas eu lieu d'interpeller la levée du voile corporatif pour rendre la décision²⁶⁰.

Dans une affaire visant l'annulation d'une saisie avant jugement, Pilon Ltée c. Boivin²⁶¹, la Cour supérieure doit déterminer si les conditions fondamentales pour autoriser une saisie avant jugement ont été respectées. La demanderesse, contracteur principal d'un projet de construction, a fait l'achat d'équipements pour un de ses sous-contractants, le défendeur. Ce dernier fait défaut de rembourser la demanderesse pour l'équipement et celle-ci réclame une saisie des biens du défendeur. La preuve démontre que le défendeur a transigé avec la demanderesse sous le nom d'une corporation mais qu'il a camouflé les difficultés financières de celle-ci. La preuve démontre également que le défendeur avait l'intention de transférer ses actifs dans une autre corporation. Le tribunal est d'avis que la malhonnêteté du défendeur dans ses agissements avec la demanderesse justifie la levée du voile corporatif et, par conséquent, la saisie avant jugement des actifs des corporations dont le demandeur est actionnaire ainsi que des actifs personnels du demandeur. Il nous apparaît que si les conditions de la saisie avant jugement avaient été respectées comme l'indique le tribunal, était-il vraiment nécessaire de faire référence à la levée du voile corporatif? Peut-être que c'est le cas si on considère qu'à l'époque où a été rendu le jugement, le contenu de l'article 317 du CCQ était connu, bien qu'il n'était pas encore en vigueur. Les tribunaux étaient alors déjà influencés par le nouveau Code et la référence aux

²⁵⁹ . Précitée, note 258, 10.

²⁶⁰ . Cette décision est commentée dans P. MARTEL, loc. cit., note 83, 223; et dans P. MARTEL, «La personnalité juridique de la compagnie mise en péril», (1988) Droit Com. 1, à la page 7.

²⁶¹ . Précitée, note 82.

démarches frauduleuses du défendeur était peut-être pertinente dans ce contexte²⁶². Il nous apparaît toutefois que les critères de la saisie avant jugement ne rendaient pas nécessaire la référence à la levée du voile corporatif.

Dans l'affaire Fisher c. Albert²⁶³, la Cour d'appel du Québec ne s'est pas laissé tenter par l'utilisation erronée de la levée du voile corporatif pour régler une situation opposant un créancier et les actionnaires d'une corporation débitrice. La Cour d'appel a en effet appliqué les principes du mandat pour régler la situation. En première instance, la Cour supérieure a forcé les appelants à payer l'intimé pour les travaux de réfection effectués à un immeuble. En appel, les appelants soutiennent que l'immeuble est détenu par une corporation et que c'est elle qui doit assumer le paiement de la créance. Dans les faits, les appelants sont les actionnaires uniques de la corporation en question, et ils sont aussi personnellement locataires de l'immeuble. Le bail pour les locaux prévoit que les améliorations apportées à l'immeuble deviennent la propriété de la corporation à la fin du bail. La Cour d'appel a conclu qu'il incombe aux appelants de prendre responsabilité pour la confusion qu'ils ont créée quant à l'identité du propriétaire de l'immeuble et qu'il «leur incombait de voir à ce que les tiers avec qui ils traitaient soient clairement informés du fait qu'ils n'agissaient pas personnellement»²⁶⁴. À notre avis, le raisonnement du tribunal est exact. On n'a pas fait référence à la levée du voile corporatif mais plutôt aux principes du mandat. En effet, la Cour d'appel a conclu que si les individus qui avaient demandé les travaux agissaient comme mandataires de la corporation, ils devaient dénoncer leur mandat à l'intimé.

Encore une fois, nous croyons avoir démontré de façon convaincante que la levée du voile corporatif pour motif de fraude n'est pas la meilleure solution et que ces situations peuvent être réglées en faisant appel aux principes du droit contractuel ou délictuel. Presque tous les jugements que nous avons étudié dans la présente section font référence à l'affaire Salomon qui établit le principe de la personnalité distincte de la corporation. On dit à maintes reprises que ce principe est sacro-saint, mais on l'ignore

²⁶² . Un jugement de la Cour municipale de Montréal rendue le même jour adoptait déjà la terminologie du nouveau Code civil. En effet, dans Montréal (Ville de) c. Ligne Roset, Corbeil Maison meubles Inc., J.E. 94-1154, le juge Gaston tranche qu'«il n'y a pas lieu de lever le voile corporatif puisqu'il n'y a eu ni acte frauduleux, ni abus de droit, ni contravention à une règle d'ordre public, ni mauvaise foi de la débitrice de l'opposante ou de leurs actionnaires».

²⁶³ . J.E. 87-910.

²⁶⁴ . Précitée, note 263, 358.

ensuite en ayant recours à des motifs d'équité et de justice comme la fraude de l'actionnaire. Comme le professeur Welling, nous croyons que ce raisonnement n'est pas juste : «Analysts and judges who see corporate personality as a stumbling block must use proper legal rules to find the solutions they seek»²⁶⁵. Lorsqu'un tiers lésé par les démarches frauduleuses de l'actionnaire subit des dommages, il doit faire appel aux principes de la responsabilité délictuelle (soit par le biais de la fausse représentation ou de fausse déclaration) pour récupérer ses pertes. Lorsqu'il y a un lien contractuel entre les parties, il faut analyser l'intention des parties lors de la conclusion du contrat pour déterminer si ces conditions ont été remplies. Si l'actionnaire a fait de fausses représentations, il est clair que le contrat n'est pas valide et que les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient avant l'exécution du contrat. Comme nous l'avons démontré, on serait arrivé au même résultat juste et équitable en suivant ce raisonnement. Le résultat serait bien fondé en droit et plus prévisible pour le plaignant ou le défendeur que le recours à la fraude pour soulever le voile corporation. Bien sûr, avec l'entrée en vigueur de l'article 317 du CCQ, cette discussion n'a plus sa place dans cette juridiction civiliste puisque la levée du voile corporatif lorsqu'il y a fraude fait maintenant partie des principes légitimes du droit.

Section 3.02.3 - L'équité

«Epithetizing is a poor substitute for rationale analysis.»

- B. Welling.

Dans plusieurs situations où l'on applique la levée du voile corporatif, on constate que le tribunal tente de rectifier une injustice. On prétend que l'application de la loi dans son sens strict serait au détriment d'une personne de bonne foi. On fait alors appel à une autorité supérieure comme l'équité ou la justice sociale pour compenser les lacunes législatives. Martel exprime le mieux ce phénomène :

Partout, en matière de «voile corporatif», flottait un parfum indéfinissable d'équité. Quand ce parfum devenait trop capiteux (et ceci était purement subjectif, selon l'acuité olfactive de chaque juge!), tout à coup le tribunal se sentait justifié de passer outre les structures corporatives, de «lever le voile».²⁶⁶

²⁶⁵ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 122.

²⁶⁶ . P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 44.

Qui pourrait critiquer ces efforts louables de la magistrature pour être plus sensible envers une partie lésée et d'être attentive au résultat de ses décisions? La réponse est tout juriste qui croit en la primauté du droit plus qu'en l'inspiration ou la moralité temporelle des juges. Les lacunes de la levée du voile corporatif comme recours juridique sont particulièrement présentes dans les décisions où l'on se sert de l'équité pour utiliser ce recours. C'est ce type de décision que nous allons analyser dans la présente section. Nous verrons que les Américains sont maintenant maîtres de la doctrine de l'équité comme fondement légitime pour ignorer la personnalité distincte de la corporation, et que cette influence se fait sentir au Canada. Nous tenterons de démontrer que de tels principes ne peuvent pas être importés en droit canadien parce que l'équité et la justice sociale sont des concepts étrangers en common law, l'«equity court» des Britanniques n'ayant pas non plus été adoptée au Canada.

La levée du voile corporatif pour des motifs d'équité et de justice attire les commentaires les plus virulents des juristes, en particulier les professeurs Martel et Welling. Pour Martel, si les tribunaux n'ont toujours pas pu dégager une règle claire justifiant le soulèvement du voile corporatif, c'est qu'ils ne pouvaient pas le faire. Ils savent très bien que les législations corporatives confirment sans équivoque la personnalité juridique de la corporation et les tribunaux savent fondamentalement qu'ils ne peuvent pas passer outre à la législation. S'ils l'ont fait, Martel soutient que c'est par illogisme :

Ou la compagnie est une personne indépendante, ou bien elle ne l'est pas du tout. Il est tout à fait illogique de prétendre dans un même souffle que cette personne existe, mais que pour les fins de tel ou tel geste ou contrat, on peut faire comme si elle n'existait pas... Il n'était nullement nécessaire pour un tribunal de se réclamer d'un pouvoir nébuleux, «équitable» créé par la jurisprudence à coup bien souvent d'obiter dicta, de «soulever le voile corporatif» pour atteindre son objectif. Cela était non seulement inutile, c'était inadmissible.²⁶⁷

Martel met donc en question ce pouvoir dont s'est doté le tribunal pour invoquer l'équité comme fondement afin de permettre la levée du voile corporatif. Ses propos font écho à ceux du professeur Welling :

²⁶⁷ . P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 45.

There are, so far as I know, no broadly enforceable standards of «fair play and good conscience», at least in Canadian corporate law. Standards of sportsmanship and gentlemanly conduct have been enforced traditionally by one's teammates and by the opposition in the marketplace, not by referees and judges. To the extent that such standards are legally relevant, they apply only within the confines of the fiduciary obligations...²⁶⁸ (C'est nous qui souligne.)

Welling est donc d'avis que le seul domaine où l'on peut inférer qu'une ligne de conduite est légalement prescrite à un individu est au niveau de la relation fiduciaire (utilisé au sens de la common law) qui existe entre la compagnie et son administrateur. Ce dernier a un devoir fiduciaire d'agir de bonne foi et avec honnêteté, mais c'est le seul domaine où une obligation morale s'impose en droit corporatif. Welling et Martel s'objectent tous les deux à la tendance des tribunaux canadiens à vouloir suivre une décision américaine sur le pouvoir des tribunaux d'appliquer les règles de l'équité. La décision Pepper c. Litton²⁶⁹ établit en effet la doctrine du «Deep Rock»²⁷⁰ auquel fait appel certaines décisions canadiennes. Contrairement à ce qui est dit dans ces affaires, cette décision ne s'appuie pas seulement sur des principes d'équité mais surtout sur des principes de la fiducie, ce qui serait conforme à l'opinion avancée par Welling dans le passage précité.

La décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Pepper est des plus intéressantes. Le défendeur Litton est actionnaire unique d'une corporation qui doit de l'argent au demandeur. Quelques mois avant que le demandeur entame des démarches pour récupérer sa créance, Litton obtient un jugement contre sa corporation pour le paiement de certaines sommes en salaire. Lorsque Pepper obtient jugement contre la compagnie de Litton, ce dernier met la corporation en faillite. En vertu des lois sur la faillite, la créance de Litton a priorité sur celle de Pepper. Pepper conteste la créance de Litton en plaidant qu'elle résulte d'une manœuvre de Litton pour éviter de payer la créance de Pepper. Nous ne voulons pas ici faire une analyse des pouvoirs du tribunal américain de la faillite. Pour nos fins, il est suffisant de reprendre les propos de la Cour suprême américaine stipulant que ce tribunal a l'autorité de regarder la nature d'une

²⁶⁸ . B.L. WELLING, op. cit., note 33, p. 124.

²⁶⁹ . 308 U.S. 295.

²⁷⁰ . Notons que l'expression «Deep Rock» émane plutôt de la décision américaine Taylor c. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307, où la corporation Deep Rock Oil Corporation était la subsidiaire, discuté dans J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, op. cit., note 19, p. 186.

transaction pour établir sa validité et d'user d'une certaine équité dans ses démarches. Une révision des faits démontre que les manœuvres du défendeur visent clairement à éviter la créance de Pepper et qu'à ce titre : «its disallowance or subordination may be necessitated by certain cardinal principles of equity jurisprudence»²⁷¹. Si l'on en croit la Cour suprême des États-Unis, cette autorité serait propre au tribunal américain de la faillite et ce principe ne s'importe pas facilement en droit canadien²⁷².

Cependant, le jugement de la Cour suprême s'appuie surtout sur un autre principe auquel on fait rarement référence, celui de la responsabilité de fiduciaire de l'actionnaire envers la corporation : «A director is a fiduciary. *Twin-Lick Oil Company v. Marbury*, 91 US 587. So is a dominant or controlling stockholder or group of stockholders. *Southern Pacific Company v. Bogert*, 250 US 483»²⁷³. La cour explique alors les devoirs de l'actionnaire/fiduciaire de la façon suivante :

He who is in such a fiduciary position cannot serve himself first and his cestuis second. He cannot manipulate the affairs of his corporation to their detriment and in disregard of the standards of common decency and honesty. He cannot by the intervention of a corporate entity violate the ancient precept against serving two masters. He cannot by the use of the corporate device avail himself of privileges normally permitted outsiders in a race of creditors...²⁷⁴

On trouve l'équivalent de ces obligations d'un fiduciaire en common law et des responsabilités semblables sont imposées à l'administrateur du bien d'autrui ou au mandataire en droit civil. Le jugement de la Cour suprême prend une toute autre ampleur, puisqu'il ne s'appuie pas seulement sur un principe de l'équité qui peut être d'application douteuse en droit canadien. Il s'appuie plutôt sur un principe bien reconnu dans notre droit, soit la relation fiduciaire. Il est même conforme aux propos de Welling qui était d'avis que :

²⁷¹ . Précitée, note 269, 245.

²⁷² . Notons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans une situation similaire à celle de *Pepper c. Litton* est restée muette sur l'application de cette affaire en droit canadien, préférant baser son jugement sur d'autres articles de la loi sur la faillite portant sur la nature des sommes avancés par des actionnaires à une compagnie : «I prefer to say no more than that it should not be inferred that there is no such jurisdiction available. I would not wish to say anything which would encourage the view that the court does not have a long arm to prevent the kind of grossly unjust results which I think would have been achieved had the appellants succeeded in the position they took»; voir *Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd. et al.*, (1986) 7 B.C.L.R. (2d) 90, à la page 96.

²⁷³ . Précitée, note 269, 245.

To the extent that such standards are legally relevant, they apply only within the confines of the fiduciary obligations that corporate directors and officers owe to their corporations...²⁷⁵

Bien sûr, comme le souligne Welling dans le passage précité, au Canada, seul la relation entre l'administrateur et la compagnie peut être qualifiée de «fiduciaire». Ce concept n'a pas encore été étendu à la relation entre la corporation et l'actionnaire qui la contrôle. C'est peut-être là où les jugements canadiens qui importent la décision de Pepper font défaut. Au lieu d'interpréter ce jugement comme donnant un pouvoir à la cour d'imposer l'équité, on devrait l'utiliser pour justifier l'imposition d'un devoir de fiduciaire à l'actionnaire²⁷⁶.

Regardons maintenant comment les tribunaux canadiens traitent de la levée du voile corporatif pour des motifs d'équité. Deux décisions de la Cour suprême du Canada traitent de la question et nous allons les aborder en premier lieu. L'affaire Corporation municipale de St-David de Falardeau c. Munger²⁷⁷ concerne une requête permettant l'amendement de plaidoiries. En particulier, l'intimé Munger a subi des pertes suite à l'inondation d'une cour à bois. Il intente une poursuite auprès de l'appelante en utilisant son nom personnel. Il se rend ensuite compte que la cour à bois est la propriété d'une corporation dont il est l'actionnaire et l'administrateur unique et tente de modifier les plaidoiries en conséquences. L'appelante s'objecte à ce changement qu'elle considère être fondamental à la poursuite. Mentionnons qu'il n'est pas possible pour l'intimé d'entamer une nouvelle poursuite sous le bon nom corporatif parce que le délai en est prescrit. La Cour suprême rejette l'appel de la municipalité s'appuyant sur les motifs

²⁷⁴ . Précitée, note 269, 247.

²⁷⁵ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 124.

²⁷⁶ . Mentionnons que dans J.H. FARRAR, *loc. cit.*, note 237, l'auteur est d'avis que le jugement de Pepper c. Litton ne dénote pas l'application d'un critère de justice ou d'équité mais que la cour utilise ce qu'il qualifie de «juridiction équitable» pour regarder les faits réels d'une transaction : «While it may be a mistake to allow piercing the corporate veil on loose-knit policy reasons, such as fairness, this is not in fact what the US courts are doing in the instrumentality and equitable subordination cases. Relying on equitable jurisdiction they are looking at the practical factors such as functional control, commingling of assets, misrepresentation and reliance and seeing whether these justify the disregard of the separate legal personality in the particular circumstances». La nuance apportée par Farrar dans l'interprétation des décisions américaines n'est pas très différente du pouvoir que se donnent les tribunaux canadiens de regarder les faits, ou derrière le voile corporatif, peu importe les motifs.

²⁷⁷ . [1983] 1 R.C.S. 243.

exprimés par le juge Montgomery de la Cour d'appel. C'est donc ce jugement que nous allons réviser²⁷⁸.

Pour le juge Montgomery, la question à laquelle il faut répondre dans l'affaire Munger tient à ce qu'on doit déterminer si la modification aux plaidoiries est contraire à l'intérêt de la justice. Le juge Montgomery prétend que ce n'est pas le cas, puisque l'erreur a été causée par la simple incompréhension de Munger de l'implication de l'incorporation :

The Appellant Munger's mistake was in failing to realise the full consequences of the transfer of the assets of his business to a corporation organised and controlled by him. He retained effective control of these assets and was the one to lose by their loss. It is not too surprising that he failed to understand that an action to recover damages for such loss should have been taken in the name of his company. No one questions his good faith.²⁷⁹

Cette évocation de l'honnêteté de Munger et de son incompréhension de la structure corporative est vraiment surprenante. Nous étions sous l'impression que l'ignorance de la loi n'était pas une excuse. On a aussi discrédité l'approche de la cour en utilisant le test suggéré par Welling en personnifiant la corporation; si le frère de Munger était propriétaire de la cour à bois, est-ce que la cour en serait venue à la même conclusion? Nous en doutons, on n'aurait pas pu assimiler les biens de Munger à ceux de son frère. Pourquoi alors assimiler Munger à sa corporation? Il n'est pas juste, légalement du moins, de dire que les pertes de Munger sont celles de sa corporation (même si on pouvait démontrer que, dans les faits, tout l'argent de la corporation revient à Munger personnellement). Est-ce que la décision de la cour aurait été la même si la municipalité avait demandé la modification des plaidoiries? On peut spéculer que la municipalité n'aurait pas été présumée ignorante de la loi et qu'elle n'aurait donc pas su s'attirer la sympathie de la cour. À notre avis, les décisions de la Cour d'appel et de la Cour suprême n'interprètent pas le droit correctement. On n'aurait pas dû permettre à Munger de substituer sa corporation comme plaignante dans la poursuite pour des motifs d'équité, même si cette démarche aurait eu pour résultat de l'empêcher de poursuivre parce que son droit était éteint. À tout le moins, il aurait eu recours contre son avocat.

²⁷⁸ . [1981] C.A. 308.

Quelques années plus tard, la Cour suprême du Canada se prononce sur la personnalité distincte d'une corporation dans l'affaire Kosmopoulos c. Constitution Insurance Company of Canada et al²⁸⁰. Le point en litige dans cette affaire concerne la détermination de l'intérêt assurable d'un actionnaire unique dans les actifs de la société. En l'espèce, Kosmopoulos est l'actionnaire et administrateur unique de Kosmopoulos Leather Goods Limited. Cette corporation détient tous les actifs de l'entreprise opérée par Kosmopoulos, sauf pour le bail des locaux où la corporation opère. Lorsque le local et son contenu sont détruits par le feu, la compagnie assurant les biens de la corporation refusent de compenser Kosmopoulos sous le prétexte que le local était loué par Kosmopoulos personnellement alors que les biens détruits sont la propriété de la corporation. Kosmopoulos plaide que lui et la corporation dont il est l'actionnaire unique ne sont qu'une seule personne et que le voile corporatif ne devrait pas l'empêcher de réclamer des dommages.

La Cour suprême est intéressée par l'argument de Kosmopoulos, mais décide de ne pas prendre l'option facile du soulèvement du voile corporatif. La cour est influencée par le principe qu'on ne doit pas permettre à la partie qui recherche la protection de l'incorporation d'ignorer cette structure lorsque cela fait son affaire :

... quiconque choisi de profiter des avantages qu'offre la constitution en société doit aussi en supporter les inconvénients, de sorte que, si jamais on doit faire abstraction de la personnalité morale, ce ne doit être que dans l'intérêt de tiers à qui, sans cela, ce choix portait préjudice... Il ne devrait pas lui être loisible de jouer sur les deux tableaux en même temps.²⁸¹

Dans l'affaire Houle c. Banque canadienne nationale²⁸², dont nous allons discuter plus tard, que la Cour suprême contourne cet argument par d'autres motifs. En l'espèce, la cour se base sur un deuxième argument pour justifier son respect de la personnalité distincte de la corporation. Selon elle, la situation de Kosmopoulos comme actionnaire unique de la corporation l'empêche d'assimiler automatiquement l'actionnaire à la corporation puisqu'une injustice pourrait en résulter :

²⁷⁹ . Précitée, note 278, 312.

²⁸⁰ . Précitée, note 73.

²⁸¹ . Précitée, note 73, 11.

²⁸² . Précitée, note 73.

Si l'on devait faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce, il pourrait alors surgir une distinction très arbitraire et, à mon avis, indéfendable, entre les sociétés ayant plus d'un actionnaire et celles qui comptent un seul actionnaire.²⁸³

La cour demeure consciente que le respect de la personnalité juridique cause un préjudice sérieux à Kosmopoulos mais n'est pas prête à pénaliser toutes les corporations pour l'erreur de ce dernier. La cour prétend donc trouver ailleurs une solution équitable parce que :

De plus, j'estime que, si l'application d'une règle mène à une injustice dure, la bonne marche à suivre est d'examiner la règle elle-même plutôt que de la confirmer et de tenter d'atténuer ses mauvais effets cas par cas.²⁸⁴

À prime abord, les partisans du respect de la personnalité juridique de la corporation peuvent se réjouir de ces propos de la Cour suprême. Elle apparaît confirmer la distinction entre la personnalité de l'actionnaire et de la compagnie dont il détient les actions, et ce, autant pour l'actionnaire unique que pour la personne qui détient quelques actions d'une multinationale. Malheureusement, la décision de la Cour suprême ne va pas aussi loin car elle admet dans le paragraphe subséquent que : «pour toutes ces raisons, je suis d'avis de ne pas faire abstraction de la personnalité morale en l'espèce»²⁸⁵. Elle ouvre ainsi la porte à la possibilité que d'autres faits peuvent justifier la levée du voile pour des motifs de justice sociale. La cour a d'ailleurs reconnu un peu plus tôt dans son jugement qu'elle est consciente que dans certaines situations on peut écarter le principe des entités distinctes si le résultat est trop nettement en conflit avec la justice. C'est donc dire que pour la Cour suprême du Canada, le voile corporatif pourra effectivement être soulevé pour servir l'équité. On peut se reconforter du fait que la cour a aussi dit qu'il ne fallait pas se laisser tenter trop facilement par cette mesure et elle en donne l'exemple dans son jugement. Toutefois, l'incertitude associée au respect non-équivoque de la personnalité distincte de la corporation flotte encore²⁸⁶.

²⁸³ . Précitée, note 73, 11.

²⁸⁴ . Précitée, note 73, 11.

²⁸⁵ . Précitée, note 73, 12.

²⁸⁶ . L'affaire Kosmopoulos est commentée dans J.H. FARRAR, loc. cit., note 237. Pour le professeur Martel, l'affaire Kosmopoulos nous transmet ce qui suit : «Le message qui émanait avant tout de Kosmopoulos c'est «faites ce qu'on dit, pas ce qu'on fait». Ce que la Cour suprême a dit, c'est, en gros, que le voile corporatif peut être soulevé lorsque la justice (lire : l'équité) le requiert, mais qu'il ne faut le soulever que dans l'intérêt des tiers, et non dans celui des personnes qui ont choisi d'en profiter, et aussi qu'aucune distinction arbitraire ne doit être faite

Enfin, il est important de souligner que les tribunaux québécois ont aussi parlé de justice pour justifier la levée du voile corporatif. L'affaire récente de Dr Piscine André Lachance Inc. c. Chénard-St-Laurent²⁸⁷ nous indique que les tribunaux québécois sont aussi préoccupés par cette apparence d'équité dans leurs décisions. En l'espèce, la demanderesse s'est engagée à effectuer des travaux pour la défenderesse pour lui rembourser des montants qu'elle lui doit. Avant d'effectuer ces travaux, la demanderesse doit faire l'achat de certains matériaux. La demanderesse assume l'achat de ces matériaux avec l'entente que la défenderesse lui remboursera ces dépenses. La défenderesse verse une partie du montant dû, mais la demanderesse garde une partie de ce montant pour payer ses honoraires, contrairement à l'entente initiale entre les parties. La demanderesse réclame le paiement du reste des matériaux. La défenderesse allègue qu'elle ne doit rien à la demanderesse parce que l'entente entre les parties a été conclue avec André Lachance personnellement et non sa compagnie. La preuve démontre que l'épouse d'André Lachance est l'actionnaire unique de la demanderesse et le lien de droit entre celle-ci et la défenderesse est donc mis en doute.

La cour valide l'entente entre André Lachance et la défenderesse quant à l'exécution des travaux et maintient que la défenderesse ne doit aucun montant à la demanderesse pour les travaux exécutés. Par contre, le tribunal oblige la défenderesse à payer le reste du montant dû pour l'achat des matériaux. Ce n'est pas vraiment cette conclusion qui est importante pour les fins de notre étude, mais la question à savoir si l'entente avec André Lachance est assimilable à une entente avec la corporation Dr Piscine André Lachance Inc., une corporation dont il n'est même pas actionnaire. La cour a répondu dans l'affirmative en s'appuyant sur le jugement de l'affaire Munger :

La Cour suprême du Canada a même dans sa décision dans l'affaire *Corp. Mun. De St-David de Falardeau c. Munger*, confirmé un jugement de la Cour d'Appel du Québec qui, uniquement pour un motif d'équité, écartait le principe de personnalité distincte. Dans le présent cas, compte

entre une compagnie à actionnaire unique et les autres. Ce qu'elle a fait, c'est donner gain de cause à M. Kosmopoulos parce qu'il était l'actionnaire unique de sa compagnie, à l'encontre d'un tiers (l'assureur), le tout «afin que justice soit rendue»; voir P. MARTEL et M. MARTEL, op. cit., note 19, pp. 35-36. Voir aussi P. MARTEL, loc. cit., note 260, 3-5; et R.L. SIMMONDS, «Juridical Personality in Canada : The Case of the Corporation», (1992) *Contemp. Law* 60.

²⁸⁷ J.E. 94-166.

tenu des circonstances, le Tribunal se voit dans l'obligation de soulever le voile corporatif pour éviter une injustice.²⁸⁸

À notre avis, ce jugement est complètement erroné puisqu'il impute à un employé de la corporation la même responsabilité que celle de l'actionnaire. La preuve d'une relation employeur/employé entre Dr Piscine André Lachance Inc. et André Lachance aurait dû suffire à prouver que la créance due à André Lachance était vraiment celle de la corporation. Si la relation employeur/employé n'avait pas pu être démontrée, il nous semble qu'à tout le moins un mandat existait entre André Lachance et la corporation qui, encore une fois, aurait pu imputer à la corporation le droit de recouvrer la dette du défendeur. D'assimiler les activités d'un employé de la corporation à ceux d'un actionnaire comme le fait le juge Beaulieu est simplement du mauvais droit.

Il faut aussi souligner que le jugement s'appuie sur la recherche d'un résultat équitable pour justifier la levée du voile corporatif. Il faut toutefois se rappeler que cette décision a été rendue en 1994 (bien qu'elle concerne des faits antérieurs à cette période). À cette époque, l'article 317 du CCQ avait été édicté et nous savons que l'équité n'est pas un motif que le législateur a retenu pour permettre la levée du voile corporatif. Nous sommes conscients que l'article 317 CCQ ne faisait pas loi à ce moment, mais nous avons déjà mentionné que certains juges s'en inspiraient dans leurs décisions. Il faut donc se poser la question à savoir si les motifs de levée du voile corporatif tels qu'énoncés à l'article 317 CCQ (soit l'abus de droit, la contravention à une règle intéressant l'ordre public, et la fraude) sont exhaustifs? Si c'est le cas, au Québec du moins, il ne sera plus possible d'utiliser les jugements de la Corporation municipale Saint-David de Falardeau et Dr Piscine André Lachance Inc. ainsi que l'équité pour lever le voile corporatif. Nous n'avons pas pu identifier de jugements qui traitent de la question ni de jugements qui tentent d'utiliser d'autres motifs pour permettre la levée du voile. Il faudra donc attendre de voir comment les tribunaux traiteront de la question.

Dans la présente section, nous avons voulu déterminer si les tribunaux reconnaissent de façon consistante l'équité ou la justice comme un motif pertinent de levée du voile corporatif. Nous avons vu que c'est effectivement le cas. Nous avons constaté que les tribunaux canadiens utilisent le jugement américain Pepper pour

²⁸⁸ . Précitée, note 287, 8.

justifier leur autorité, mais nous avons également établi que ce n'est pas là une interprétation correcte de ce jugement. En effet, aux États-Unis, c'est le rôle de l'actionnaire comme fiduciaire de la corporation qui permet au tribunal de la faillite de juger de la conduite de l'actionnaire. Nous avons également vu que, malgré les objections virulentes de juristes comme Welling et Martel, les tribunaux de droit civil et de common law, en particulier la Cour suprême du Canada, ont décidé d'utiliser l'équité ou la justice sociale pour mettre de côté la personnalité distincte de la corporation et de ses actionnaires. Heureusement, dans l'affaire Kosmopoulos, le tribunal a proposé quelques mises en garde contre l'utilisation de ce motif d'une façon trop fréquente. La cour n'a pas été aussi loin que de nier la possibilité d'utiliser ce motif, mais elle a du moins appliqué un principe de droit légitime, en l'espèce l'intérêt assurable de l'actionnaire dans une situation de fait particulière, pour protéger la personnalité distincte de la corporation. L'affaire Kosmopoulos devrait aussi servir de guide aux tribunaux inférieurs afin de limiter leur recours à la levée du voile corporatif lorsque d'autres principes légitimes de droit sont disponibles. Une mise en garde qui, malheureusement, est trop souvent ignorée par les cours de justice.

Au début du troisième chapitre de notre étude, nous avons fixé deux objectifs, soit de rassembler les motifs judiciaires de levée du voile corporatif sous des rubriques logiques et d'analyser les critères utilisés par les tribunaux pour justifier la levée du voile corporatif. Avons-nous rencontré ces objectifs? Quant au rassemblement des motifs, certains auteurs prétendent que, quoi qu'on fasse, un tel exercice est voué à l'échec :

It is submitted that the cases on piercing the corporate veil cannot be reconciled and that attempts to categorize the types of situations in which the courts will be inclined to pierce the corporate veil, as I have done here, are doomed to failure because frequently the tests tend to overlap.²⁸⁹

Nous croyons toutefois avoir offert une catégorisation des motifs de levée du voile corporatif qui répond à cette difficulté, en les réunissant sous les rubriques d'instrument et d'objectif fautif. À notre avis, les tribunaux soulèvent le voile corporatif pour deux raisons principales : premièrement lorsque la corporation est jugée l'instrument de l'actionnaire (ce caractère accessoire s'exprimant par les théories de l'alter ego, de la façade, du mandat, et de l'affiliation des corporations); et

deuxièmement, lorsque l'existence de la corporation n'a qu'un but fautif (cet objectif étant atteint par le bris d'obligations légales, par la fraude ou en négligeant l'équité). Il est vrai que les tribunaux mêlent ou additionnent ces critères; ils parleront parfois de la corporation comme étant l'alter ego et la façade de l'actionnaire. Si l'on accepte que le critère de base est le fait que la corporation soit l'instrument de l'actionnaire, ces qualificatifs ne deviennent plus répétitifs mais des éléments d'une même catégorie. Le problème de la répétition des tests soulignés ci-haut par Dolan est donc évité.

Quant à notre deuxième objectif, l'analyse des critères utilisés par les tribunaux pour justifier la levée du voile corporatif, nous croyons avoir offert une explication assez exhaustive des divers tests invoqués par les tribunaux. Pour démontrer si la corporation est l'alter ego ou la façade de l'actionnaire, pour établir une relation mandant/mandataire ou pour établir l'interrelation entre des corporations affiliées, les tribunaux mettront l'emphase sur le contrôle exercé par l'actionnaire sur la corporation. Si la corporation effectue des démarches pour nuire à un tiers, l'objectif fautif de la corporation sera imputé à son actionnaire. Le contrôle exercé par ce dernier sera également important mais l'emphase est mise sur son intention réelle. Malheureusement, il est très difficile d'identifier une ligne directrice quant aux critères utilisés par les tribunaux pour lever le voile corporatif parce qu'on fait appel à une diversité de critères selon les faits de la cause.

Ce troisième chapitre est également crucial à l'ensemble de notre recherche puisqu'il nous a permis de démontrer que les tribunaux qui sont responsables de la levée du voile corporatif n'ont pas réussi à établir de principe uniforme et prévisible pour justifier leur approche. Ils perpétuent plutôt une confusion qu'il faut absolument revoir si l'on veut empêcher les abus dans l'utilisation de la responsabilité limitée de la corporation tout en protégeant la personnalité distincte de celle-ci. Nous ne nions pas l'objectif visé par les tribunaux lorsqu'ils permettent la levée du voile corporatif dans le but de protéger un tiers, mais à notre avis, leur méthode n'est pas la meilleure. Le fait qu'on puisse difficilement identifier les situations types où la levée du voile sera permise par le tribunal témoigne de l'insuffisance et des lacunes de ce principe. Il faut donc regarder ailleurs dans notre droit. À cet effet, nous avons soulevé à différentes reprises dans le troisième chapitre la possibilité d'avoir recours aux principes de la responsabilité civile et du droit des contrats. Nous approfondirons ce sujet dans le chapitre qui va

²⁸⁹ . T.M. DOLAN, *loc. cit.*, note 62, 14.

suivre. Comme nous l'avons suggéré dans le premier chapitre de notre étude, la réévaluation de la responsabilité limitée de l'actionnaire comme attribut de la corporation est peut-être un moyen intéressant pour résoudre la controverse. L'étude de ces alternatives à la levée du voile corporatif fera l'objet du quatrième chapitre de notre travail.

CHAPITRE IV - LES ALTERNATIVES À LA LEVÉE DU VOILE CORPORATIF ET LE RESPECT DE LA PERSONNALITÉ DISTINCTE

«Ou bien la compagnie est une personne indépendante, ou bien elle ne l'est pas du tout».
- P. Martel

Les auteurs Martel²⁹⁰ et Welling²⁹¹ partagent l'opinion que toute la lignée des arrêts qui reprend la levée du voile corporatif est mal fondée. Pour eux, la personnalité distincte de la corporation est suprême de par les lois corporatives canadiennes et de par la décision de *Salomon*. Il n'y aurait aucune situation où on peut reconnaître la personnalité distincte de la corporation par rapport à certaines fonctions et non pas pour d'autres :

Il est tout à fait illogique de prétendre dans un même souffle que cette personne existe, mais que pour les fins de tel ou tel geste ou contrat, on peut faire comme si elle n'existait pas... Aucun tribunal ne songerait à ne pas reconnaître la personnalité juridique d'un individu; pourquoi serait-il justifié d'agir de la sorte envers une compagnie à qui la loi confère la même capacité, la même personnalité qu'à une personne physique.²⁹²

De telles déclarations sont importantes et mettent en doute l'autorité des tribunaux en matière de soulèvement du voile corporatif. Welling pousse ce raisonnement à l'extrême, en déclarant que toutes les décisions qui ont permis la levée du voile corporatif sont erronées et que d'autres principes légitimes auraient dû être appliqués : «It seems clear that nearly all conclusions reached in cases where judges say they pierced the corporate veil could probably have been reached through an agency, partnership, or similarly legitimate analysis»²⁹³. Nous allons vérifier cette prémisse de Welling dans la première partie du présent chapitre. Nous allons utiliser plusieurs principes reconnus en droit, notamment celui de la responsabilité civile délictuelle et du droit des contrats²⁹⁴. Cette analyse permet de respecter la personnalité

²⁹⁰ . P. MARTEL, P. et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, pp. 44-48.5.

²⁹¹ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, pp. 122-127.

²⁹² . P. MARTEL, P. et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, p. 45.

²⁹³ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 135. Notons que cette approche est mise en doute par S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 285 : «Although the conclusion is tempting, we believe, with respect, that Welling overstated his argument».

²⁹⁴ . Notons que d'autres auteurs ont avancés d'autres principes comme les dispositions contre l'oppression des actionnaires minoritaires pour contrer la levée du voile corporatif (voir S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 25, 282-285), mais notre étude se limitera aux principes soulevés ci-

distincte de la corporation et pose le fondement d'un raisonnement plus précis et prévisible que celui de la levée du voile corporatif.

Dans un deuxième temps, il faut tout de même considérer que si les tribunaux ont permis de mettre de côté la personnalité distincte de la corporation dans certaines instances, c'est que l'actionnaire utilise la corporation pour des fins illégales ou frauduleuses. Faut-il laisser ces abus prendre place pour sauvegarder un principe de droit? Et plus important encore, à qui revient la tâche de régler la situation, aux tribunaux ou au législateur? Nous croyons qu'il est possible de remédier, par voie législative, à certaines lacunes du régime de responsabilité limitée des actionnaires. Nous proposons quelques solutions, soit l'augmentation de la transparence de la corporation, l'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation, et une nouvelle définition du rôle de l'actionnaire au sein de la corporation.

Si le tribunal joue son rôle en respectant la personnalité distincte de la corporation tout en appliquant des principes de droit reconnus pour contrer les abus dans l'utilisation de la responsabilité limitée par l'actionnaire et que le législateur intervient pour responsabiliser l'actionnaire tout en lui donnant les outils nécessaires pour lui permettre de mieux juger du risque relié à son investissement, les intervenants économiques doivent aussi jouer un rôle. La communauté économique peut tempérer l'utilisation du véhicule corporatif pour exercer des activités économiques douteuses. Il s'agit de promouvoir un changement de philosophie qui reconnaît que les pertes sont assumées par l'ensemble de la société lorsqu'une entreprise ne rencontre pas ses obligations. Le marché peut également développer d'autres mécanismes plus concrets comme une assurance souscrite par la corporation pour protéger le tiers des conséquences de l'insolvabilité de la corporation. Il s'agirait ici de mieux balancer le risque de l'investissement en le transposant à une tierce partie qui l'assumerait en toute connaissance de cause. C'est ce mécanisme que nous aborderons dans la troisième partie du présent chapitre.

Bref, nous ne nous contentons pas de dire que la levée du voile corporatif n'est pas la bonne solution. Nous voulons offrir des solutions aux abus découlant du système

haut. Nous avons choisi ces principes particuliers parce que nous croyons qu'ils s'appliqueront à la majorité des situations.

de responsabilité limitée. Nous allons tenter d'offrir des solutions où les trois intervenants, soit le judiciaire, le législatif et le secteur privé peuvent participer. Cette réflexion vient peut-être trop tard dans le cas du Québec où le législateur a pris les devants en dictant la conduite que doivent suivre les tribunaux lorsqu'il y a fraude, abus de droit ou contravention à une règle d'ordre public. En effet, dans ces situations, il n'est pas question de réévaluer la structure de la corporation comme tel ou le rôle du marché. On s'est contenté de créer de nouvelles obligations pour l'actionnaire sans questionner si d'autres droits remplissaient déjà cette obligation ou s'il était légitime de donner préséance à certains droits au-dessus de la personnalité distincte de la corporation.

Finalement, l'objectif du présent chapitre est d'en arriver à un système où la personnalité distincte de la corporation et la responsabilité limitée de l'actionnaire sont protégées, tout en offrant des mécanismes pour protéger le tiers volontaire et involontaire du risque qu'il encourt lorsqu'il transige avec une corporation.

Section 4.01 - Le rôle du judiciaire : l'application de principes reconnus en common law et en droit civil

«In terms of predicting the outcome for future cases, this case is a model of clear and correct reasoning».

- B. Welling

Comme nous l'avons indiqué à quelques reprises dans notre texte, nous partageons l'avis de Welling, à savoir que des principes du droit existant peuvent être utilisés au lieu et place du voile corporatif. Lorsqu'il est question d'utiliser la corporation comme l'alter ego ou la façade de l'actionnaire, ou lorsqu'il est question de corporations affiliées, c'est plutôt de mandat qu'on doit parler. Lorsqu'il y a fraude ou atteinte à l'équité, nous sommes d'avis que les principes de la responsabilité civile délictuelle (en particulier les principes de la négligence, de la fausse représentation ou de la représentation négligente, et du délit de bris de contrat) seraient plus appropriés. Ces principes se sont développés de façon constante dans notre droit et ont l'avantage de s'appliquer par le biais de tests et critères assez précis. Chacun de ces principes s'applique différemment en common law et en droit civil. Nous traiterons donc de chacun des régimes dans des sections différentes.

Deuxièmement, nous allons regarder du côté du droit contractuel afin de déterminer s'il offre une alternative viable à la levée du voile. Nous savons que lorsqu'une partie a choisi de transiger par contrat avec une corporation, il est difficile pour elle de réclamer des dommages de l'actionnaire. C'est comme tenter d'ajouter une partie au contrat après le fait. Par contre, certaines circonstances peuvent permettre de le faire si l'intention des parties peut être démontrée.

Nous ne sommes pas un de ces «timourous souls» qui craignent la création d'un nouveau droit, comme accuse le juge Denning (qui lui se décrit comme un «bold spirit», grand défenseur de la justice) à l'encontre de ceux qui ne veulent pas permettre la levée du voile²⁹⁵. Nous sommes toutefois d'avis que le droit doit être conséquent. La levée du voile n'est pas compatible avec le principe de la personnalité distincte de la corporation. Avant d'établir que certaines situations peuvent causer le rejet de ce principe, nous croyons qu'il faut voir si d'autres solutions n'existent pas déjà. C'est en effet ce que la cour a proposé dans les affaires Kosmopoulos et Houle et nous croyons qu'il s'agit là de la démarche appropriée.

Section 4.01.1 - La responsabilité de l'actionnaire fondée sur la responsabilité civile délictuelle en common law

*«... he who creates an unreasonable risk is liable ...»
- Lord Atkin*

Cette citation de Lord Atkin résume le fondement de la responsabilité délictuelle en common law. La personne qui cause un préjudice à l'autre est responsable des dommages causés. Nous croyons qu'on peut ainsi trouver la solution à plusieurs situations sans mettre en doute la personnalité distincte de la corporation²⁹⁶. Bien sûr l'application de ce principe peut comporter certains dangers :

²⁹⁵ . Voir Candler c. Crane, Christmas & Co., [1951] All E.R. 426, à la page 428.

²⁹⁶ . Plusieurs auteurs se sont exprimés sur le délit pour contrer la responsabilité limitée de l'actionnaire. Le professeur Buckley dans F.H. BUCKLEY, «Disregarding the Corporate Entity», (1988) 3 Can. Corp. L.R. C:23, à la page 25, estime que la levée du voile corporatif offre une meilleure protection aux tiers contre l'insolvabilité de la corporation : «Where a firm, in deciding how much care it should take, realizes that tort claims may in some circumstances exceed firm value, it may be led to underinvest in harm prevention or care. Thus, a firm would be indifferent as between large tort claims and tort claims that are higher still if both would bankrupt the firm. Devaluing equity claims in these circumstances, or imposing personal liability on managers, may then address this incentive failure problem». Cet argument n'est pas nécessairement contraire à

Imposing liability on an individual who has committed a tort does not involve lifting the corporate veil. A court does not impose liability on the shareholder, director, officer or employee of a corporation for an act of the corporation by reason of that status. Rather, a court imposes liability for a personal act of the shareholder, director, officer or employee. On the other had, if the courts found individuals liable each time a corporation committed a tort or breached a contract, the notion of limited liability would have very little meaning.²⁹⁷

Si on veut remplacer le régime de levée du voile corporatif par le régime de la responsabilité délictuelle, la seule façon de contrer les abus de ce nouveau système comme le craint Hamilton, c'est d'imposer des critères précis à l'application du principe.

la thèse que nous défendons. Le professeur Buckley cherche ultimement à responsabiliser les gestionnaires et propriétaires de corporation. Bien que la levée du voile corporatif peut avoir cet effet, l'imposition d'une responsabilité délictuelle aura le même résultat. Voir aussi J.S. ZIEGEL, loc. cit., note 34. Les auteurs F.H. BUCKLEY, M. GILLEN et R. YALDEN, op. cit., note 57, p. 126, pensent que la levée du voile corporatif se justifie dans le cas de victimes de délit de la corporation et de son actionnaire : «If «thin capitalization» does not offer an adequate justification for veil piercing for the benefit of consensual creditors, can a stronger argument be made for disregarding the corporate entity when a firm has non-consensual claimants? A consensual creditor may avoid wealth transfer effects by bargaining on the basis that liability is limited. But these defensive strategies are not available to non-consensual creditors, such as those tort claimants who do not bargain with the firm». C'est justement pourquoi les victimes de délit doivent pouvoir poursuivre les responsables de leurs dommages par le biais de la responsabilité civile et non par la levée du voile corporatif. Posner nous met en garde contre une autre difficulté d'imposer une responsabilité délictuelle à l'actionnaire : «Permitting tort victims to reach the shareholders' assets would be a source of additional risk to the shareholders, and an increase in risk is a real cost to people who are risk averse. Although the company could insure itself against its torts, this manager might fail to take out adequate insurance; the insurance company might for a variety of reasons refuse or be unable to pay a tort judgement against the insured (the insurance company might, for example, become insolvent); the particular tort might be excluded from the coverage of the insurance policy. All this may sound pretty remote – until one replaces taxicab collisions by nuclear reactor accidents or asbestos-caused lung disease»; voir J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, op. cit., note 19, p. 199. Nous sommes conscients que l'assurance ne pourra pas complètement répondre aux préoccupations de l'actionnaire quant au risque qu'il assume. Par contre, il faut se rappeler que seul l'actionnaire négligent ou dont la conduite a été fautive sera responsable des dommages causés par ses gestes. Si l'actionnaire a causé un accident nucléaire ou installé un produit cancérogène comme l'asbestose dans un endroit public, il devra en assumer la responsabilité. Dans G. GRUNBERG, «Limited Liability of a Corporation : Its Modern Meaning for the Erring Proprietor or Employee», (1988) 46 Advocate 903, à la page 904, l'auteur écrit ce qui suit : «The limited liability of such company should not, particularly in view of the Central Trust case, be allowed to facilitate avoidance of what otherwise would be the natural consequences of one act or in a situation where the contractual relationship with such corporate entity would not have happened but for special proximity, relationship and reliance of an intended plaintiff upon the skill and knowledge of a person choosing on the one hand to limit his liability and tortuous exposure by using a corporate entity and on the other hand, drawing heavily upon his personal skill and knowledge to induce the confidence necessary on the intended plaintiff to enter into a contractual relationship with his company, his alter ego». Pour Grunberg, il est évident que l'entité corporative ne peut pas empêcher l'actionnaire d'être responsable pour ses gestes délictuels.

²⁹⁷ . S.W. HAMILTON, loc. cit., note 25, 273.

C'est pourquoi nous allons d'abord identifier les éléments spécifiques de la responsabilité délictuelle en common law pour pouvoir juger de chaque situation de façon équitable. Nous allons nous attarder en particulier sur le délit de négligence, le délit de la fausse représentation et de la représentation négligente, et le délit de causer un bris de contrat²⁹⁸. Nous allons identifier plusieurs décisions où le tribunal a pris cette approche avec des résultats aussi justes et équitables que ceux visés par les juges qui endossent le soulèvement du voile corporatif pour des motifs d'équité. Par la suite, nous analyserons les éléments de la responsabilité civile en droit civil et étudierons si le même raisonnement peut s'appliquer.

Section 4.01.1.1 - La négligence en common law

Ce principe est l'un des plus fondamentaux de la responsabilité délictuelle. Nous n'allons pas réviser ici tous les aspects de ce concept de common law. Nous croyons qu'il est suffisant d'énoncer le principe en donnant les références appropriées. Les éléments fondamentaux de la négligence sont comme suit :

To establish such liability, it is necessary for the plaintiff to show : (i) that he owed a duty of care by the defendant; (ii) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (iii) that he broke his duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (iv) that such breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; (v) that such damage was not too remote a consequence of the breach so as to render the defendant not liable for its occurrence.²⁹⁹

²⁹⁸ . Note que nous avons identifié une décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick où l'actionnaire unique d'une corporation est trouvé personnellement responsable du délit de nuisance causé par sa porcherie; voir Sullivan et al c. Desrosiers et al, (1986) 40 C.C.L.T. 66.

²⁹⁹ . G.H.L. FRIDMAN, The Law of Torts in Canada, vol. 1, Toronto, Carswell, 1990, p. 429, à la page 233. La plupart des auteurs reconnaissent les mêmes éléments au délit de négligence, mais avec quelques distinctions. Dans A.M. LINDEN, Canadian Tort Law, 5e édition, Toronto, Butterworths, 1993, p. 842, à la page 93, l'auteur souligne six éléments : «A cause of action for negligence arises if the following elements are present : (1) the claimant must suffer damages; (2) the damage suffered must be caused by the conduct of the defendant; (3) the defendant's conduct must be negligent, that is, in breach of the standard of care set by the law; (4) there must be a duty recognised by the law to avoid this damage; (5) the conduct of the defendant must be a proximate cause of the loss or, stated in another way, the damage should not be too remote a result of the defendant's conduct; (6) the conduct of the plaintiff should not be such as to bar recovery, that is the plaintiff must not be guilty of contributory negligence and must not voluntarily assume the risk». Pour Salomon, il existe également six composantes du délit de négligence, soit «duty of care», «the standard of care and its breach», «causation», «remoteness of damages», «actual loss», et «prejudicial conduct»; voir R.M. SOLOMON, B.P. FELDTHUSEN et S.J. MILLS, Cases and Materials on the Law of Torts, Toronto, Carswell, 1986, p. 788, aux pages 214 à 215.

La première question est donc de savoir si l'actionnaire a un devoir de prudence envers le tiers lésé et si l'actionnaire a rempli ce devoir. Il n'est pas nécessaire ici que les parties aient convenu au préalable de cette responsabilité, elle peut exister entre deux inconnus. Ce devoir n'est pas automatique mais découle du fait que la personne doit être en mesure de prévoir que ses actions peuvent causer un dommage³⁰⁰. Il faut ensuite démontrer que la personne avait l'opportunité de prévenir le dommage soit en posant un geste ou en ne posant pas un geste.

Pour mieux comprendre ces critères, il est probablement plus simple de les identifier à partir d'une situation de fait concrète. L'affaire Berger c. Willowdale AMC³⁰¹ oppose une employée de la corporation défenderesse à son employeur. Celle-ci glisse sur le pavé devant le commerce où elle travaille et subit des dommages physiques. En l'espèce, les faits démontrent que le président et actionnaire unique de la corporation défenderesse, Hans Falkenberg, a omis de donner des directives pour l'entretien du pavé. On démontre aussi que Falkenberg est le seul autorisé à donner de telles directives. Dans cette instance, la Cour d'appel reconnaît que Falkenberg a un devoir de prudence envers ses employés et l'enjoint de répondre personnellement des dommages subis par la demanderesse. Il n'est question à nulle part dans le jugement de levée du voile corporatif.

Si on étudie ce jugement de plus près, on constate que la Cour d'appel de l'Ontario est d'avis que le président et actionnaire unique d'une corporation a un devoir de diligence envers ses employés :

There is no reason why this duty of care cannot co-exist in both the employer and Hans Falkenberg. Mr. Falkenberg had control over and had the means available for readily rectifying the situation... The president of a corporation has great power over his employees. He should exercise that power responsibly with due regard for their safety. He cannot ignore a dangerous condition of which he is aware or should be. This is true

³⁰⁰ . Dans McAllister (Donoghue) c. Stevenson, [1932] H.L. 562, à la page 580, la fameuse affaire de l'escargot dans la bouteille d'eau minérale, Lord Atkin explique cette obligation de la façon suivante : «You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or missions which are called in question».

³⁰¹ . (1983) 145 D.L.R. (3d) 247.

particularly if he is in control of the situation and has available the means to rectify it.³⁰²

On constate dans les propos du juge Cory que les critères de la négligence ont tous été rencontrés. Falkenberg peut logiquement prévoir que s'il ne voit pas à l'entretien du lieu de travail, quelqu'un peut subir des dommages. Falkenberg a l'opportunité de prévoir le dommage et avait le moyen de l'éviter. Falkenberg n'a pas exercé son autorité en ordonnant l'entretien du pavé et son omission cause des dommages. Il est commet ainsi une faute personnelle. Cette décision de la Cour d'appel³⁰³ est un excellent exemple pour démontrer comment on peut respecter la personnalité distincte de la corporation tout en imposant à une personne fautive une responsabilité pour ses actions.

Welling avance une approche encore plus audacieuse. Il reprend les faits de l'affaire précitée Henry Brown & Sons³⁰⁴, impliquant la vente de pièces de moteurs de yacht dont les parties aux contrats n'ont pas l'autorité d'engager la corporation. On se rappelle que l'affaire a été réglée sur la base du droit des contrats. Puisque l'acheteur est une corporation, le demandeur a failli dans sa tentative d'imposer la créance aux actionnaires de la corporation même si celle-ci n'avait que deux dollars de capital. Pour Welling, ce n'est pas la conclusion de l'affaire qui pose un problème mais plutôt que des individus puissent causer des pertes à des tiers de bonne foi en créant une entité corporative sans le capital nécessaire à ses opérations :

On the other hand, the concept of limited liability – invented to allow contributors of capital to pool their resources in an inherently risky business venture without requiring them to put their entire life savings and future incomes on the line – does not warrant absolution from all the consequences of their actions for those who loose a woefully undercapitalised corporate person upon the world.³⁰⁵

Welling suggère alors de considérer la situation où le yacht (loué à un groupe d'étudiants en droit) entre en collision avec une petite embarcation et blesse ses passagers. Admettant que les opérateurs du yacht n'ont pas les moyens de

³⁰² . Précitée, note 301, 256.

³⁰³ . Notons que W.M. ESTEY, «Liability of Sole Shareholders, Directors and Officers of Private Corporations», (1984) 1 Business and Law 17, à la page 18 confirme qu'un appel à la Cour suprême a été refusé.

³⁰⁴ . Précitée, note 112.

dédommager les blessés, ceux-ci se tournent vers la corporation, propriétaire du yacht. La corporation n'a toujours pas plus que deux dollars de capital et on tente d'imputer une responsabilité personnelle aux actionnaires en plaidant leur négligence. La négligence ne découlerait pas de l'opération du yacht mais plutôt du fait que les actionnaires, en opérant une corporation sans capital, pouvaient prévoir que des parties subiraient des dommages que la corporation ne pourrait compenser. Ce raisonnement serait conforme aux principes énoncés par Fridman. Il faut reconnaître qu'une des causes principales de poursuite est l'insolvabilité de la corporation. Bien sûr, cette insolvabilité n'est pas toujours causée par la faute de l'actionnaire. Mais on ne peut pas nier que l'actionnaire qui provoque l'insolvabilité de sa corporation par sa mauvaise foi est négligent. L'approche de Welling est très intéressante pour contrer ce type d'abus de la part d'actionnaires.

Section 4.01.1.2 - Le délit de fausse représentation en common law

Un autre principe de responsabilité délictuelle en common law nous permet d'imposer une responsabilité personnelle à un actionnaire fautif, tout en respectant la personnalité distincte de la corporation. Il s'agit du principe de la fausse représentation. Nous sommes d'avis que plusieurs cas pourraient se régler par l'application du délit de fausse représentation au lieu d'utiliser les concepts de fraude et d'équité³⁰⁶. De façon très élémentaire, la fausse représentation se démontre quand une déclaration sur laquelle un tiers se base est fausse ou inexacte à cause de la négligence de l'actionnaire et cause un préjudice à ce tiers :

A statement of fact, on which the plaintiff relied, would give rise to liability if (i) it were inaccurate as a result of negligence (and a fortiori deceit); and (ii) it caused physical injury to the plaintiff or damage to his property.³⁰⁷

³⁰⁵ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 142.

³⁰⁶ . Posner favorise la fausse représentation comme moyen de rejoindre les actifs de l'actionnaire fautif : «In general, a corporation's creditors should be allowed to reach a shareholder's assets when the shareholder, whether an individual or another corporation, has represented to the creditor that those assets are in fact available to satisfy any claim that the creditor may assert against the debtor corporation. Misrepresentation is a familiar and widely used concept in the law, with strong intuitive appeal and its use in the present context is firmly grounded in the economics of credit and information... My conclusion is that a misrepresentation approach, which seems clearly sounder than Landers's «single economic unit» approach as a matter of principle, is susceptible of practical application»; voir R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38, 521.

³⁰⁷ . G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 299, p. 263. Voir aussi G.H.L. FRIDMAN, The Law of Torts in Canada, vol. 2, Toronto, Carswell, 1990, p. 406, aux pages 123 à 139

Aussi, depuis la décision de Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.³⁰⁸, il est possible de recouvrer les pertes strictement économiques lorsqu'il y a fausse représentation ou représentation négligente.

Nous avons déjà vu plusieurs décisions où le délit de fausse représentation a permis à une personne lésée par la conduite d'un actionnaire de récupérer ses pertes. Pensons d'abord à l'affaire Fern Brand Waxes Ltd. c. Pearl et al³⁰⁹ que nous avons mentionné sous la rubrique de la fraude. On se rappelle que le défendeur achète des actions de la demanderesse par le biais de deux corporations dont il est actionnaire unique. À titre d'administrateur de la demanderesse, il s'accorde des prêts qu'il utilise pour financer l'achat des actions en question. Pearl se défend d'avoir agi frauduleusement et maintient que se sont les deux corporations qui font l'achat des actions. La Cour d'appel a jugé que Pearl a agi frauduleusement en s'accordant les prêts et que sa conduite permet de lever le voile des deux corporations. Par contre, si on applique les tests de la représentation négligente ou de la fausse représentation, on constate que le même résultat est possible tout en conservant le principe de la personnalité distincte. En effet, on peut démontrer que Pearl a caché ses transactions et son identité comme actionnaire unique des deux corporations et que ses gestes ont causé des dommages aux autres actionnaires, parce que la valeur des actions des autres actionnaires s'est vu réduite³¹⁰.

Dans Lockharts Ltd. c. Excalibur Holdings Ltd. et al³¹¹, pour éviter la saisie des biens de la défenderesse, l'actionnaire unique transfère les biens à une autre corporation dont il est également actionnaire unique. La cour indique que cette

³⁰⁸ . [1964] H.L. 465. La Chambre de Lord tranche qu'un banquier à qui on demande de l'information sur la situation économique de son client a une responsabilité de fournir une information juste et véridique. Le banquier a un devoir de diligence au tiers qui demande l'information puisqu'il peut raisonnablement prévoir que le tiers utilisera l'information. Cette obligation existera quand : «... apart from any contract or fiduciary relationship, since the law will imply a duty of care when a party seeking information from a party possessed of a special skill trusts him to exercise due care, and that party knew or ought to have known that reliance was being placed on his skill and judgement»; (voir jugement à la page 466). Voir aussi D.D. TAVENDER, C.M. POYEN et D.M. HALLETT, «Developments in Corporate Liability : Is the Sky the Limit?», (1993) 22 Can. Bus. L.J. 258, où l'on discute de la ligne de jurisprudence canadienne qui établit le recouvrement en négligence pour les pertes strictement économiques. On y discute du fait que les dommages accordés sont souvent peu élevé.

³⁰⁹ . Précitée, note 243.

³¹⁰ . Le même raisonnement peut s'appliquer dans l'affaire précitée de Pacific Rim Installations Ltd. c. Tilt-Up Construction Ltd. et al, précitée, note 246.

démarche est frauduleuse et entraîne la levée du voile corporatif. Par contre, nous sommes d'avis que l'actionnaire est personnellement responsable de ses actions parce qu'il a fait de fausses représentations. Il sait que la créance est due et la manœuvre du transfert des actifs a pour seul but de ne pas satisfaire cette obligation.

La Cour d'appel a reconnu le raisonnement que nous proposons dans l'affaire BG Preeco I (Pacific Coast) Ltd. c. Bon Street Holding Ltd. et al³¹². En l'espèce, les parties au litige conviennent d'une convention d'achat d'un terrain. Avant la conclusion de la vente, les actionnaires de la défenderesse transfèrent tous les actifs de celle-ci à une autre corporation ayant les mêmes actionnaires. Après la clôture de la vente, la défenderesse ne paie jamais le prix d'achat et laisse la demanderesse sans recours puisque la corporation n'a plus d'actifs. La Cour d'appel a mis de côté la levée du voile corporatif pour lui préférer le principe de la fausse représentation :

The fraud found by the trial Judge caused the plaintiff to believe that the company had assets that it, in fact, did not have. That has nothing to do with the corporate veil. The use of a company as a means of avoiding bearing business losses is neither unusual nor a basis for lifting the veil. In my view, the proper remedy is not to lift the corporate veil, but to award damages for fraud against the individuals and the company that committed the fraud.³¹³

La Cour d'appel soutient qu'il n'est pas nécessaire de trouver un principe élaboré pour punir les actions fautives d'une partie. Le statut d'une personne qui agit de la sorte n'est pas important, c'est-à-dire qu'elle peut être actionnaire ou employé; si la personne occupe une position où elle peut influencer les décisions d'un tiers par l'information qu'elle fournit, et qu'elle manque à ce devoir, elle sera coupable de fausse représentation et devra assumer les dommages personnellement. En l'espèce, la Cour d'appel impose des dommages aux actionnaires de l'ordre de quatre cent mille dollars³¹⁴.

³¹¹ . Précitée, note 255.

³¹² . (1989) 4 R.P.R. (2d) 74.

³¹³ . Précitée, note 312, 86.

Section 4.01.1.3 - Le bris de contrat en common law

Un troisième type de conduite délictuelle peut mener à la responsabilité personnelle de l'actionnaire sans atteindre la personnalité distincte de la corporation; il s'agit du délit du bris de contrat appliqué en common law. Fridman définit ce délit comme suit :

The essence of the wrong is the unjustifiable procurement or inducement by the defendant of a breach of a contract between the plaintiff and a third party whereby the plaintiff is damaged. Quite apart from any action for breach of contract which the plaintiff might have against the third party, an action in tort will lie against the defendant at the suit of the plaintiff who was the victim of the breach, although it will not be open to the plaintiff to recover his loss twice over.³¹⁵

Ce principe nous vient du droit britannique³¹⁶ mais a été reconnu en droit canadien³¹⁷ depuis plusieurs décennies. On peut identifier ce délit en appliquant cinq tests, notamment (1) la connaissance du contrat; (2) l'intention de provoquer le bris de contrat; (3) une conduite qui provoque le bris de contrat; (4) des dommages; (5) l'absence de justification de celui qui brise le contrat³¹⁸. Au niveau de la connaissance du contrat, il faut mentionner que la connaissance des conditions spécifiques du contrat n'est pas nécessaire. Il suffit d'établir que la personne devait savoir qu'une relation contractuelle existait entre deux parties. On doit alors démontrer que la personne a agi

³¹⁴ . Cette affaire est commentée dans J.H. FARRAR, *loc. cit.*, note 237, 474-475.

³¹⁵ . G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 307, p. 291.

³¹⁶ . Voir Quinn c. Leatham, [1901] H.L. 495, une affaire où un syndicat force des fournisseurs à cesser leurs relations avec un employeur qui refuse d'embaucher des employés syndiqués. Le syndicat est trouvé coupable du délit de provoquer le bris de contrat.

³¹⁷ . Un des premiers exemples rapportés est un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta, Garbutt Business College Limited c. Henderson and Henderson Secretarial School Limited, [1939] 3 W.W.R. 257, où l'on établit que l'individu qui ne respecte pas un contrat d'emploi dans lequel il s'engage à ne pas faire compétition à son employeur à la fin de son emploi est passible de dommages en vertu du délit de la provocation du bris de contrat. Pour Welling cette décision est un modèle : «The result in the Garbutt Business College case was predictable. The corporation was found liable in tort. But the case is noteworthy for its clarity of reasoning. Those who would «pierce the corporate veil» may have some difficulty in distinguishing between the result there and in the hypothetical case suggested above. But those who accepted the separate corporate entity as axiomatic will have no difficulty at all. In terms of predicting the outcome for future cases, this case is a model of clear and correct reasoning»; voir B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 140.

³¹⁸ . Voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 307, p. 293. Notons qu'une décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse semble indiquer que l'interférence avec un contrat qui ne mène pas nécessairement à un bris du contrat peut constituer un délit en soi; voir Volkswagen Canada Ltd. c. Spicer et al., (1978) 9 D.L.R. (3d) 42.

intentionnellement pour provoquer le bris de contrat. Il ne sera pas suffisant d'établir que la personne devait s'attendre à ce que sa conduite amène ce résultat³¹⁹. La conduite qui cause le bris peut être soit directe ou indirecte. Elle sera directe lorsque le bris de contrat est clairement demandé. Elle sera indirecte lorsque X demande à Y d'agir d'une certaine façon et que les gestes d'Y emporte le bris d'un contrat auquel Y est partie. Finalement, la poursuite ne pourra réussir que si des dommages ont été subis et que la partie lésée n'a pas contribué à sa situation³²⁰.

Plusieurs décisions canadiennes entérinent ce principe et le préfèrent à la levée du voile corporatif. Un premier exemple se trouve dans la décision Einhorn c. Westmount Investments Ltd.³²¹. Les faits de cette affaire sont semblables à ceux de Lockharts et de BG Preeco. Pour éviter de payer la créance du demandeur, les frères Belzberg, actionnaires uniques de la défenderesse, transfèrent tous les actifs de celle-ci à une autre corporation dont ils sont également actionnaires uniques. En première instance, le tribunal établit sa juridiction à juger des faits réels d'une affaire :

This Court in the exercise of its common law jurisdiction in the field of tort considers the realities of the situations which come before it for decision, and the Court is not restricted in so doing because individuals carry out intentional tortious acts through the medium of a puppet corporation whose every action they control. Individuals guilty of intentional tortious acts do not escape personal liability by this device of clothing themselves in a corporate veil of their own spinning.³²²

³¹⁹ . Dans Mentmore Manufacturing Co. Ltd. et al c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al, (1978) 89 D.L.R. (3d) 195, à la page 205, la Cour d'appel fédérale établit que l'intention du dirigeant ou de l'administrateur de la corporation à causer un bris de contrat doit être clairement établie : «But in my opinion, there must be circumstances from which it is reasonable to conclude that the purpose of the director or officer was not the direction of the manufacturing and selling activity of the company in the ordinary course of his relationship to it by the deliberate, wilful and knowing pursuit of a course of conduct that was likely to constitute infringement or reflected an indifference to the risk of it. The precise formulation of the appropriate test is obviously a difficult one. Room must be left for a broad appreciation of the circumstances of each case to determine whether as a matter of policy they call for personal liability». L'affaire implique deux corporations dont l'une allègue une infraction de son brevet par la corporation défenderesse et ses dirigeants, actionnaires uniques. En l'espèce, l'intention de causer un bris de contrat n'a pas été démontrée. Une cour de l'Ontario démontre toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'actionnaire mais que la mauvaise foi est suffisante pour établir l'intention de causer un bris de contrat; voir Acme Bldg & Construction Ltd. c. Leadway Masons Group Inc. et al, (1986) 35 B.L.R. 17.

³²⁰ . Ces critères sont appliqués dans Ontario Store Fixtures Inc. c. Mmmuffins Inc. et al, (1989) 70 O.R. (3d) 42.

³²¹ . (1969) 6 D.L.R. (3d) 71.

³²² . Précitée, note 321, 75.

La cour vient dangereusement près de parler de levée du voile corporatif mais base clairement son jugement sur le délit du bris de contrat³²³. Elle poursuit en indiquant qu'une façon d'interférer avec les droits contractuels d'une partie est de poser un geste qui a pour effet de rendre impossible l'exécution du contrat :

Where, as here, the performance by one of the contracting parties consists of making a money payment, I am unable to think of a more effective method of rendering performance impossible than that of emptying the till by transferring the contracting party's assets to other persons... I find that the statement of claim discloses reasonable causes of action against the Belzbergs personally for actionable interference with Einhorn's contractual relations with the corporate defendant and for wrongful procurement of a breach of his contract with the said defendant.³²⁴

On voit que les cinq critères proposés par Fridman pour démontrer le délit du bris de contrat ont été respectés. Les Belzberg ont la connaissance du contrat d'Einhorn; ils ont liquidé les actifs de la corporation avec l'intention de répudier ledit contrat; leurs gestes ont effectivement causé le bris; et Einhorn a subi des dommages sans y contribuer³²⁵.

Dans McFadden c. 481782 Ontario Ltd. et al³²⁶, le demandeur poursuit la corporation défenderesse pour bris de son contrat d'emploi ainsi que ses deux actionnaires personnellement pour avoir provoqué le bris de ce contrat. McFadden est à l'emploi de Practical Management Associates Inc. pendant quelques années jusqu'à ce que la défenderesse achète cette corporation. McFadden devient alors l'employé de la défenderesse en vertu des mêmes termes et conditions que ceux de son contrat d'emploi antérieur. Quelques années après le transfert, la défenderesse connaît des difficultés financières et les deux actionnaires procèdent à la vente de l'entreprise. À la clôture de cette transaction, les actionnaires avisent McFadden que son contrat d'emploi est terminé immédiatement, contrairement à ce que ces derniers lui avaient représenté

³²³ . Pour Welling, ce passage particulier de l'affaire Einhorn doit être interprété comme suit : «Although the reasons for judgement contain some unfortunate phrases, referring to «the realities of the situation» and describing the second corporation as «a puppet corporation», these terms were simply added frills : the case is clearly decided on the tort reasoning»; voir B.L. WELLING, op. cit., note 33, p. 141.

³²⁴ . Précitée, note 321, 76.

³²⁵ . La Cour d'appel entérine cette décision dans (1970) 11 DLR(3d) 509. Cette affaire est également commentée dans N. GIBSON, «Business Issues : Directors' Liabilities», (1989) 53 Sask. L. Rev. 187, à la page 205.

tout au long de la négociation de la transaction. De plus, afin d'éviter de payer un montant compensatoire quelconque à McFadden, les actionnaires liquident immédiatement la corporation en se versant des dividendes. Pour le juge Callon, les démarches des actionnaires équivalent au bris de contrat :

The tort of inducing breach of contract is committed when D, knowing of a contract between P and a third party and intending to procure a breach of that contract to the injury of P, induces the third party without justification to break that contract. In the circumstances of this case, I would have no hesitation in finding that the defendants Norman and Mary Taylor had induced the defendant PMAC to breach its contract of employment with the plaintiff.³²⁷

Pour se défendre de cette responsabilité, les actionnaires allèguent qu'ils ont agi dans le meilleur intérêt de la corporation et rempli leur responsabilité comme administrateur de la corporation³²⁸. Le juge Callon reconnaît que dans certaines instances, le dirigeant ou administrateur d'une corporation peut être appelé à briser un contrat dans le cadre de ses responsabilités envers la corporation, mais que ce n'est pas la situation des Taylor :

But in procuring and inducing the breach of the plaintiff's contract with PMAC, they were not acting in furtherance of any such duties and obligations. There is nothing in the contract of sale of the assets of PMAC to PMAI that required the termination of the plaintiff's contract. There was no restrictive covenant in the contract of sale that precluded with PMAC or Norman or Mary Taylor from continuing on in the same line of business.³²⁹

Ce passage est intéressant puisqu'il nous offre des exemples de situations où un administrateur ou dirigeant peut éviter la responsabilité personnelle pour des actions potentiellement fautives. S'il agit pour satisfaire un autre contrat ou un mandat de la corporation, il pourra éviter la responsabilité personnelle³³⁰. Le juge McKinlay, dans une affaire similaire, exprime encore mieux ce raisonnement :

³²⁶ . (1984) 47 O.R. (3d) 134.

³²⁷ . Précitée, note 326, 144.

³²⁸ . Notez que ce principe avait été énoncé dans l'affaire Einhorn mais que la Cour d'appel ne s'était pas prononcé de façon définitive.

³²⁹ . Précitée, note 326, 146.

³³⁰ . Il faut noter que dans une affaire où les faits étaient semblables, Schouls c. Canadian Meat Processing Corp., (1983) 41 O.R. (3d) 600, le demandeur congédié sans cause a intenté une poursuite en contrat contre la corporation et son actionnaire majoritaire. La cour reconnaît que la conduite de l'actionnaire est excessivement fautive mais n'a pas voulu lui imposer une responsabilité personnelle à cause de l'existence du contrat d'emploi avec la corporation

There are undoubtedly numerous occasions when it is the duty of directors acting in the interests of a corporation to cause the corporation to breach a contract, written or implied, and permit the corporation to suffer the resultant liability in damages. This is frequently the case where employees are dismissed without just cause in the legal sense, but where such dismissal is desirable or necessary to accomplish some legitimate corporate objective. In such a case it would be unfair to hold directors personally liable, since they are the only vehicles through which the corporation can act. Certainly, acting to increase the revenue of a corporation is normally in its best interests; however, doing so fraudulently could never be said to be bona fide in its best interests.³³¹

En l'espèce, les actionnaires de la défenderesse ont embauché Kepic selon les conditions d'un contrat d'emploi où Kepic a droit à cinquante pour-cent des profits réalisés sur un contrat de construction. Les actionnaires de la défenderesse congédient Kepic, sans cause, quelques jours avant la conclusion du contrat de construction et donc de la réalisation des profits. La cour a donné raison à Kepic et a imposé une responsabilité personnelle aux deux actionnaires. La cour n'a pas accepté l'argument des actionnaires à savoir qu'ils agissaient dans le meilleur intérêt de la corporation lorsqu'ils ont congédié Kepic³³².

Un dernier exemple du caractère délictuel du bris de contrat est présenté dans Fink c. 511996 Ontario Ltd. et al³³³. Fink et la défenderesse concluent un contrat pour l'achat de trois unités de condos. La défenderesse ne livre jamais les condos à Fink; l'actionnaire de celle-ci achète lui-même les condos en question et les revend à une corporation dont il est l'actionnaire unique. Encore une fois, le tribunal n'accepte pas l'argument à savoir que l'actionnaire agit dans le meilleur intérêt de la corporation en lui faisant faire des profits supplémentaires :

Wolf's purchase of the plaintiff's units for 519492 Ontario Ltd. was a deliberate interference with the plaintiff's contractual rights. It was not done under the compulsion of any duty to his corporate master and he is, therefore, personally liable and the corporation is liable also for having interfered with the same right of the plaintiff.³³⁴

seulement. McFadden aurait subi le même sort s'il n'avait pas plaidé le délit de la provocation du bris de contrat. Voir W.M. ESTEY, *loc. cit.*, note 303, 18; et A. RICHARDSON, «Making an End Run Around the Corporate Veil: The Tort of Inducing Breach of Contract», (1984) *Advocates Q.* 103, aux pages 108 à 109.

³³¹ . Kepic c. Tecumseh Road Builders et al, (1985) 29 B.L.R. 85, à la page 117.

³³² . Cette affaire est commentée dans N. GIBSON, *loc. cit.*, note 325, 204.

³³³ . (1984) 37 R.P.R. 253.

³³⁴ . Précitée, note 333, 255-256.

On peut donc dire qu'un acte fondamentalement illégal ne peut pas être fait dans le cadre des responsabilités du dirigeant ou de l'administrateur d'une corporation. Que l'on procède par le biais de la négligence, de la fausse représentation ou de la provocation du bris de contrat, nous croyons avoir démontré qu'il est possible de punir l'actionnaire qui utilise la corporation à mauvais escient tout en respectant la personnalité distincte de la corporation. Welling semble donc avoir eu raison à ce sujet.

Section 4.01.1.4 - La responsabilité civile en droit québécois

En droit civil québécois, la responsabilité délictuelle émane des articles 1457 à 1481 du CCQ, où la responsabilité du fait ou de la faute d'autrui et du fait des biens est séparée sous deux rubriques différentes. Les conditions de la responsabilité civile sont énoncées clairement à l'article 1457³³⁵ du CCQ. La responsabilité civile existe lorsque (1) un préjudice a lieu, (2) ce préjudice découle de la faute d'une personne; et (3) la faute est la conséquence directe du dommage, ou lorsque le dommage est la conséquence d'une conduite jugée fautive³³⁶. La nécessité de démontrer des dommages est inhérente au régime de responsabilité civile et on peut se conformer à cette exigence en démontrant des pertes quelconques. La notion de faute est plus délicate en droit civil. Baudouin nous souligne que deux tendances existent : d'une part la faute s'exprime par le manquement à un devoir préexistant, et d'autre part par la violation d'une norme de conduite³³⁷. Si ces deux approches comportent certaines subtilités, elles sont semblables en ce qu'elles considèrent que la conduite de la personne fautive est évaluée suivant la norme de la personne raisonnable :

Est en faute quiconque a une conduite contraire à celle à laquelle on peut s'attendre d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. L'erreur de conduite est donc appréciée par rapport à la norme générale d'un comportement humain socialement acceptable. Toute transgression d'une norme sociale n'est cependant pas constitutive de faute civile. La conduite reprochée doit avoir été contraire soit à la norme imposée par le législateur, soit à celle reconnue par la jurisprudence.³³⁸

³³⁵ . Voir Annexe «A» où cet article est reproduit.

³³⁶ . J.L. BAUDOIN, La responsabilité civile, 4e édition, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1994, p. 1242, aux pages 40 à 41.

³³⁷ . J.L. BAUDOIN, op. cit., note 336, p. 81.

³³⁸ . J.L. BAUDOIN, op. cit., note 336, p. 82.

La faute dépend donc d'un comportement qui contrevient à une obligation législative ou jurisprudentielle. Finalement, la responsabilité civile existe seulement si un lien peut être établi entre la faute de la personne et la cause du dommage. Il n'existe pas de règle fixe en ce qui a trait au lien de causalité. On sait cependant que la personne qui allègue la responsabilité d'autrui devra démontrer la relation directe entre la faute et le préjudice.

Les critères de la responsabilité civile ont été appliqués dans la décision de la Cour suprême du Canada dans Houle c. Banque canadienne nationale³³⁹. L'affaire Houle oppose la défenderesse aux quatre actionnaires d'une corporation qui ont subi des dommages lorsque la banque a exécuté les garanties qu'elle détenait de la corporation, au moment où les actionnaires négociaient la vente de leurs actions pour un prix intéressant. Un élément important de cette poursuite tient à ce que la banque exécute les garanties et vend les biens saisis dans un délai de trois heures, sans donner l'opportunité aux actionnaires de réagir.

Disons d'abord que l'affaire Houle n'en est pas une où la levée du voile corporatif est un motif pertinent. En effet, la levée du voile s'applique lorsqu'on vise les actifs personnels de l'actionnaire pour satisfaire la créance d'une partie lésée. En l'espèce, ce sont les actionnaires qui réclament des dommages et ce sont eux qui veulent que le tribunal soulève le voile pour établir un lien de droit entre eux et la banque. La Cour suprême reprend la décision de l'affaire Kosmopoulos à ce sujet et réitère que l'actionnaire ne peut pas demander qu'on mette de côté la personnalité distincte de la corporation lorsqu'il a lui-même choisi de bénéficier des avantages offerts par cette forme d'organisation :

Avec égards pour l'opinion contraire, je ne puis trouver dans les faits de l'espèce aucun élément pouvant justifier qu'on lève le voile corporatif. Malgré le caractère «familial» de l'entreprise, en l'occurrence les intimés ont choisi la formule corporative plutôt que de faire affaires sous leur nom personnel... En conséquence, il n'y a pas lieu de lever le voile corporatif en l'espèce et, à mon avis, l'action des intimés ne saurait être accueillie pour ce motif.³⁴⁰

³³⁹ . Précitée, note 73.

³⁴⁰ . Précitée, note 73, 180.

Après avoir épuisé le recours en droit contractuel³⁴¹ et celui de la levée du voile corporatif, la cour aborde la possibilité d'établir la responsabilité délictuelle de la banque envers les intimés. Reprenant les critères de Baudouin, la Cour suprême démontre que la banque a commis une faute en réalisant les garanties de façon abusive, alors qu'elle était au courant de la vente imminente des actions des frères Houle. Deuxièmement, les dommages subis par les frères Houle sont directs et certains : directs du fait que l'acte de la banque a diminué la valeur que les frères Houle allaient obtenir pour leurs actions n'eut été de la faute commise et certains parce qu' :

... il y a eu davantage qu'un simple dommage causé à la compagnie étant donné que les intimés étaient, à la connaissance de la banque, en train de négocier la vente de leurs actions et qu'ils avaient donc un intérêt financier direct et personnel en jeu et la banque savait cela...³⁴²

La Cour suprême a également établi le lien de causalité entre la faute et les dommages : «les agissements de la banque ont directement causé la perte subie par les frères Houle, la liquidation des actifs ayant affaibli le pouvoir de négociation des actionnaires quant à la vente de leurs actions»³⁴³. L'arrêt Houle nous donne un bon exemple des critères nécessaires pour établir la responsabilité délictuelle, mais plus encore, cette décision nous permet d'établir qu'un tiers qui encourt une responsabilité délictuelle directe envers une personne ne peut se soustraire à cette responsabilité sous prétexte que cette personne est actionnaire d'une compagnie avec laquelle il transige³⁴⁴. Il n'est pas difficile d'appliquer le même principe à l'actionnaire, c'est-à-dire que l'actionnaire qui encourt une responsabilité délictuelle directe envers une personne ne peut pas se soustraire à cette responsabilité sous prétexte qu'elle est actionnaire. Fondamentalement, c'est ce qui est exprimé dans l'article 317 du CCQ, sauf qu'on y a établi que la levée du voile corporatif constituait un motif en soi pour responsabiliser l'actionnaire alors que la responsabilité délictuelle aurait dû s'appliquer.

³⁴¹ . Selon Turgeon dans J. TURGEON, *loc. cit.*, note 2, 420, l'affaire Houle aurait dû se décider en vertu du droit contractuel : «L'intention commune des contractants est d'avoir trois parties à un contrat global inconnu peut-être, mais un contrat tout de même : la banque, la compagnie et ses actionnaires, la compagnie et les actionnaires étant solidairement responsables d'une obligation commerciale. Ceci établit, à notre avis, un lien de droit direct et contractuel entre la banque et les frères Houle qui va au-delà du seul contrat de cautionnement».

³⁴² . Précitée, note 73, 186.

³⁴³ . J. TURGEON, *loc. cit.*, note 2, 426.

³⁴⁴ . Voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 22. Pour des détails sur la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Houle, voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 86.

Évidemment, cette discussion sur l'application de la responsabilité civile lorsqu'un actionnaire a agi de façon fautive est peut-être futile compte tenu de l'article 317 du CCQ. Nous ne croyons toutefois pas qu'un motif exclut l'autre et qu'il peut exister des situations où l'article 317 CCQ ne satisfait pas la réclamation d'un demandeur. On trouve un tel exemple dans l'affaire Immeubles GLMC Inc. c. Tremblay³⁴⁵. La demanderesse réclame le paiement de commissions de courtage que le défendeur se refuse à lui payer. Dans une première poursuite, la demanderesse réclame de la corporation dont Tremblay est actionnaire et de Tremblay personnellement, les montants dues, en basant sa réclamation sur un contrat. La demanderesse obtient gain de cause contre la corporation mais pas contre Tremblay parce que la cour est d'avis que les gestes de ce dernier ne contreviennent pas à l'article 317 CCQ. La corporation étant insolvable, la demanderesse poursuit Tremblay à nouveau, cette fois en réclamant des dommages en vertu de la responsabilité civile de Tremblay. La cour considère les faits en tentant d'établir les critères de la responsabilité civile :

Pour que ces actes puissent créer un lien direct de nature délictuelle, il fallait que les fautes reprochées ne découlent pas d'actes accomplis par les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions relativement à l'exécution d'un contrat intervenu entre la compagnie et un tiers. Or, les fautes reprochées consistaient précisément en des gestes accomplis par les défendeurs dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateurs dans le cadre de l'exécution du contrat de courtage avec la demanderesse. De plus, cette dernière n'a pas prouvé l'existence de dommages autres que ceux découlant de l'exécution du contrat.³⁴⁶

La demanderesse rate donc tous les tests permettant d'établir la responsabilité civile et n'a pas gain de cause³⁴⁷. Cette décision reste intéressante parce qu'elle nous donne un exemple où l'article 317 CCQ n'offre pas un motif adéquat de récupération de dommages auprès d'un actionnaire. On peut aussi se poser la question de savoir si une poursuite en délit doit toujours être jointe à une poursuite en vertu de l'article 317 CCQ. Si la fraude ou l'abus de droit ne sont pas démontrés, sera-t-il plus facile de démontrer la faute?

³⁴⁵ . Précitée, note 82.

³⁴⁶ . Précitée, note 82, 278.

³⁴⁷ . L'affaire Immeubles GLMC Inc. est discutée dans S.W. HAMILTON, loc. cit., note 25, 294; et dans P. MARTEL, loc. cit., note 22, 466.

Nous avons déjà considéré l'affaire Pilon Ltée c. Boivin³⁴⁸ où il était question des fausses déclarations de Boivin pour obtenir un prêt pour sa corporation. La cour y a levé le voile corporatif parce qu'à son avis, le fait que Boivin cache l'insolvabilité de la corporation constitue une fraude. Par contre, il aurait été tout aussi facile de démontrer la faute de Boivin qui a faussé l'état financier de la corporation dont il était actionnaire. La preuve de dommages est assez facile puisque la demanderesse a perdu la somme d'argent prêtée à Boivin. Quant au lien de causalité, il est possible d'établir que la demanderesse n'aurait pas prêté d'argent à la corporation si elle avait eu connaissance de son insolvabilité.

Dans une autre affaire de fausse déclaration, la cour a également appliqué le critère de fraude de l'article 317 CCQ. Dans Bergeron c. Société nationale de la franchise SNF Inc.³⁴⁹, les actionnaires de la défenderesse représentent faussement qu'ils ont de l'expérience dans le commerce de bains flottants. Bergeron leur confie le mandat d'effectuer une étude de faisabilité mais apprend avant que l'étude ne soit complétée que la défenderesse et ses actionnaires ne possèdent pas les qualifications qu'ils ont dit avoir. Bergeron demande à la cour d'annuler le contrat et exige le remboursement des fonds avancés. La cour est d'avis que les fausses représentations des actionnaires de la défenderesse constitue une fraude au sens de l'article 317 CCQ et permet à la demanderesse de récupérer les montants des actionnaires personnellement³⁵⁰. Pourtant, la preuve de la faute des demandeurs aurait été aussi plausible. Les fausses déclarations des actionnaires rencontre les critères de preuve d'une faute puisque Bergeron a subi des pertes et que les fausses déclarations ont causés les dommages subis par Bergeron.

Dans certaines situations, le délit de la provocation du bris de contrat peut être démontré. Dans 3102-2734 Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc.³⁵¹, il est question d'un contrat d'achat d'entreprise où figure une clause de non-concurrence. La défenderesse a effectivement convenu de ne pas ouvrir de restaurant dans un certain périmètre entourant l'établissement qu'elle vient de vendre à la demanderesse. La

³⁴⁸ . Précitée, note 82.

³⁴⁹ . Précitée, note 82.

³⁵⁰ . Cette affaire est commentée dans P. MARTEL, loc. cit., note 22, 464; et dans S.W. HAMILTON, loc. cit., note 25, 295.

³⁵¹ . J.E. 94-1397.

clause de non-concurrence a été signée par une corporation alors que le nouveau restaurant est opéré sous un autre nom. La cour conclut toutefois que la clause de non-concurrence engage également les administrateurs de la corporation et empêchent ces derniers d'opérer un commerce en contravention de la clause. La cour dit lever le voile corporatif pour motif d'abus de droit de la part des administrateurs de la défenderesse³⁵².

Notons que cette décision n'est pas bien fondée même au niveau de la levée du voile corporatif parce que c'est le statut d'administrateur du couple qui contrevient à la clause de non-concurrence que la cour remet en question et non leur statut d'actionnaire. La levée du voile corporatif ne pourrait donc pas s'appliquer à eux. Par contre, il est possible de démontrer que le couple en question a commis une faute délictuelle qui engendre leur responsabilité personnelle. Le fait qu'ils connaissent la clause de non-concurrence et qu'ils ont choisi d'y contrevenir démontre la faute. La demanderesse est en mesure de démontrer sa perte de clientèle depuis l'ouverture du compétiteur et on peut établir que cette baisse de clientèle est directement liée à la présence fautive du nouveau commerce. La responsabilité délictuelle nous permet de responsabiliser les gestes fautifs du couple sans se préoccuper de leur statut particulier avec la corporation.

On remarque que les tribunaux lèvent plus facilement le voile corporatif dans les cas où des corporations à actionnaires uniques où des corporations où un petit groupe d'actionnaires joue un rôle prédominant dans les opérations de la corporation. Il est souvent difficile de distinguer le rôle d'actionnaire et d'administrateur de ces personnes. En bout de ligne, on cherche à réclamer le remboursement d'une créance ou de dommages causés par les actes d'une personne, peu importe son statut d'actionnaire ou d'administrateur. Le meilleur moyen d'atteindre ce résultat est d'imposer à la personne fautive une responsabilité délictuelle. On punit alors le vrai coupable sans risquer de toucher les co-investisseurs. L'actionnaire qui ne joue pas un rôle actif dans la gestion de la corporation n'aura rien à craindre s'il a les mains propres. Comme nous l'avons démontré, l'imposition d'une responsabilité délictuelle n'est pas nécessairement plus difficile à prouver que la levée du voile corporatif, même en droit québécois. L'affaire Immeubles GLMC Inc. confirme que l'article 317 du CCQ n'empêche pas

³⁵² . Cette décision est commentée dans P. MARTEL, loc. cit., note 22, 473.

d'invoquer les principes de la responsabilité civile. Finalement, nous soumettons que le délit permet d'attribuer une responsabilité personnelle à un directeur ou administrateur d'une corporation (donc de lever le voile corporatif lorsqu'il est aussi actionnaire) lorsqu'il pose des gestes fautifs qui dépassent les paramètres de son mandat envers la corporation. La personne fautive est pénalisée pour ses agissements sans toucher à la personnalité distincte de la corporation et sans avoir à invoquer des concepts abstraits comme l'alter ego, la façade ou l'état de marionnette de la corporation.

Section 4.01.2 - La responsabilité de l'actionnaire fondée sur le droit contractuel

*«The great fishes ... will swim through the gap one by one.»
- MacNaghten J.*

Nous avons posé l'hypothèse qu'une alternative à la levée du voile corporatif consiste à appliquer des principes déjà établis dans notre droit, notamment le droit contractuel. Nous sommes d'avis que lorsqu'un contrat existe, c'est ce document qui doit exprimer l'intention des parties et que la cour ne doit pas y déroger. Il peut arriver qu'une telle interprétation du contrat ouvre la porte à une utilisation abusive de l'entité corporative, comme l'exprime le juge MacNaghten dans la citation ci-dessus. Nous croyons toutefois que ces abus peuvent être contrés par une plus grande vigilance des parties contractantes et par l'application de principes contractuels. Nous allons d'abord établir les éléments nécessaires à la constitution et à l'interprétation du contrat en common law et en droit civil. Encore une fois, nous croyons primordial de comprendre les principes fondamentaux pour bien les appliquer. Par la suite, nous allons analyser diverses décisions où le tribunal a tantôt levé le voile corporatif et tantôt refusé de lever le voile corporatif lorsqu'un contrat existait entre la corporation et une tierce partie. Nous verrons que le soulèvement du voile est difficilement justifiable lorsqu'on considère les obligations contractuelles des parties. Encore une fois, notre objectif consiste à respecter la personnalité distincte de la corporation tout en forçant l'actionnaire fautif à répondre de ses actions par l'application de principes juridiques conséquents.

Section 4.01.2.1 - L'existence du contrat en common law

En common law, les composantes du contrat sont assez simples. Il doit y avoir au moins deux parties contractantes, une offre, une acceptation et une contrepartie³⁵³. L'offre consiste en une signification, d'une personne à une autre, de son intention de conclure un contrat avec cette autre personne sous certaines conditions³⁵⁴. L'acceptation existe lorsque la partie à qui l'offre est adressée signifie à son tour son intention de conclure un contrat suivant les termes offerts par la première partie³⁵⁵. La contrepartie peut prendre plusieurs formes, notamment : «The principle requisite and that which is the essence of every consideration, is that it should create some benefit to the party promising or some trouble, prejudice or inconvenience to the party to whom the promise is made»³⁵⁶. On sait également que la forme du contrat n'a pas beaucoup d'importance (sauf lorsque prescrit par la loi), mais que l'intention des parties quant à l'identité des contractants et l'objet du contrat doivent être non-équivoques³⁵⁷. Selon les règles d'interprétation du contrat, la cour a l'autorité de corriger des erreurs dans le texte du contrat seulement lorsque la preuve démontre que le texte ne reflète pas l'intention des parties au moment où a été conclu le contrat. Mais l'autorité du tribunal dans ces situations a également une limite :

³⁵³ . G.H.L. FRIDMAN, The Law of Contract in Canada, 3^e édition, Scarborough, Carswell, 1994, p. 853.

³⁵⁴ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 26.

³⁵⁵ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 44.

³⁵⁶ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 83.

³⁵⁷ . Nous n'allons pas nous attarder à l'analyse des décisions portant sur l'objet du contrat, puisqu'elle ne porte pas directement sur la responsabilité personnelle de l'actionnaire. Il est toutefois intéressant de noter que le tribunal modifie parfois l'objet du contrat pour donner application à l'intention des parties. C'est le cas dans une série de décisions sur le paiement des commissions de courtage; voir Boudreau c. Motel Lasalle Baie Comeau Inc., [1974] C.S. 577; Kurtz c. Bruce Tingley Ltd., [1974] C.S. 628, [1976] C.A. 562; Berger c. St-Jean, [1984] C.S. 407; et Immeubles Durante Ltée. c. Entreprises JGF Ltée., J.E. 86-792. Toutes ces situations sont assez semblables, c'est-à-dire qu'une entente pour le paiement de commissions de courtage est conclue entre deux parties. Cette entente prévoit également que le paiement sera dû lors de la vente de l'immeuble respectif. Une transaction s'ensuit, mais pour des raisons fiscales, on effectue la vente des actions de la corporation qui est propriétaire de l'immeuble au lieu de la vente de l'immeuble comme tel. Dans chacune de ces décisions, la cour a permis le paiement des commissions sous prétexte que le résultat visé par l'entente de commission est le transfert du bien et que la méthode utilisée n'est pas importante tant que le courtier a joué son rôle de trouver un acheteur. Il ne s'agit pas vraiment d'un changement de l'objet du contrat car ultimement, l'intention est d'effectuer le transfert des biens. L'interprétation de l'intention du contrat cadre avec l'autorité en équité de la cour à corriger les erreurs des parties au contrat que nous allons étudier plus loin.

Rectification is not used to vary the intentions of the parties, but to correct the situation where the parties have settled upon certain terms but have written them down incorrectly. But the court will not give a remedy for a party who is displeased with what the contract has brought him.³⁵⁸

Cette règle empêche la levée du voile corporatif dans bien des situations. On sait que la levée du voile corporatif sert à imposer une responsabilité à une partie qui était absente au contrat initial. À moins de démontrer que les parties avaient l'intention d'inclure une responsabilité personnelle de l'actionnaire dans le contrat initial, et que son absence du contrat n'est due qu'à une erreur, le tribunal ne devrait pas imputer cette intention aux parties.

Malheureusement, les tribunaux ne partagent pas cet avis et soulèvent parfois le voile pour enjoindre la responsabilité personnelle d'un actionnaire, même lorsqu'il n'est pas partie au contrat. C'est le cas dans l'affaire Manley Inc. c. Fallis³⁵⁹, dont nous avons discuté sous la rubrique des corporations affiliées, où la filiale américaine d'un employeur poursuit un ex-employé pour l'empêcher de vendre des produits de ses concurrents. On se rappelle que la cour a décidé que le contrat d'emploi de Fallis, qui est avec une compagnie canadienne dûment incorporée, l'oblige également envers la filiale américaine qui n'était pourtant pas partie au contrat. À notre avis, cette décision est erronée. Si la filiale canadienne voulait restreindre le droit de Fallis de transiger avec des concurrents, il fallait l'ajouter au contrat; de même, si la compagnie américaine voulait protéger ses intérêts, elle aurait dû se joindre au contrat dès le début de la relation.

Une série de décisions portant sur des clauses de non-concurrence mettent en doute la personnalité distincte de la corporation avec des résultats plus ou moins satisfaisants. L'affaire précitée Gilford Motor Co. c. Horne³⁶⁰ est l'arrêt de base pour établir que l'employé qui s'est engagé personnellement à une clause de non-

³⁵⁸ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 822.

³⁵⁹ . Précitée, note 208.

³⁶⁰ . Précitée, note 115. À la page 956, le juge Hanworth conclut que l'obligation de non-concurrence s'étend à toute corporation dont Horne est actionnaire : «I am quite satisfied that this company was formed as a device, a stratagem, in order to mask the effective carrying on of a business of Mr. E.B. Horne. The purpose of it was to try to enable him, under what is a cloak or a sham, to engage in business in which, on consideration of the agreement which had been sent to him just about seven days before the company was incorporated, was a business in respect of which he had a fear that the plaintiffs might interfere and object».

concurrence envers son ancien employeur ne peut éviter cette obligation par le biais d'une corporation dont il est actionnaire. Ce principe est contraire au droit contractuel que nous avons énoncé ci-haut parce qu'il permet d'ajouter une partie à un contrat. Si le contrat a été signé par une personne en particulier, on ne peut pas dire plus tard qu'une autre personne est aussi liée au contrat qu'elle n'a jamais signée. L'affaire Gilford Motor Co. n'est pas unique et une série de décisions semblables appuient ce principe.³⁶¹ Dans toutes ces décisions, on en vient à la conclusion que l'individu ne peut pas faire indirectement ce qui lui est directement interdit. Par contre, cette interprétation du contrat n'est pas appuyée par les principes du droit contractuel. L'employeur aurait facilement pu indiquer au contrat que la clause de non-concurrence s'étendait à toute corporation dont l'employé devenait actionnaire ou qui pourrait être sous son contrôle. Les parties ont choisi de ne pas le faire et cette intention doit être respectée. Même l'autorité de la cour de rectifier le contrat par le biais de l'équité ne peut pas s'appliquer parce que ce principe nécessite la présence d'une erreur dans le texte contractuel³⁶². On peut difficilement démontrer que les deux parties avaient l'intention d'empêcher la concurrence de toutes les entités dont l'employé peut faire partie. Les décisions comme celles de l'affaire Gilford Motor Co. sont tranchées sur une base d'intérêt public et donnent un résultat raisonnable mais qui n'a pas de fondement limité³⁶³.

Un autre principe de common law en matière contractuelle tient à ce que le bris d'une clause essentielle au contrat, comme l'identité des parties ou la l'insatisfaction de

³⁶¹ . Voir Hecke c. La compagnie de gestion Maskoutaine Ltée. et al, [1972] R.C.S. 22, à la page 25 où la Cour suprême du Canada étend la clause de non-concurrence à laquelle s'est engagé un individu à toute corporation dont il devient actionnaire ou qu'il contrôle dans les faits : «Le défendeur a contribué à la formation et aux opérations de la nouvelle compagnie en concurrence directe, pour partie importante, avec son ancienne entreprise... Nul doute qu'il exerce une influence prépondérante sur ses co-actionnaires, dont ni l'un ni l'autre n'est majoritaire, et qui manifestent clairement leur confiance en son leadership». Voir aussi Northland Village Shopping Centre Ltd. et al c. Perrotte et al, [1976] C.S. 731; 126632 Canada Inc. c. Gestion Lemarco Inc., J.E. 87-264; Marque D'Or Inc. et al c. Charles Clayman et al, [1988] R.J.Q. 706; 149649 Canada Inc. c. 98219 Canada Inc., J.E. 89-419; Groupe SNC-Lavalin Inc. et al c. Raymond Leboeuf et al, [1995] R.J.Q. 170.

³⁶² . Voir G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, pp. 821-833.

³⁶³ . Dans F.H. BUCKLEY, loc. cit., note 296, C :24, l'auteur nous indique que les décisions comme celles de Gilford Motor Co. se basent sur une théorie du «gap-filling» : «The justification for the implication of terms in a contract, or for the broad interpretation of a statute, is that this economizes on the costs associated with writing contracts or drafting statutes... So long as any costs (called transaction costs by economists and fees by lawyers) are associated with preparing such provisions in an express agreement, the parties may be better off when presumptive terms are provided by a court. The parties may then bargain more economically in the knowledge that gaps in their agreement will be filled in by a court».

l'objet du contrat, apporte sa nullité. Les parties sont remises dans l'état où elles étaient au début du contrat et les dommages appropriés sont accordés aux parties qui ont provoqué la nullité. La représentation frauduleuse amène également la nullité du contrat et l'attribution de dommages; elle consiste en «a representation of fact made without any belief in its truth, with intent that the person to whom it is made shall act upon it and actually causing that person to act upon it»³⁶⁴. Quatre conditions permettent de démontrer la fraude soit, (1) que la déclaration est faite par une partie au contrat ou son représentant; (2) que la déclaration est fausse dans les faits; (3) que la personne qui fait la représentation sait qu'elle est fausse ou en sachant qu'elle peut être fausse; et (4) que la représentation a influencé le plaignant à conclure le contrat³⁶⁵. Comme dans le cas du bris de contrat, la représentation frauduleuse amène l'annulation du contrat et la remise des parties dans l'état initial ainsi que l'attribution de dommages.

Le principe que le contrat doit être respecté s'il n'existe aucune fraude se dégage de plusieurs décisions et applique des principes appropriés. Dans les décisions précitées Henry Brown & Sons c. Smith³⁶⁶ et Clarkson c. Zhelka³⁶⁷, les tribunaux ont interprété les contrats de façon stricte pour conclure que si l'identité de la corporation contractante est stipulée au contrat, on ne pourra attribuer une responsabilité personnelle à l'actionnaire que s'il s'est servi de la fraude pour favoriser la conclusion du contrat.

Un autre exemple où la cour a refusé de modifier son interprétation du contrat en l'absence de fraude est illustré dans l'affaire Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd et al³⁶⁸. En l'espèce, la demanderesse retient les services des défendeurs pour réparer un aquarium submergé. Le produit recommandé par les défendeurs s'avère

³⁶⁴ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 294.

³⁶⁵ . G.H.L. FRIDMAN, op. cit., note 353, p. 294.

³⁶⁶ . Précitée, note 112. L'affaire concerne l'achat d'un yacht par une corporation et le vendeur qui tente d'en obtenir le paiement auprès de l'actionnaire personnellement. Au sujet de cette affaire, T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, op. cit., note 137, p. 137 soutiennent qu'elle démontre que : «It is equally important in respect of simple contractual liability to distinguish between contracts entered into by a company and those entered into by its controlling shareholders or directors. If it is clear that the company has made the contract, there is no question of its directors or shareholders being held liable on the contract».

³⁶⁷ . Précitée, note 113. Cette cause traite du transfert par un individu en faillite d'un terrain à sa sœur sans considération. La vente étant jugée légitime, le syndic ne peut pas annuler la transaction.

³⁶⁸ . (1974) 51 D.L.R. (3d) 702.

inadéquat et cause des dommages substantiels à la demanderesse. Elle poursuit la défenderesse et ses actionnaires pour fausses représentations. La Cour d'appel refuse d'attribuer une responsabilité quelconque aux actionnaires :

There was a contract between Sealand and McHaffie Ltd. The statement was made by an employee of McHaffie Ltd in carrying out that contract and I think that the duty and the liability ought to be discovered in the contract. If additional duties and liabilities are to be attached, it will have the effect of changing the bargain made by the parties. That would be inappropriate.³⁶⁹

Il est clair que la cour ne voit pas la levée du voile d'un bon œil lorsqu'un contrat existe entre des parties consentantes. Le juge n'a pas voulu imputer une responsabilité personnelle à McHaffie parce qu'il était employé, mais aussi parce qu'il était actionnaire principal de la défenderesse.

Une situation différente se dessine dans les cas où les parties liées par un contrat ne sont pas les mêmes dans les faits. On se réfère parfois à ces décisions comme portant sur la levée du voile corporatif, mais elles sont plutôt un exemple où l'on interprète le contrat de sorte à refléter la réalité de la relation entre les parties :

In some cases, the principal of the corporation has been perceived as the true vendor or purchaser of property. These are not truly corporate veil cases but merely examples of individuals contracting in a personal capacity.³⁷⁰

Dans l'affaire Royal Stores Ltd. c. Brown³⁷¹, Brown utilise la demanderesse comme fournisseur pour son dépanneur depuis plusieurs années. Pour des fins administratives, Brown incorpore le commerce sans en aviser formellement la demanderesse. Dans les faits, cette incorporation ne change rien dans la relation entre Brown et le fournisseur. Lorsque le compte de Brown est en souffrance, la demanderesse réclame le paiement de Brown qui l'avise que la dette est due par la corporation maintenant insolvable. La cour est d'avis que Brown a une obligation d'aviser la demanderesse du changement de responsabilité pour le compte et n'a pas voulu accepter que Brown se cache sous le voile corporatif. On a donc reconnu que les parties au contrat original ne pouvaient être remplacées sans le consentement mutuel

³⁶⁹ . Précitée, note 379, 705.

³⁷⁰ . H. SUTHERLAND, op. cit., note 20, p. 22.

des parties. Le même raisonnement s'applique dans une situation où une compagnie ayant un compte avec un fournisseur n'avise pas ce dernier de la création d'une nouvelle entité corporative par le biais d'une fusion³⁷²; et dans le cas où un réparateur de bijoux n'indique pas clairement à ses clients qu'ils transigent avec une entité corporative³⁷³. Un dernier exemple de ce type de situations se trouve dans WR Benjamin Products Limited c. Saulnier³⁷⁴ où le juge Miller a déclaré :

The evidence here is clear that the defendant contracted with the plaintiff in such a form as to make himself personally responsible. He cannot, by disclosing the existence of a corporate principal or claiming that he was only acting as an agent, escape liability.³⁷⁵

En l'espèce, Saulnier a ouvert un compte auprès de la demanderesse, son fournisseur. Ce compte est ouvert au nom de «Moncton Burner Service» sans indication du statut de corporation de cette entité. Le fait de ne pas avoir communiqué clairement la nature de la partie contractante engendre la responsabilité personnelle du défendeur. Il faut donc retenir que l'autorité en équité du tribunal ne lui permet pas de lever le voile corporatif en matière contractuelle. Lorsque les parties transigent, elles doivent stipuler au contrat toutes les conditions de leur entente. La cour ne peut pas substituer l'actionnaire à la corporation sauf si tel était l'intention des parties.

Dans d'autres situations, la cour soulève le voile corporatif pour empêcher un actionnaire d'éviter l'effet d'une transaction. On pense aux décisions précitées de Lockharts Ltd. c. Excalibur Holdings Ltd. et al³⁷⁶ et Canadian Homes & Development Inc. c. 114997 Canada Inc.³⁷⁷; et vient s'ajouter l'affaire Perma-Last Whitewall (Montreal) Ltd.

³⁷¹ . (1956) 5 D.L.R. (2d) 146.

³⁷² . Spilsbury Communications Ltd. c. FMR Investments Ltd., (1986) 73 N.S.R. (2d) 86.

³⁷³ . Chaing c. Heppner, (1978) 6 B.C.L.R. 76. En comparaison, la cour du Nouveau-Brunswick n'a pas permis à un créancier de récupérer les montants dus par une corporation auprès de l'actionnaire personnellement, sous prétexte que la corporation n'était qu'un «holding». La cour est d'avis que le créancier connaissait la nature de la corporation dès le début de la transaction et a la responsabilité de se protéger; voir 390346 Ontario Limited et al c. Malidav Holdings Limited et al, (1980) 31 N.B.R. (2d) 72.

³⁷⁴ . (1982) 40 N.B.R. (2d) 573.

³⁷⁵ . Précitée, note 385, 540.

³⁷⁶ . Précitée, note 255.

³⁷⁷ . Précitée, note 86. Selon Martel, il s'agit «de la première décision québécoise retenant la responsabilité personnelle d'un administrateur en cas de bris de contrat par sa compagnie et en l'absence de preuve d'une faute extra-contractuelle de sa part»; voir P. MARTEL, loc. cit., note 22, 469.

c. Associated Acceptance Company Limited³⁷⁸. Dans cette dernière décision, un dénommé Hunter achète divers véhicules. Lorsqu'il fait défaut de payer le coût d'achat, il négocie une quittance avec l'appelante. Quelque temps plus tard, l'intimé réclame ses droits sur les véhicules en indiquant que c'est elle et non Hunter qui en détient les droits de propriété. L'intimé est une corporation dont Hunter détient toutes les actions. En première instance, le juge a rejeté la réclamation de l'intimé et la Cour d'appel confirme son jugement :

Personne ne conteste qu'une société et ses actionnaires ont des droits et des obligations distincts, mais rien n'empêche qu'une corporation soit le prête-nom ou l'agent d'un ou de plusieurs de ses membres. Et, dans ce cas, l'acte posé par la société devient l'acte de l'actionnaire lui-même... Il appert, de plus, que cette société semble n'avoir jamais opéré si ce n'est pour former l'opposition qui fait l'objet du présent litige. La cour n'a donc aucune hésitation à venir à la conclusion que l'opposante n'était que le prête-nom de Hunter...³⁷⁹

Encore une fois, la cour cherche à identifier les vraies parties au contrat initial à cause de la mauvaise foi ou du subterfuge de Hunter. Cette levée du voile corporatif était-elle nécessaire? Nous ne le croyons pas. Si la quittance donnée par Hunter personnellement n'était pas valide parce que la propriété des véhicules est détenue par une corporation, la quittance devient invalide pour motifs de fausse représentation. Les quatre critères permettant de prouver la fausse représentation sont présents : Hunter est le représentant d'une partie au contrat; il a signé une quittance alors qu'il n'avait pas la propriété des biens; il savait qu'il n'en avait pas la propriété; et la demanderesse n'aurait pas conclu la vente si une corporation en avait eu la propriété, du moins pas sans obtenir l'engagement personnel de Hunter.

Le raisonnement approprié lorsqu'une corporation est formée dans le but d'éviter une obligation contractuelle est d'identifier l'intention des parties à la signature du

³⁷⁸ . [1966] B.R. 612.

³⁷⁹ . Précitée, note 390, 614. Dans Provincial Electric (1969) Ltd. c. Registered Holdings Ltd. et al., (1977) 34 N.S.R. (2d) 100, à la page 105, la cour a conclu que toutes les corporations dans lesquelles l'actionnaire était impliqué sont responsables du paiement du privilège de construction : «A corporation can be an agent for an undisclosed principal just as can any other person. Where a limited company is used, as here, solely as a front for what are essentially the acts and operations of the principal shareholder, to the extent present in this case, the principal is the person primarily liable. Therefore, any judgement against Registered Holdings is a judgement against the other defendants as it cannot be regarded in fact or in law as a separate

contrat. Cette démarche a été retenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans Associated Growers of BC Ltd. c. Edmunds et al³⁸⁰ où, à notre avis, la cour a interprété correctement un contrat entre des parties, en particulier une clause qui engage les défendeurs à vendre à la demanderesse tous les fruits et légumes produits sur certains terrains. Le contrat prévoit également que les défendeurs peuvent vendre «de bonne foi» le terrain et qu'une telle vente met fin au contrat. Les défendeurs, voulant résilier cette entente (cette intention est avouée par les défendeurs), transfèrent la propriété du terrain visé à une corporation dont ils sont actionnaires. La cour refuse de soulever le voile corporatif et reconnaît la séparation des personnalités des actionnaires et des défendeurs :

There is no evidence upon which it can be at all concluded that the sale was not «in good faith», the sale was regular throughout and to a company, a separate entity, and it is impossible to contend that the defendant company should be deemed to be a trustee for the Growers (the defendants J and E Edmunds). The sale would appear to be a real transaction.³⁸¹

Les quatre conditions permettant d'établir la fraude dans un contrat ne sont pas rencontrées. Il n'y a eu aucune fausse déclaration de la part des défendeurs qui a incité la demanderesse à signer le contrat. Les parties n'ont pas envisagé la possibilité que les défendeurs passent par le biais de la corporation pour conclure une transaction de bonne foi. On ne peut donc pas leur prêter cette intention alors qu'ils ne sont pas satisfaits du résultat du contrat.

Section 4.01.2.2 - L'existence du contrat en droit civil

En droit civil, les conditions de formation d'un contrat sont exprimées à l'article 1385 du CCQ :

Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une

and independent entity but merely a front to deprive the creditors of their legitimate claims». L'affaire Perma-Last Whitewall est discutée dans J. SMITH et Y. RENAUD, *op. cit.*, note 8, p. 61.

³⁸⁰ . [1926] 1 D.L.R. 1093.

³⁸¹ . Précitée, note 392, 1097.

forme solennelle. Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.³⁸²

Le consentement s'exprime de façon expresse ou tacite par la personne qui accepte l'offre de l'autre partie³⁸³. La cause du contrat «est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure»³⁸⁴ et son objet consiste en «l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître»³⁸⁵. Tout le chapitre deux du titre cinquième du CCQ (soit les articles 1377 à 1456) porte sur les règles d'interprétation du contrat et le lecteur peut s'y référer au besoin. De façon succincte, les parties liées par un contrat devront en respecter les conditions; et le texte du contrat sera la référence pour déterminer l'intention des parties au moment de sa formation et tout au long de la relation contractuelle. Quant aux règles d'interprétation du contrat, la cour peut examiner «l'intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés»³⁸⁶. La cour pourra donc rectifier le contrat pour refléter l'intention des parties, mais cette intention est celle établie lors de l'acceptation du contrat. À notre avis, la levée du voile corporatif ne devrait pas permettre aux parties de déroger aux principes établis ci-haut. L'intention des parties est la seule autorité pour établir la responsabilité des intervenants en égard aux pertes ou dommages découlant d'un contrat. Ce n'est que dans de rares situations qu'on pourra démontrer qu'une partie contractant avec une corporation voulait vraiment transiger avec un individu. Les tribunaux se réclament de leur pouvoir de rendre justice pour en arriver à cette conclusion, alors qu'en matière contractuelle, le tribunal a aussi le devoir de corriger les erreurs qui ne reflète pas l'intention des parties. Comme en common law, si un contrat est conclu alors qu'une des parties a commis une fausse représentation, la nullité du contrat s'applique et il ne sera pas nécessaire d'invoquer la levée du voile corporatif.

Malgré les consignes claires du CCQ, les tribunaux ont levé le voile corporatif dans des situations où une partie contractante a fait de fausses représentations. C'est le cas dans l'affaire Crédit-bail Banque Royale Inc. c. Services professionnels Warnock

³⁸² . L.R.Q., 1991, c. 64.

³⁸³ . L'article 1386 CCQ se lit comme suit : «L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne».

³⁸⁴ . Voir l'article 1410 CCQ reproduit à l'Annexe «A» ci-joint.

³⁸⁵ . Voir l'article 1412 CCQ reproduit à l'Annexe «A» ci-joint.

Hersey Ltée.³⁸⁷ où le dénommé Rock a obtenu un prêt de la demanderesse en lui cachant que les mêmes garanties ont déjà été données à une autre institution. En l'espèce, la cour a jugé que la fraude de Rock permet de soulever le voile corporatif. Toutefois, la fausse représentation aurait été suffisante pour causer l'invalidité du contrat. Nous croyons que le CCQ est clair à l'effet que l'objet du contrat est un élément nécessaire à sa formation. La garantie fait sûrement partie de l'objet du contrat et si elle n'a pu être donnée parce que d'autres parties y ont droit, le contrat peut être annulé. La nullité du contrat engendre la remise des parties dans l'état où elles sont au début du contrat et la demanderesse peut récupérer les montants empruntés³⁸⁸.

Dans une situation semblable à celle de l'affaire Crédit-Bail Banque Royale Inc., la cour a refusé de soulever le voile, mais les motifs qui appuient sa décision sont erronés. C'est le cas dans Waxman et al c. 407 McGill Street Restaurant Inc. et al³⁸⁹, le bail entre les parties prévoit que le bail doit être renégocié si le restaurant est vendu. L'actionnaire principal de la corporation qui opère le restaurant vend ses actions et le propriétaire du local réclame la renégociation du bail. La cour est d'avis que si les parties n'agissent pas frauduleusement ou de mauvaise foi, le voile corporatif ne peut pas être soulevé :

Thus the criterium is that in the absence of fraud or improper conduct there is an opaque and impassable veil like an iron curtain between a company and a physical personal member of the company whether he be a majority shareholder or not. Otherwise, it would be the complete annihilation of the essence of incorporation. In the present case, no proof was made of any fault or improper conduct. Consequently the sale of shares by the majority shareholder being exempt from fraud or improper conduct cannot be said to be a sale by the company of its assets, namely the restaurant.³⁹⁰

Ce caveat de la cour quant à l'absence de fraude ou de mauvaise conduite n'a pas sa place. S'il n'y a pas de fausses représentations, le contrat doit être respecté. Ce n'est pas une question de soulèvement du voile ou du respect de la personnalité

³⁸⁶ . Voir l'article 1425 CCQ reproduit à l'Annexe «A» ci-joint.

³⁸⁷ . Précitée, note 85.

³⁸⁸ . En common law, la fausse représentation engendre la nullité du contrat : «At common law, only fraud entitles an innocent party to upset his apparent consent and avoid a contract which originally was validly created»; voir G.H.L. FRIDMAN, *op. cit.*, note 353, p. 294.

³⁸⁹ . [1967] C.S. 544.

³⁹⁰ . Précitée, note 373, 547.

distincte de la corporation. Il est intéressant de comparer la décision de Waxman à celles portant sur les clauses de non-concurrence, même si ces décisions ont été rendues par des cours de common law. Dans Waxman, le but de la manœuvre de l'actionnaire est d'éviter la négociation du bail qu'engendre la vente du restaurant. Cette démarche n'est pas différente de celle de l'ex-employé qui s'incorpore pour contrevenir à une clause de non-concurrence. Dans les deux cas, la corporation sert à éviter l'obligation contractuelle; dans Waxman on dit que cette démarche n'est pas frauduleuse alors que dans les décisions sur la non-concurrence on croit que l'utilisation de la corporation pour ces fins est fautive. À notre avis, le raisonnement dans l'affaire Waxman est plus approprié. Il faut bien comprendre toutefois que la seule façon d'invalider le contrat, dans une situation comme dans l'autre, doit s'appuyer sur la fausse représentation qui engendre la nullité du contrat et non la levée du voile corporatif.

Il existe aussi une série de décisions où le tribunal n'a pas permis d'imposer une responsabilité personnelle à un actionnaire alors qu'un contrat avait été conclu avec une corporation. Ces décisions nous paraissent appliquer des principes plus corrects. Dans l'affaire Quantum Management Services Ltd. c. Berry³⁹¹, la cour n'a pas permis d'imputer à une compagnie une clause de non-concurrence signée par sa compagnie sœur. Les faits démontrent, entre autres, que les compagnies ont les mêmes actionnaires et dirigeants, qu'elles opèrent dans les mêmes locaux et font partie d'un même groupe, connu sous le nom «Quantum». La cour a toutefois interprété le contrat d'emploi de façon stricte et refuse de substituer une corporation pour l'autre : «ceci ne change en rien le lien juridique qui doit être établi et la nature spécifique de chaque compagnie»³⁹². À notre avis, la cour a appliqué le raisonnement approprié en refusant d'ajouter une partie au contrat alors que ce n'était clairement pas l'intention des parties lorsqu'elles ont convenu de l'entente.

On peut donc conclure d'abord que le rôle du tribunal quant à son interprétation des contrats se limite à découvrir l'intention des parties au moment de la cristallisation de l'entente. On pourra rarement démontrer que cette intention était d'inclure l'actionnaire comme répondant pour les obligations de la corporation. Si tel n'était pas le

³⁹¹ . J.E. 85-836.

³⁹² . Précitée, note 375, 279. Pour Martel, cette décision est peu commune : «Il y a gros à parier que si la compagnie avait été défenderesse plutôt que demanderesse, le voile corporatif aurait été soulevé dans ces circonstances»; voir P. MARTEL, loc. cit., note 260, 11.

cas, pourquoi serait-il nécessaire d'obtenir l'engagement personnel de l'actionnaire lors de garanties bancaires ou autres contrats? À notre avis, si cette pratique devient un automatisme, elle cause un préjudice encore plus sérieux à la liberté de contracter des parties que peut causer les abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire.

Lorsqu'il existe un contrat entre des parties, la levée du voile corporatif a pour effet d'ajouter une partie à un contrat alors que ce n'était pas l'intention des parties au moment de la conclusion de l'entente. Cette pratique ne doit pas être permise. Si on veut réduire les abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire, il faut démontrer que l'actionnaire a agi frauduleusement, ce qu'on peut établir en utilisant les quatre critères prescrits. La fraude ne permet pas de soulever le voile, mais donne l'autorité à la cour d'invalidier le contrat, de remettre les parties dans l'état où elles étaient au début du contrat, et d'accorder certains dommages. Cette méthode permet de respecter la personnalité distincte de la corporation tout en appliquant des principes de droit légitimes. Elle est aussi conforme à la décision de Salomon où la Chambre des Lords a conclu que Salomon, l'individu, n'est pas responsable des obligations contractuelles de la corporation dont il est actionnaire.

On peut aussi dire que lorsqu'une des parties au contrat fait de fausses représentations, la nullité du contrat est engendré et peut être une alternative à la levée du voile corporatif.

Les parties à un contrat doivent également démontrer plus de vigilance lorsqu'ils signent des ententes. Elles doivent confirmer l'état de la corporation et demander l'engagement de l'actionnaire personnellement lorsqu'elles doutent de la solvabilité de l'entreprise. Le contrat est un document précis que les parties ont le droit de négocier (dans la plupart des cas), dans lequel on peut prévoir des pénalités, et où les parties ont le droit de confirmer le contenu pour protéger leurs intérêts³⁹³. Ce n'est pas comme

³⁹³ . Welling appuie ce raisonnement : «The English House of Lords noted that this made sense because those who dealt contractually with the corporation did so of their own free will and had access to the public records of the corporation. No one forced them to deal with the corporate entity. No one prevented them from demanding a personal guarantee from Salomon himself prior to contracting... The parties bargained with the corporation and lost. Neither the corporation with whom they dealt, nor Salomon who created the corporation, was under any duty to disclose anything beyond the fact that they were dealing with a corporate person. No one misled them. The basic rules of contract dictated that the creditors ought to lose»; voir B.L. WELLING, op. cit., note 33, p. 143.

dans le cas de délit où une partie est victime d'un acte aléatoire. Les parties à un contrat ont donc l'obligation minimum de s'assurer que le contrat protège les parties en cas d'insolvabilité du signataire et doivent confirmer l'identifier les parties à l'entente.

Nous croyons avoir offert plusieurs alternatives intéressantes à la levée du voile corporatif. Que l'on se base sur le délit ou le droit contractuel, les principes avancés sont tous existants dans notre droit canadien et reçoivent une application compatible à la structure corporative. L'utilisation de principes déjà reconnus dans notre droit offre donc plusieurs avantages. On impose à l'actionnaire fautif le fardeau des conséquences de ses gestes comme c'est le but de la levée du voile corporatif. Les règles du droit délictuel ou du droit contractuel permettent également une certaine prévisibilité à l'actionnaire et au tiers lésé par ces derniers. À notre avis, il ne fait aucun doute, à l'heure actuelle, que l'actionnaire type se croit complètement protégé par la personnalité distincte de la corporation. Par contre, si l'actionnaire est avisé qu'il peut être personnellement responsable des conséquences de son bris de contrat, de sa fraude, de sa fausse représentation, il aura tendance à être plus vigilant. Il pourra prendre les mesures nécessaires avant son investissement pour se protéger personnellement par le biais de contrats ou autres méthodes. La prévisibilité des recours s'applique également au créancier qui ne se croira plus sans recours envers un actionnaire négligent. Comme le dit Welling³⁹⁴, c'est grâce à un mélange créatif de la personnalité distincte avec d'autres principes légaux bien connus qu'on arrive à un système prévisible et acceptable pour responsabiliser l'actionnaire. C'est au juriste d'interpréter la législation corporative correctement et de trouver des moyens innovateurs mais conséquents pour en arriver au résultat voulu.

³⁹⁴ . Voir B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 127 : «We are looking for a theory that explains how to decide – a rational theory to organize passed cases and persuade future judges. The theory of corporate entity does precisely that. It needs only creative blending with other well-known legal principles to provide predictable and acceptable results in virtually all cases in which corporate entity seems problematical».

Section 4.02 - L'apport du législateur – création d'un nouveau modèle de la corporation

« ... governments will likely only be receptive to second order remedies and probably only those that are not too visible or likely to arouse violent opposition. »
 - J.S. Ziegel

Nous voulons maintenant discuter de méthodes législatives pour contrer les abus de la responsabilité limitée des actionnaires. Plusieurs alternatives ont déjà été avancées comme la réglementation des entreprises³⁹⁵. En Angleterre, l'«Unfair Contract Terms Act» empêche les parties contractantes pour certains biens de consommation de se soustraire à leur responsabilité pour la négligence causant la mort ou des préjudices physiques. Cette exemption s'étend à l'actionnaire et à toute partie impliquée avec la corporation³⁹⁶. On retrouve une limite semblable à l'article 1474 du CCQ qui prévoit qu'on ne peut pas s'exonérer des conséquences de sa négligence ou de sa faute lourde dans les cas de décès ou préjudice corporel, matériel et moral³⁹⁷. Cet article ne s'applique pas seulement aux actionnaires et aux corporations, mais offre quand même un recours potentiel dans le cas de délits plus flagrants. Finalement, certains juristes sont d'avis que tous les actionnaires, et non seulement ceux de corporations privées devraient pouvoir utiliser la convention unanime d'actionnaires³⁹⁸. On permettrait ainsi aux actionnaires d'avoir plus de contrôle sur la corporation, d'éliminer le conseil de gestion et de simplifier les dispositions de la LSA. L'effet de la convention unanime

³⁹⁵. Voir F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 116 : «A final method of reducing the incentive to engage in overly risky activities created by limited liability is the regulation of inputs. The regulation of nuclear power plants, for example, could be justified as a response to the perverse incentives created by limited liability».

³⁹⁶. Voir T. ORHNIAL, *op. cit.*, note 10, pp. 39-40.

³⁹⁷. L'article 1474 CCQ se lit comme suit : «Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossière. Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui». À notre connaissance, cette disposition n'a jamais été opposée à la responsabilité de l'actionnaire mais puisque l'article 1474 est d'ordre public, on pourrait y trouver le fondement d'un argument intéressant.

³⁹⁸. Voir M. DENNIS, «Corporations at the Crossroads» (1994/95) *Meredith Lect.* 113, à la page 116 : «I should make it clear at the outset that I agree with the use of the unanimous shareholder agreement as a technique to simplify the CBCA rules applicable to the close corporation. The shareholders of a close corporation should be able simply to enter into an agreement opting out of a number of CBCA procedural provisions and redesigning its organisational structure to suit their needs».

d'actionnaire sur la responsabilité limitée de l'actionnaire n'est pas certain, mais on peut penser que l'actionnaire se verrait attribuer toutes les responsabilités de l'administrateur et qu'il serait plus facile de démontrer l'intention et la connaissance de l'actionnaire dans des situations de délits, de contrats et autres.

Toutes les approches suggérées ont ceci en commun : le phénomène de la corporation régie par une législation uniforme est une des meilleures façons d'organiser l'activité commerciale de façon économique. On reconnaît cependant que la responsabilité limitée de l'actionnaire cause des pertes importantes aux tiers et qu'il vaudrait mieux balancer ces coûts avec les bénéfices de la responsabilité limitée pour la corporation et ses actionnaires. C'est au législateur que revient cette responsabilité puisqu'effectivement, c'est lui qui est le mieux placé pour réglementer la corporation. Nous allons donc décrire certaines dispositions législatives qui pourraient être ajoutées à la LSA, la LCQ et aux autres lois corporatives pertinentes pour donner plus d'information au tiers qui transige avec une corporation à responsabilité limitée. Une plus grande transparence de la corporation permettra au tiers de mieux se protéger.

Deuxièmement, nous croyons qu'il est possible de protéger les intérêts de tiers en légiférant le maintien d'un capital minimum dans la corporation. Une telle disposition permettrait de protéger la société des corporations insolvables et favoriserait une plus grande vigilance des intervenants de la corporation. Finalement, nous croyons que si nous permettons à des tiers de se protéger des abus de la responsabilité limitée, il faut aussi donner à l'actionnaire le pouvoir de se protéger des actions de la corporation. Si l'actionnaire n'a pas de mécanismes qui lui permettent d'intervenir dans les décisions de la corporation, il sera difficile de lui imposer une plus grande responsabilité personnelle. L'intervention de l'état dans les affaires de la corporation n'est pas toujours désirable mais il faut comprendre que la panoplie de recours imposés par les tribunaux pour contrer les effets de la responsabilité limitée de l'actionnaire présente une alternative encore moins intéressante. Une législation claire et d'application uniforme nous apparaît favorable pour le tiers, la corporation et ses membres.

Section 4.02.1 - La transparence

« ... the Canadian corporations acts do remarkably little to protect creditors against the abuses of limited liability. »

- J.S. Ziegel

Le législateur a plusieurs recours à sa disposition pour contrer les effets abusifs de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Une mesure assez simple mais que nous croyons importante consiste à exiger le dépôt d'états financiers auprès d'une autorité gouvernementale quelconque. Cette information serait accessible à tout particulier voulant s'informer de la performance économique d'une corporation.

Disons d'abord que le dépôt d'états financiers auprès d'une autorité gouvernementale peut sembler comme une obligation administrative onéreuse. Nous savons bien que la plupart des petites entreprises ne produisent pas ce genre d'information de façon régulière. Par contre, si la corporation obtient du financement d'une institution bancaire ou d'autres investisseurs, elle doit remettre des rapports annuels (ou plus fréquemment) à son institution bancaire. La responsabilité de cette remise de cet état à l'autorité gouvernementale pertinente ne serait donc peut-être pas si onéreux.

Il faut aussi considérer le fardeau administratif que peut représenter le dépôt d'états financiers pour l'autorité gouvernementale. Encore une fois, il nous apparaît que cette démarche ne serait pas nécessairement plus compliquée à administrer que le rapport annuel déjà exigé pour les corporations canadiennes. Le rapport financier pourrait avoir une forme simplifiée et prescrite par règlement. C'est de cette façon qu'on procède en Angleterre où les compagnies privées et publiques ont l'obligation de déposer un état financier annuel auprès du registraire des compagnies³⁹⁹. On force ainsi les corporations à maintenir une certaine transparence en offrant une source d'information précieuse au créancier.

Le coût associé à la remise d'états financiers est-il prohibitif? Bien sûr, le dépôt de cette information engendre des coûts pour la corporation et pour l'autorité gouvernementale. Par contre, ces coûts sont minimes comparativement à l'économie

³⁹⁹ . Voir J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1088.

dont bénéficieraient les tiers en ayant accès à cette information financière. On ne parle pas seulement d'épargne au niveau du coût de la recherche de crédit habituelle, mais également d'une économie quant aux contrats conclus entre les parties pour se protéger de l'insolvabilité de la corporation :

As Posner has noticed, incorporation under a public statute as a distinct legal process serves «to economize on transaction costs by supplying standard contract terms that the parties would otherwise have to adopt by express agreement». By doing so it serves as a substitute for the making of a set of contractual arrangements that in its absence would have to be made in order to create an organizational framework with corporate characteristics.⁴⁰⁰

Les lois corporatives sont donc le véhicule le plus efficace et le plus économique pour créer un mode d'organisation de l'activité commerciale. On peut donc penser que c'est aussi l'état qui est le mieux disposé pour fournir l'information financière à des tiers. On remarque que les lois corporatives sont plutôt silencieuses quant aux droits des créanciers ou des tiers face aux activités de la corporation. À notre avis, il s'agit là d'une lacune de ces lois. Le législateur ne doit pas se contenter de mettre en place des mesures qui visent les membres de la corporation mais doit aussi considérer les parties sur lesquelles la conduite corporative a un impact. L'article 241 de la LSA permet à un tiers d'entamer une poursuite contre la corporation ou ses membres fautifs, mais il faut également introduire des mesures préventives comme le dépôt d'états financiers. Il existe aussi d'autres façons pour le législateur d'intervenir pour protéger les intérêts des tiers de bonne foi et nous allons en discuter dans la section qui va suivre.

Section 4.02.2 - L'imposition législative du maintien d'un capital minimum

« ... this same entrepreneur would not buy the horse on mortgaged money, house it in a rented stall and then permit it to perish from malnutrition. »

- P.M. Salomon

Si on devait identifier une cause commune à la plupart des situations où la levée du voile corporatif a été permise, on pourrait dire que c'est le manque de capital de la corporation qui engendre ce recours. En effet, si la corporation avait suffisamment d'actifs pour compenser le tiers lésé, il ne serait pas nécessaire de réclamer auprès de l'actionnaire personnellement. Pourtant, la jurisprudence canadienne n'associe pas le

manque de capital de la corporation à un motif de levée du voile corporatif ni à une obligation quelconque de l'actionnaire. Welling est d'avis que cette situation ne changera pas tant que le législateur n'interviendra pas : «Thin capitalization of itself cannot be the key to the problem, so long as Canadian corporate statutes do not require any minimal degree of capitalization»⁴⁰¹. Comment assurer le maintien d'un capital minimum pour prévenir l'insuffisance de fonds de la corporation? Le législateur pourrait intervenir et imposer une telle mesure dans le cadre des lois corporatives. Au Canada, on discute de cette mesure depuis bon nombre d'années mais le législateur n'a toujours pas réagi⁴⁰². Pourtant, en Europe comme aux États-Unis, les corporations ont depuis longtemps une obligation législative de maintenir un capital minimum dans la corporation. Nous allons d'abord étudier comment différents pays traitent de cette question. Nous évaluerons ensuite les avantages et désavantages de l'imposition législative d'un capital minimum afin de déterminer si cette disposition constitue un mécanisme efficace contre les abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire.

Disons d'abord que si on ne retrouve aucune discussion du manque de capital de la corporation dans la jurisprudence et la législation canadiennes⁴⁰³, il en est tout autrement dans la plupart des pays d'Europe et aux États-Unis. En France et en Allemagne, les corporations doivent verser un capital minimum lors de l'incorporation :

Small companies in France and Germany must all have a minimum capital. The current figure for a *Société à responsabilité limitée* in France is FF 20,000 and for a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* in Germany

⁴⁰⁰ . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 90.

⁴⁰¹ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 142.

⁴⁰² . Dans J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1086, l'auteur nous donne un bref historique de l'évolution du critère d'un capital minimum au Canada : «Until 1833, the federal *Companies Act* (as it was then known) required companies to have a minimum paid up share capital of \$500 with which a company shall carry on business. See e.g. : *Companies Act*, R.C.S. 1927, c. 27, s. 9.8. The provision was omitted in the *Companies Act*, R.S.C. 1934, 24-25 Geo. V, c. 33, and has not reappeared since. Until 1930, the federal legislation also prohibited companies from commencing operations or incurring liabilities until a prescribed percentage of the company's authorized capital had been subscribed for. See e.g. : *Companies Act*, R.S.C. 1927, c.-27, s. 28. This provision was deleted by a 1930 amendment. See *Companies Act Amending Act*, S.C. 1930, c. 9, s. 11». Notons toutefois que la LSA actuelle n'est pas tout à fait muette sur le maintien d'un capital dans la corporation. En effet, on retrouve un test de solvabilité à l'article 25(3) de la LSA qui empêche la corporation d'émettre des actions avant qu'elles aient été payées; à l'article 38 de la LSA on restreint la possibilité de réduire le capital déclaré de la corporation, etc.

⁴⁰³ . Ce fait est confirmé dans T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, *op. cit.*, note 137, p. 146 : «As has been explained, there is no explicit requirement in Canadian company legislation, nor in the common law, that a company should be incorporated or carry on business with sufficient share capital to meet its ordinary needs».

DM 50,000. Though the Second Directive on the harmonization of company law in the EEC imposes a minimum capital requirement of 25,000 units of account in all member states in respect of what might be termed public companies, this does not apply in respect of private companies in Britain.⁴⁰⁴

Aux États-Unis, le manque de capital dans la corporation constitue un motif important de levée du voile corporatif. En effet, une étude empirique sur le sujet démontre que le manque de capital a été invoqué dans près de trente-cinq pour-cent (35%) des décisions où l'on a voulu imposer une responsabilité personnelle à l'actionnaire⁴⁰⁵. Il faut bien noter cependant qu'aux États-Unis, le manque de capital est invoqué comme un motif de levée du voile corporatif, même si l'obligation de maintien du capital est une disposition législative dans la plupart des états⁴⁰⁶. Ce n'est pas ce à quoi nous voulons en arriver ici. Nous pensons plutôt que l'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation serait un motif pour imposer une obligation personnelle à l'actionnaire.

Rien ne nous empêche toutefois d'étudier les modalités de l'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation, comme on les applique aux États-Unis, pour en retirer les meilleurs aspects. À la base de l'exigence d'un capital minimum dans la corporation, on retrouve le besoin de responsabiliser l'actionnaire pour son utilisation du système corporatif pour organiser ses activités. Le concept inhérent à la législation américaine qui exige un capital minimum dans la corporation tient à ce que :

The fact that they acquire limited liability is conditioned upon the premise that they may not engaged (sic) in a business venture free of all or any risk. On the contrary, they must assume reasonable proportions of business risk, and not attempt to pass this on to the unsuspecting creditor who may subsequently have a claim against the corporation. However

⁴⁰⁴ . T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, *op. cit.*, note 137, p. 132. Notez que si les corporations privées britanniques ne sont pas sujettes à un maintien de capital minimum, elles sont tout de même soumises à la loi sur la faillite qui prévoit qu'un administrateur ou actionnaire sera tenu personnellement responsable des dettes de la corporation si on démontre qu'il a poursuivi les activités de la corporation alors qu'il savait qu'elle ne pouvait éviter la faillite : voir J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1087.

⁴⁰⁵ . Voir J. THOMPSON, «Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study» (1991) 76 Cornell L. Rev. 1036, aux pages 1066 à 1067 où l'auteur décrit en détail le résultat de 637 causes où le manque de capital a été utilisé pour soulever le voile corporatif.

⁴⁰⁶ . Voir T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, *op. cit.*, note 137, p. 146 qui confirme ce qui suit : «But there are no cases in which undercapitalization on its own has been held sufficient».

expressed, the stockholder must pay for this limited liability he must risk some property in order to avoid risking all his property.⁴⁰⁷

Il s'agit là du principe fondamental qui justifie l'imposition d'un capital minimum dans la corporation. Si l'actionnaire accepte de bénéficier des profits résultant de son investissement, il doit également en accepter les risques et responsabilités. Comment ce concept théorique est-il appliqué en pratique?

Aux États-Unis, on exprime le concept du manque de capital de la façon suivante :

Thin capitalization is the term used to describe any situation in which a corporation is initially set up with an abnormally high debt to equity ratio. In simple terms this means that most of the capital the corporation has to deal with is borrowed, rather than being invested by shareholders.⁴⁰⁸

On remarque que le manque de capital doit paraître au moment de l'incorporation et qu'on attribue à l'actionnaire la responsabilité de voir à la suffisance du capital dans la corporation. La jurisprudence américaine a également élaboré des tests pour déterminer si la corporation rencontre ces exigences :

There must be a twofold showing, by a preponderance of the evidence of (1) a bad faith effort on the part of the controlling stockholders in the creation and maintenance of the corporate entity and (2) that this has worked an injustice on the plaintiffs. Assuming arguendo that this is correct, then inadequate capitalization is such an overt manifestation of bad faith that it alone should be sufficient to invoke a per se standard whereby the courts will pierce the corporation veil.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ . P.M. SALOMON, «Limited Limited Liability: A Definitive Judicial Standard for the Inadequate Capitalization Problem» (1974) 47 Temple L.Q. 321, à la page 339.

⁴⁰⁸ . E.E. PALMER et B. WELLING, Canadian Company Law – Cases and Materials, Toronto, Butterworths, 1986, à la page 3-52.

⁴⁰⁹ . P.M. SALOMON, loc. cit., note 408, 330. Voir W.P. HACKNEY et T.G. BENSON, «Shareholder Liability for Inadequate Capital» (1982) U. of Pitt. L. Rev. 837, à la page 892 : «Thus one should consider the amount of beginning capital reasonably adequate to provide the enterprise with the prospect of being able to generate cash flow from revenues and other sources in sufficient amount to cover reasonably anticipated costs and expenses of doing business. In addition, if the nature of the business entails an anticipated risk or injury to customers, employees or the public at large, the ability (through insurance or otherwise) to provide compensation for such injuries should be a factor in determining the reasonableness of beginning capital». Dans W.H.F.M. CORTENRAAD, op. cit., note 29, p. 347, l'auteur explique ces critères de la façon suivante : «The determination of whether a corporation's capital can be considered adequate is conceived largely a matter of hindsight. Two factors are usually considered to be decisive with regard to the question of whether a corporation's capitalization can be conceived adequate. Firstly, is the amount of capital put in the corporation as a separate entity by its shareholders

Il serait intéressant d'étudier si l'approche américaine a donné les fruits escomptés. Nous n'avons malheureusement pas pu identifier d'études évaluant l'impact de l'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation sur la performance des corporations. Il serait aussi intéressant de voir si l'insolvabilité de la corporation a moins d'impacts négatifs sur ses créanciers en Europe et dans les états américains qu'au Canada. On peut toutefois inférer que l'exigence d'un capital minimum dans la corporation exigée par l'alliance économique des pays européens et dans plusieurs états américains témoigne de son efficacité à certains niveaux.

Comment l'obligation du maintien d'un capital minimum est-il formulé dans la législation? Dans la plupart des états américains, la disposition législative relative prévoit ce qui suit :

Essentially, such rules require that a specified amount of cash or property valued at that amount be given to the corporation in exchange for shares as a condition of the state's creating the new corporate entity.⁴¹⁰

C'est là le principe de base mais plusieurs autres éléments entrent en jeu. Le premier est sûrement d'établir le montant de capital qui donnera une protection aux créanciers tout en n'étant pas trop lourd pour les investisseurs. Le Nouveau-Brunswick est la seule juridiction canadienne qui a instauré pour une brève période un capital minimum dans la corporation. La loi sur les compagnies du Nouveau-Brunswick, de 1973 à 1981, exigeait le dépôt d'un fonds de cinq cent dollars (500\$) lors de l'incorporation. Ce montant pouvait être dépensé dans le cours des activités de la corporation mais ne pouvait pas être distribué aux actionnaires⁴¹¹. La plupart des états américains exigent le maintien d'un capital d'opération d'au moins mille dollars (1000\$) comme condition initiale à l'incorporation⁴¹².

Pour établir si l'imposition d'un capital minimum dans la corporation est vraiment efficace, on peut déduire nous-mêmes que pour le créancier principal d'une corporation, le maintien d'un capital minimum de mille dollars (1000\$) ne vaudra pas grand chose.

sufficient to carry out the business concerned independent of shareholders' non-invested capital and control? Secondly, does the investment made by its shareholders render a reasonable creditor cushion?».

⁴¹⁰ . E.E. PALMER et B. WELLING, *op. cit.*, note 409, p. 3.52.

⁴¹¹ . Voir F.H. BUCKLEY, M. GILLEN, M. et R. YALDEN, *op. cit.*, note 57, p. 85.

Mais ce n'est peut-être pas ce type de créancier qui est visé par une telle mesure. En effet, un créancier principal, souvent une institution bancaire, a d'autres dispositifs pour protéger ses intérêts (accès à une recherche de crédit, engagement personnel des actionnaires, etc.). Par contre, pour le petit fournisseur qui, par exemple, vend une chaise avec un crédit de trente jours, le capital minimum offrira une certaine sécurité :

The result of regarding a statutory minimum as the sole requirement of the law, as pointed out by a Kentucky court, is that one may start business on a shoestring in Kentucky, but if it is a corporate business the shoestring must be worth \$1,000. It seems obvious that one thousand dollars may be adequate capital for a barber shop, but grotesque for a steel mill; and payment of any minimum capital required by statute should not raise a presumption of adequate capitalization. This is even more clear in those states which no longer require a minimum. As cogently stated by Professor Conard, the privilege of limited liability presupposes a course of conduct that is prudent and socially acceptable in ways that the legislature may not have articulated. Virtually all courts proceed on the assumption that the legislative policy contemplated more than nominal capitalization ...»⁴¹³

C'est donc dire qu'une législation qui imposerait un capital minimum dans la corporation pourrait élaborer cette exigence de deux façons. La première serait de préciser un minimum nominal applicable à tout genres d'entreprise en précisant bien qu'il ne s'agit là que d'une valeur de base que chaque corporation doit renchérir pour maintenir ses opérations particulières. Une deuxième approche serait de ne pas indiquer de valeur et d'exiger que chaque corporation maintienne un capital proportionnel compte tenu de ses opérations particulières.

Nous préférons la deuxième approche où le tribunal doit évaluer le montant de capital nécessaire pour chaque corporation. Salomon partage cette opinion et croit effectivement que, dans le cas d'insolvabilité de la corporation, c'est au tribunal que revient la tâche d'interpréter la capitalisation adéquate pour chaque entreprise :

Finally, the foregoing considerations lead to the conclusion that the question of inadequate capitalization (as well as the other factors comprising bad faith) can only be determined on a factual analysis, as it related to the specific business and to the particular circumstances of each given case. Such an evaluation requires the skills of the legal profession as it functions through the judicial process.

⁴¹² . Voir W.P. HACKNEY et T.G. BENSON, *loc. cit.*, note 410, 852-853.

⁴¹³ . W.P. HACKNEY et T.G. BENSON, *loc. cit.*, note 410, 856.

Salomon prétend que c'est la seule façon d'en arriver à une application de la loi qui sera équitable pour tous les intervenants, y compris l'actionnaire, puisque la cour pourra juger des particularités de son entreprise et de ses besoins. Lorsque les montants investis sont importants, le tribunal permet le témoignage d'experts pour déterminer quel est le capital minimum approprié. Aux États-Unis, cette détermination est effectuée au moment de l'incorporation seulement⁴¹⁴. L'obligation de maintenir un capital minimum dans la corporation n'est donc pas réévaluée durant l'existence de la corporation. Ce qu'on met en question est strictement l'intention des parties au moment de la création de la corporation.

Le fait que les États-Unis et les pays d'Europe exigent le maintien d'un capital minimum dans la corporation suscite notre intérêt. On sait qu'une lacune importante de la responsabilité limitée de l'actionnaire tient à ce que le risque associé à l'investissement soit transféré en partie sur le créancier volontaire et involontaire. Ces tiers ne sont pas toujours en mesure de se protéger contre l'insolvabilité de la corporation puisqu'ils n'ont pas toujours accès à l'information qui leur permet d'accepter ou de refuser de transiger avec la corporation à responsabilité limitée. Le tiers n'a pas non plus le loisir d'influencer la gestion de l'entreprise pour protéger son investissement. Ce transfert du risque a un impact sur l'ensemble de la société qui est sévèrement critiqué :

Through low capitalization requirements and the uncertain prospect of veil piercing, the law has to a large extent, placed the cost of promoting new businesses on the creditors of the corporation and, through them, on the public as a whole. Corporation law, Landers believes, has externalized the risks of business failure from the shareholders to the creditors; his proposed reforms would shift some of these risks back to the shareholders, where they belong.⁴¹⁵

Une des réformes proposées par Landers est d'imposer par législation le maintien d'un capital minimum dans la corporation. Pour lui, l'imposition d'une telle

⁴¹⁴ . Certaines décisions nous donne un barème pour déterminer les montants de capital approprié : «Adequacy of capital is essentially a triable issue of fact, although many courts on appeal are willing to make that decision as a matter of law. Thus \$5,000 of capital is held inadequate for a business with a monthly volume of \$150,000 or to embark upon a project requiring credit of \$1,000,000; \$50,000 may be inadequate where \$115,000 is needed; and capital of over \$6,000,000 was deemed inadequate where the business was always two jumps ahead of the wolf»; voir W.P. HACKNEY et T.G. BENSON, *loc. cit.*, note 410, 893.

⁴¹⁵ . R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38, 500.

exigence sera efficace pour contrer les abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Son opinion est partagée par plusieurs juristes :

The lower a firm's capitalization, the higher the probability that it will engage in excessively risky activities. Legislatively imposed minimum-capitalization requirements are one method of internalizing the costs of risk taking.⁴¹⁶

Ce transfert du risque de la corporation est effectivement une des lacunes importantes du système d'organisation en corporation. Ce facteur n'est peut-être pas très important pour l'institution bancaire qui a plusieurs mécanismes à sa disposition pour compenser son risque (voir l'imposition d'un taux d'intérêt supérieur, l'obtention des engagements personnels des actionnaires et autres parties impliquées avec la corporation, vérification routinière de crédit, etc); mais le simple fournisseur dont le risque est moins important (dépendant du nombre et du coût des fournitures) est laissé à lui-même. En cas d'insolvabilité, la créance de l'institution financière sera généralement protégée alors que celle du fournisseur demeurera probablement insatisfaite. L'imposition d'un capital minimum dans la corporation servira à réduire le risque du fournisseur à un coût moindre pour la société et le créancier. On peut aussi penser que l'imposition d'un capital minimum aura pour effet d'augmenter la vigilance de l'actionnaire quant à la performance de la corporation, limitant l'extériorisation du risque de l'entreprise⁴¹⁷.

Un dernier avantage de l'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation est le fait que la nécessité législative d'un capital minimum force la corporation à dévoiler sa situation financière dès le début de la relation avec le créancier : «The creditor then can decide not to transact or charge increased compensation for the increased risk»⁴¹⁸. Un meilleur accès à l'information financière de

⁴¹⁶ . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 114.

⁴¹⁷ . Voir W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 351 : «In this respect, the significance that courts attach to a corporation's capitalization in considering whether to pierce the corporate veil, serves to promote the presence of a financial cushion from which third parties can be compensated for the external effects of the corporation's activities. By doing so, the capitalization test functions to oppose externalities». L'envers de la médaille veut que l'imposition législative encourage un comportement stratégique de l'actionnaire qui s'assurera de rencontrer seulement les limites prévues par la loi. On stimule ainsi le désintéressement de l'actionnaire et on encourage ce dernier à faire le strict minimum pour influencer la performance de l'entreprise dont il fait partie.

⁴¹⁸ . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 113.

la corporation est certainement un avantage important. Nous avons discuté à maintes reprises de l'importance pour le créancier de pouvoir évaluer son risque avant d'accepter de transiger avec une corporation à responsabilité limitée. L'exigence du capital minimum dans la corporation oblige la corporation à aviser le créancier de sa stabilité financière dès le début de la relation

Si l'imposition législative d'un capital minimum présente des avantages importants, il est tout de même assez facile d'identifier les lacunes d'un système d'imposition législatif de capital minimum. Le premier est certainement le coût administratif relié à la détermination d'un taux de capitalisation minimum pour chaque corporation. C'est une preuve qui peut s'avérer coûteuse à présenter à un tribunal. Aux États-Unis, c'est au créancier de faire la preuve de l'insolvabilité de la corporation au moment de l'incorporation. Cette preuve n'est pas facile à faire si la corporation n'a pas maintenu des dossiers détaillés. C'est pourquoi Ziegel est complètement opposé à l'imposition d'un capital minimum dans la corporation :

Resurrecting the old requirements for a minimum amount of paid up capital would undoubtedly engender much opposition unless the amount was nominal. Moreover, the requirement has little to commend it. Unless a complex scheme of classification were adopted, any statutory figure would be quite arbitrary and would not ensure the solvency of the corporation. It would also tie up scarce resources since many corporations are quite inactive or are only set up for a limited purpose.⁴¹⁹

Il est vrai que pour la corporation inactive ou dont les activités sont limitées, le critère d'un capital minimum dans la corporation est onéreux. Toutefois, on peut penser qu'étant donné le risque limité de ce type de corporation, le capital minimum qu'elle devrait maintenir est minime.

On ne doit pas seulement s'inquiéter du coût associé à la preuve de l'état suffisant du capital dans la corporation, mais aussi du coût de l'erreur à ce sujet qui peut devenir prohibitif : «If capital requirements are set too high, this will impede new entry and permit the existing firms to charge monopoly prices»⁴²⁰. Si la société en général est pénalisée par la faillite et l'insolvabilité des corporations, elle le serait également par le fardeau créé par l'imposition législative d'un capital minimum. C'est la difficulté qu'on

⁴¹⁹ . J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 34, 1093.

rencontre lorsqu'on parle d'intervention gouvernementale dans les affaires privées. Devrait-on demander à l'état de prévenir les abus de la responsabilité ou laisser le libre marché prendre son cours? Cette question demeure sans réponse tant qu'une étude concrète ne permettra pas de comparer la performance des corporations soumises à un régime de maintien d'un capital minimum et celles qui ne le sont pas.

Il faut également comprendre que l'imposition d'un capital minimum, et la levée du voile corporatif comme tel, limite les droits de propriété de l'actionnaire d'utiliser ses biens personnels. Un tel empiétement sur les droits individuels est contraire à toute la philosophie du libre marché. Salomon ne voit toutefois pas la chose de cette façon :

Where the courts have in fact held the shareholders liable for the debts of the corporation, it must be recognized that this is not a matter of taking away the proprietor's personal property; rather, it is assessing a minimum charge for the very privilege of doing business in the corporate form. In the first instance, the businessman must adequately capitalize the corporate entity. If his market position permits, he may spread his cost. If not, he must bear it himself, but that is one of the facts of the market, not an intent of the law.⁴²¹

L'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation n'empiéterait donc pas suffisamment sur les droits de l'actionnaire pour justifier l'annulation de ce recours. L'actionnaire a toujours le choix de limiter son implication dans une corporation à haut risque.

Un autre désavantage potentiel dans l'imposition législative d'un capital minimum réside dans la façon que la corporation peut satisfaire cette exigence. Pour une entreprise qui opère avec un capital minimum mais dont les comptes recevables sont importants, il sera difficile d'évaluer journalièrement sa situation financière et confirmer qu'elle rencontre les exigences de la loi. Par contre, nous croyons qu'il existe une solution efficace à ce dilemme : «For such requirement to be effective, the corporation must post a bond equal to its highest expected liability or hold sufficient funds in the corporate treasury and invest them in risk-free assets»⁴²². Une telle exigence peut paraître onéreuse mais nous croyons que dans le contexte où l'actionnaire de la

⁴²⁰ . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 114.

⁴²¹ . P.M. SALOMON, *loc. cit.*, note 429, 346.

⁴²² . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 114.

corporation peut se voir imposer une responsabilité personnelle pour les dettes de la corporation, il préférera de beaucoup cette alternative.

Finalement, peut-on vraiment dire que le fait d'informer le créancier de la situation financière de la corporation a un impact important? Dans la plupart des cas, le créancier principal de la corporation est une institution bancaire qui a déjà pris toutes les garanties disponibles. Dans ce contexte, la divulgation de la situation financière de l'entreprise n'offrira aucune protection concrète sauf au niveau de l'information. De plus, comment garder cette information courante? L'utilisation quotidienne de cartes de crédit, par exemple, peut avoir un impact important sur la situation financière journalière de la corporation qu'il est difficile d'évaluer.

L'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation est donc une option intéressante pour contrer les abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Il faut aussi voir aux intérêts des créanciers qui sont une partie importante des affaires de la corporation. Bien sûr, il existe d'innombrables lois donnant déjà des droits aux créanciers lorsque l'entreprise est insolvable ou en faillite, mais la protection qu'elles offrent n'entre en jeu que lorsque l'entreprise est déjà en difficulté. Le genre de disposition que nous proposons est une mesure préventive qui invite l'actionnaire à la diligence et offre de l'information au créancier, ce qui lui permet de se protéger. Finalement, nous favorisons l'imposition d'un minimum de capital dans la corporation parce qu'une telle mesure rencontre les objectifs de prévisibilité et d'application uniforme que nous avons établit au tout début de notre travail. De plus, une telle mesure n'entre pas en conflit avec la personnalité distincte de la corporation. Nous reconnaissons toutefois qu'il s'agit là d'une mesure dont les effets sont encore sous étude et que le simple fait de garantir que la corporation conserve mille dollars dans ses fonds courants ne donnera pas grande sécurité aux créanciers. Par contre, le fait qu'autant de pays d'Europe et d'états américains mettent en place ce mécanisme nous laisse croire qu'il offre certains avantages. Malheureusement, nos recherches n'ont pu identifier d'études faisant état de la protection qu'offre l'obligation de conserver un capital minimum dans la corporation.

Section 4.02.3 - Le rôle de l'actionnaire au sein de la corporation

*« With great power comes great responsibility. »
A.N. Whitehead*

Ce que nous suggérons dans la présente section est d'établir une nouvelle définition du rôle de l'actionnaire dans les lois corporatives canadiennes. De façon générale, si l'on impose des responsabilités personnelles accrues à l'actionnaire pour son rôle dans la corporation, on devrait également lui donner des mécanismes pour qu'il puisse influencer les actions de la corporation. L'actionnaire devrait avoir un plus grand rôle dans la gestion de l'entreprise, ce qui lui permettrait de mieux juger du risque de son investissement. Ce manque de contrôle est un problème particulier à l'actionnaire de la corporation publique. Nous allons tenter d'identifier des mécanismes qui permettraient à l'actionnaire d'augmenter son influence sur la corporation publique. Pour l'actionnaire de la corporation privée, le problème est tout autre. Il n'a généralement pas de difficulté à contrôler la corporation, puisqu'il agit souvent comme administrateur de cette corporation. Pour cet actionnaire, c'est justement la confusion entre ses doubles fonctions qui cause une difficulté. Nous croyons qu'il faut empêcher l'actionnaire de la corporation privée d'agir indirectement comme administrateur de la corporation tout en se cachant derrière la personnalité distincte de la corporation. Nous allons présenter certains types de dispositions qui visent cet objectif.

Commençons d'abord par se rappeler que les droits et responsabilités des actionnaires d'entreprises canadiennes tel que prévus dans la LSA et la LCQ. L'actionnaire a le droit de participer au partage des dividendes et des profits réalisés lors du rachat ou de l'annulation d'actions. Son rôle le plus important est relatif à l'élection des administrateurs de la corporation, à l'approbation de toutes modifications aux statuts de la corporation, et toutes résolutions spéciales de la corporation (telles que la vente, la location et l'achat des biens de la corporation)⁴²³ :

⁴²³ . Welling résume les fonctions de l'actionnaire comme consistant d'une fonction électorale et d'une fonction de révision; voir B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, pp. 455-509. Pour une description plus détaillée des droits et obligations des actionnaires sous la LSA, voir H. SUTHERLAND, *op. cit.*, note 20, pp. 167-170; voir aussi J.S. ZIEGEL, *Études sur le droit canadien des compagnies*, vol. 2, Toronto, Butterworths, 1973, 536 p. Pour des détails sur les droits et responsabilités des actionnaires en vertu de la LCQ, voir P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 19, pp. 333-376.4.

Collectivement, les actionnaires constituent l'organisme qui contrôle la compagnie: il s'agit de l'assemblée des actionnaires qui manifeste sa volonté par voie de résolution. Ils n'ont pas seulement un rôle consultatif, mais bien un pouvoir de décision réel dans le cadre de la compagnie; c'est ainsi que l'assemblée des actionnaires doit se prononcer sur la plupart des règlements adoptés par les administrateurs.⁴²⁴

Dans bien des situations, cette division du pouvoir entre les administrateurs et les actionnaires de la corporation est théorique. Kierans explique qu'au Canada, neuf familles contrôlent quarante-six pour-cent (46%) de la valeur des actions des trois cent (300) compagnies les plus importantes inscrites à la bourse de Toronto⁴²⁵. Welling reconnaît également, qu'au Canada, la corporation privée est la forme d'organisation la plus populaire⁴²⁶. Cette caractéristique de l'économie canadienne a pour effet de créer deux espèces d'actionnaires très différentes, dont les droits et responsabilités se réconcilient difficilement. Lors de notre discussion sur la nouvelle définition du rôle de l'actionnaire au sein de la corporation, il faut tenir compte de ces réalités.

Nous devons donc porter notre attention sur les différents types d'entreprises existant au Canada, en particulier les corporations privées et les corporations publiques. Il faut bien noter cependant que ni la LSA ni la LCQ ne font de différences entre les types d'activités ou d'organisations. Elles traitent de l'ensemble des corporations canadiennes comme étant homogènes. Dans les faits, nous savons toutefois que le traitement de l'actionnaire de la corporation publique et celui de la corporation privée est différent. L'actionnaire d'une corporation publique n'est jamais appelé à répondre des dettes de la corporation alors qu'on n'hésite pas à soulever le voile corporatif pour rejoindre l'actionnaire de la corporation privée. Nous ne voulons pas discuter ici de la possibilité d'inclure une distinction entre le type de corporation dans la législation canadienne puisque d'autres l'ont fait avant nous⁴²⁷. Pour nos fins, il suffit de regarder

⁴²⁴ . A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, op. cit., note 104, p. 69.

⁴²⁵ . E. KIERANS, op. cit., note 11, p. 7.

⁴²⁶ . B.L. WELLING, op. cit., note 33, pp. 302-304.

⁴²⁷ . Voir D.H. BONHAM, loc. cit., note 146; W.H. GILES, «Proposed Corporations Act – Liability of Directors», (1969) 17 Chitty's L. J. 37; I.R. FELTHAM, loc. cit., note 25; M.-A. LABRECQUE, «Choix du type de compagnie en regard de l'administration fédérale et de l'administration provinciale», (1980) C.P. du N. 369; R.J. DANIELS et J.G. MACINTOSH, «Towards a Distinctive Canadian Corporate Law Regime» (1991) 29 Osgoode Hall L.J. 863; M. DENNIS, loc. cit., note 399; F. IACOBUCCI, M.L. PILKINGTON et J.R.S. PRICHARD, op. cit., note 28; T. HADDEN, R.E. FORBES et R.L. SIMMONDS, op. cit., note 137; F.H. BUCKLEY, M. GILLEN et R. YALDEN, op. cit., note 57; E. KIERANS, op. cit., note 11; et J.S. ZIEGEL, op. cit., note 424.

de plus près les rôles différents de l'actionnaire dans diverses corporations pour évaluer l'impact ou la nécessité d'augmenter les pouvoirs de l'actionnaire.

Dans la corporation publique, les actionnaires sont des étrangers. Les dirigeants de la corporation sont des professionnels embauchés pour exécuter les tâches de direction. On invite les actionnaires à une réunion annuelle pour élire démocratiquement le nouveau conseil d'administration et pour écouter le rapport annuel de la corporation. La plupart des actionnaires n'assistent pas à cette rencontre. L'actionnaire insatisfait de la performance de la corporation (son insatisfaction étant liée à la suffisance des dividendes reçus ou son appréciation de la valeur des actions) a tendance à vendre ses actions plutôt que d'essayer d'influencer les pratiques de gestion de la corporation.

Un exemple typique de la corporation privée est l'entreprise familiale. La caractéristique principale de ce type d'organisation tient à ce que le rôle d'administrateur et d'actionnaire est assumé par la même personne ou un petit groupe restreint. Les fondateurs de la corporation ont tendance à garder toutes les actions de la corporation et se nomment eux-mêmes au conseil d'administration. Les parties impliquées dans ce type de corporation se verseront des dividendes ou du salaire, ce choix étant influencé par l'implication fiscale. Le rôle de l'actionnaire de la corporation publique se distingue de celui de l'actionnaire de la corporation privée parce que l'actionnaire de ce dernier type de corporation est généralement en contrôle de l'entreprise. Il est généralement difficile de distinguer la fonction de dirigeant et le statut d'actionnaire de l'individu impliqué dans la corporation privée.

Notons que Welling identifie un troisième type de corporation, soit la corporation privée qui contrôle des empires économiques. Il se réfère aux entreprises détenues par les neufs familles que Kierans a identifiées et dont nous avons discuté plus haut. Dans ce genre d'entreprise particulière au Canada :

The distinguishing feature of this third type of corporation is the presence of a large proportion of the issued share capital in the hands of one shareholder, or of a small group of shareholders who share similar interests. Sometimes the powerful small group will have full legal control of the corporation by holding more than 50 per cent of the voting shares, but often this will not be the case. As mentioned before, many shareholders in large corporations tend to assign their votes to management. This makes it possible to exercise de facto control over a

large corporation by controlling a relatively small proportion of the voting shares.⁴²⁸

Dans ce type de corporation, le petit groupe d'actionnaires qui contrôle *de facto* l'entreprise prend aussi une part relativement active dans la gestion de la corporation. Son rôle s'apparente plus à celui de l'entreprise privée de nature familiale qu'à celui du simple investisseur de la corporation publique. Pour nos fins, ce troisième type de corporation sera incluse dans la corporation privée.

On voit que le rôle de l'actionnaire diffère suivant le type de corporation dans laquelle il investit. Pour l'actionnaire de la corporation privée, c'est son manque de contrôle dans la gestion de la corporation qui pose un problème. Si l'on veut augmenter les pouvoirs de cet actionnaire dans la corporation, il s'agira d'implanter des mesures qui donneront à l'actionnaire un plus grand contrôle sur la gestion de la corporation sans que ce pouvoir nuise à la performance de la corporation. Dans le cas de la corporation privée où l'actionnaire exerce déjà son pouvoir *de facto*, il s'agira de mieux définir ses fonctions comme actionnaire et comme dirigeant.

Il existe une justification juridique pour vouloir donner un plus grand pouvoir à l'actionnaire, en particulier l'actionnaire de la corporation publique :

The shareholder in a company with limited liability is an anomalous animal. He has rights of ownership, without the responsibilities of ownership. His admission was a major departure from the age-old principles of property and contract on which the growth of trade and industry, up to the time of his appearance, had depended.⁴²⁹

L'actionnaire qui n'a pas le contrôle sur le rendement de ses actions est donc une anomalie dans notre droit. Ce manque de contrôle tend aussi à rendre l'actionnaire vulnérable. Ses droits de propriété, qui sont normalement suprêmes dans notre société, se voient subordonnés à l'appareil corporatif. L'actionnaire n'aura, dans la plupart des cas, aucun recours contre la corporation ou ses dirigeants si ceux-ci n'administrent pas ses biens de façon adéquate. Le fait que l'actionnaire puisse toujours vendre ses actions s'il n'est pas satisfait du rendement de la corporation n'est pas suffisant pour rendre à l'action les attributs de la propriété. L'attribution d'un contrôle véritable à

⁴²⁸ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 305.

l'actionnaire sur les activités de la corporation est le seul moyen de réconcilier les principes du droit de propriété et la propriété d'actions :

To restore title and responsibility to where they belong is to put them back in the hands of the owner of property. This action is the absolute prerequisite to the continuation of a corporate capitalist system in a democracy founded on the principle of the enjoyment of private property in the means of production. Men and women live only if they can transform their environment to their own use, and in a complex world that means exercising control over the means of production.⁴³⁰

En ce sens, l'actionnaire de la corporation privée qui contrôle le rendement de la corporation est un animal juridique plus pur que l'actionnaire de la corporation publique puisqu'il contrôle ses biens et peut exercer ses droits de propriété. En donnant un plus grand contrôle à l'actionnaire sur les activités de la corporation, le droit de propriété dans les actions de la corporation aurait une vraie signification juridique. La propriété amène des droits mais aussi des responsabilités et l'actionnaire serait redevable de ses décisions vis-à-vis les autres actionnaires, à la corporation et aux tiers.

Un deuxième avantage de l'augmentation du pouvoir de l'actionnaire sur les activités de la corporation tient à ce que son droit de propriété le favorise comme superviseur de la corporation. Certaines études démontrent effectivement que les droits de propriété de l'actionnaire de la corporation publique le stimule à préserver l'efficacité économique des activités de la corporation :

Assuming that the monitoring of the various elements engaging in those relationships that shape production processes, is to be located in the hands of constituents that provide capital inputs, in brief, it can be said that effectuation of the monitoring function is primarily rooted in the granting of property rights. In this concept the granting of property rights with claims on profits from these production processes in exchange for investments in the capital of the production unit is a basic device in order to induce providers of capital inputs to play a monitoring part.⁴³¹

⁴²⁹ . T. ORHNIAL, *op. cit.*, note 10, p. 11.

⁴³⁰ . E. KIERANS, *op. cit.*, note 11, p. 192.

⁴³¹ . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 42. Voir aussi M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, *loc. cit.*, note 163, où on élabore toute une analyse économique des coûts reliés à la délégation du pouvoir de l'actionnaire aux dirigeants de la corporation. Cette étude établit qu'une multitude de facteurs influencent ce calcul et qu'aucun principe général ne peut s'appliquer à l'ensemble des corporations.

L'augmentation des pouvoirs de l'actionnaire sur les activités de la corporation aurait donc deux avantages, soit de réconcilier les droits de propriété de l'actionnaire aux droits de propriété traditionnel; et de reconnaître l'efficacité de l'actionnaire comme superviseur des activités de la corporation. Son efficacité comme superviseur tient à ce que le risque qu'il encoure en investissant ses fonds personnels le motive à protéger son investissement et à améliorer le rendement de la corporation.

Par contre, on ne peut pas exiger que l'actionnaire de la corporation publique se voit attribuer les mêmes pouvoirs que l'actionnaire de la corporation privée possède dans les faits. On peut penser à l'imbroglie que causerait une telle approche. Si l'actionnaire de la corporation publique devait approuver chaque décision administrative ou être consulté avant que la corporation puisse agir sur quelque question que ce soit, la structure administrative qui devrait supporter ces obligations serait écrasante pour l'entreprise⁴³². De plus, tant que le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire subsiste, ce dernier n'a aucune motivation à vouloir s'impliquer d'avantage dans la corporation : «It follows that the form of the liability rule may affect the degree of participation in the management of the firm by owners: the larger the risk to which it exposes shareholders, the larger the latter's incentives to participate actively in the management of their corporation»⁴³³. Il faudrait donc éliminer la responsabilité limitée de l'actionnaire pour que ce dernier conserve son désir de superviser l'entreprise, une prémisse que nous ne favorisons pas.

Est-ce que le recours contre l'oppression décrit à l'article 241 de la LSA donne un moyen efficace à l'actionnaire de la corporation publique pour protéger ses intérêts? Une étude approfondie de l'efficacité du recours contre l'oppression dépasse les paramètres de notre travail, mais une des lacunes que nous pouvons identifier tient à ce que le recours contre l'oppression n'entre en vigueur qu'après le fait, soit après l'insolvabilité, ou après que le geste fautif ait causé des pertes à l'actionnaire. Certains

⁴³² . Notons toutefois que Cortenraad reconnaît qu'une augmentation du rôle de l'actionnaire dans la gestion de l'entreprise comporte certains coûts : «However, if all owners will engage in the decision making about the use of production factors within the production unit, this decision making process will become relatively more complicated and, hence, more expensive ... From this it can be concluded that owners will gain by transferring decision authority to a smaller group, whose main function is to negotiate with and manage (renegotiate with) the other inputs of the team»; voir W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 65.

⁴³³ . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 180.

auteurs s'entendent aussi pour dire que le recours contre l'oppression dans la législation actuelle est vague et demande une preuve élaborée :

The Canadian oppression remedy sections depend heavily on judicial conservatism; rather than create clear-cut definitional requirements that a complainant must meet, the sections require only that some rather vague standard of «unfairness» be proved. The rest depends upon the legislators' hope that judges will, except in the worst cases, be disinclined to exercise the excessively broad powers they are given by the sections.⁴³⁴

Le recours contre l'oppression n'est donc peut-être pas un exemple à suivre lorsqu'il s'agit de mettre en place un mécanisme de supervision des activités de la corporation dont peut se servir l'actionnaire. Ce qu'il faudrait mettre en place, c'est une disposition préventive permettant à l'actionnaire de la corporation publique de questionner la gestion de l'entreprise lorsqu'il le juge opportun et non seulement lorsqu'il a déjà subi des pertes. L'actionnaire devrait également recevoir des états financiers plus détaillés et plus fréquemment pour lui permettre de mieux juger de la performance de la corporation. Ces nouveaux droits pourraient s'appliquer de façon uniforme à tous les actionnaires, sans faire de distinction entre l'actionnaire de la corporation publique et celui de la corporation privée puisque, dans le dernier cas, ces actionnaires ont déjà accès à l'information et sont responsables de la gestion de l'entreprise. La communauté des affaires serait probablement réticente face à l'augmentation des pouvoirs des actionnaires. Cependant, quand on pense qu'en 1987⁴³⁵, les investisseurs canadiens ont perdu collectivement plus de cent milliards de dollars suite à la mauvaise performance des entreprises dans lesquelles ils ont investi, on voit bien la nécessité de donner de meilleurs mécanismes de protection aux actionnaires.

L'actionnaire de la corporation privée n'a pas à se préoccuper de son contrôle sur les activités de la corporation puisqu'elles dépendent généralement de lui. Pour lui, il s'agit de mieux délimiter les paramètres du double rôle qu'il joue dans la corporation. Cette difficulté est évidente dans la jurisprudence portant sur la levée du voile corporatif que nous avons révisé dans le présent travail. Dennis suggère deux approches pour responsabiliser l'actionnaire qui agit comme directeur sans en porter le titre. D'abord, il suggère d'inclure dans la définition d'«administrateur» prévue à la LSA, l'actionnaire qui

⁴³⁴ . B.L. WELLING, *op. cit.*, note 33, p. 556.

exerce *de facto* les tâches d'administrateur. L'article 2(1) de la LSA invite déjà à cette réflexion en définissant l'administrateur comme suit : «indépendamment de son titre, le titulaire de ce poste». Par contre, l'expression «titulaire de ce poste» demeure limitative dans le sens qu'il infère que la personne doit être nommée ou élue à ce poste :

However, occupying the position of a director is not necessarily the same as exercising the powers of a director, and so it is not entirely clear that a shareholder exercising such powers would by that reason alone be considered a *de facto* director under the definition.⁴³⁶

La définition devrait donc inclure toute personne qui exerce les pouvoirs et fonctions d'administrateur au sein de la corporation. La deuxième approche suggérée par Dennis tient à ce que : «statutory provisions imposing duties on or attributing liability to directors could be modified to designate any director or shareholder having participated in the relevant decision or held the relevant power»⁴³⁷. En attribuant à l'actionnaire une responsabilité d'administrateur dans les cas pertinents, on évite ainsi de lui donner l'immunité de l'actionnaire alors qu'il n'a parfois fait qu'un investissement minime dans la corporation et qu'il gère *de facto* la corporation. Comme nous l'avons vu dans plusieurs des décisions précitées, c'est souvent ce qui arrive lorsqu'un individu incorpore une compagnie, nomme ses parents comme administrateurs, se donne la majorité des actions et gère l'entreprise lui-même, sans aucunes formalités administratives. Au lieu de dire que la corporation est alors l'alter ego ou la marionnette de la corporation, on pourrait simplement déterminer que l'actionnaire est l'administrateur de fait de la corporation, avec toutes les conséquences et responsabilités que cela comporte. L'actionnaire de la corporation publique ne serait pas pénalisé par une telle mesure tant que son implication dans la gestion de la corporation demeure limitée.

Nous avons donc identifié plusieurs raisons qui justifient la réévaluation du rôle de l'actionnaire dans la corporation. Dans le cas de l'actionnaire de la corporation

⁴³⁵ . E. KIERANS, *op. cit.*, note 11, p. 192.

⁴³⁶ . M. DENNIS, *loc. cit.*, note 399, 126.

⁴³⁷ . M. DENNIS, *loc. cit.*, note 399, 126. Pour Dennis, l'actionnaire qui agit également comme administrateur devrait également respecter les devoirs de l'administrateur tels qu'édicté à l'article 122(1) de la LSA, avec l'exception suivante : «In my view, the same duties apply to a shareholder exercising the powers of a director, with one exception. Whereas, the directors must always act in the best interests of the corporation, it should be justifiable for shareholders

publique, il s'agit d'augmenter son pouvoir d'influencer la gestion de l'entreprise afin de lui permettre d'évaluer le risque qu'il encourt en investissant dans une telle corporation. C'est aussi un moyen de donner à la propriété d'action des droits qui sont généralement associés à un propriétaire de biens meubles. Une deuxième mesure législative suggérée est de clarifier le rôle de l'actionnaire de la corporation privée en mettant l'emphase sur le rôle joué par l'actionnaire dans la gestion de la corporation. Si, dans les faits, l'actionnaire agit comme administrateur sans en porter le titre, il se verrait attribuer les responsabilités de l'administrateur. Les deux modifications que nous suggérons ont pour objectif de rendre inutile la levée du voile corporatif en instaurant des mesures législatives concrètes et bien fondées en droit pour responsabiliser l'actionnaire.

Dans la présente section, nous nous sommes attardés à l'implantation de mesures législatives qui permettraient de prévenir les effets négatifs de la responsabilité limitée de l'actionnaire. L'augmentation de la transparence de la corporation peut être atteinte en exigeant le dépôt d'états financiers auprès d'une autorité gouvernementale quelconque. Toute personne intéressée aurait accès à cette information. Le créancier pourrait donc effectuer une vérification de la performance financière de l'entreprise avec laquelle il entend transiger. L'imposition législative d'un capital minimum dans la corporation serait aussi un moyen de protéger les tiers contre l'insolvabilité de la corporation. À ce sujet, le législateur canadien peut s'inspirer des législations européennes et américaines où cette obligation existe depuis longtemps. Finalement, nous sommes d'avis que le rôle de l'actionnaire tel qu'il est décrit dans la législation corporative canadienne doit être redéfini puisqu'il ne reflète pas très bien le rôle de l'actionnaire typique au Canada, soit celui impliqué dans la corporation privée. Chacune des mesures que nous suggérons viendrait compléter ou protéger les tiers des abus de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Au lieu de créer des exceptions aléatoires à ce principe comme on le fait dans la jurisprudence en se servant de la levée du voile corporatif, nous préférons des mécanismes transparents, prévisibles et applicables à l'ensemble des corporations.

involved in managing the corporation to act in their own interests»; voir M. DENNIS, «Corporations at the Crossroads» (1994/95) *Meredith Lect.* 113, à la page 129.

À l'heure actuelle, seules les corporations privées sont affectées par la levée du voile corporatif. Il nous semble que les actionnaires de ce type de corporation sont indûment pénalisés alors qu'ils ne font qu'observer des lois corporatives. Ces lois n'encouragent pas la planification financière adéquate de la corporation puisqu'aucun capital minimum n'est exigé; elles ne donnent pas accès à l'information financière de la corporation et se limitent à rendre public l'adresse de la corporation et le nom de ses membres et relègue l'actionnaire à un rôle d'arrière-plan en n'exigeant que son approbation sur des décisions déjà prises. Si nous voulons favoriser l'établissement de corporations saines et protéger les tiers de l'insolvabilité de la corporation, ce n'est pas par le biais de principes de droit obscurs comme la levée du voile corporatif, mais plutôt en implantant des mesures législatives qui viendront compléter le raisonnement de tribunaux et les démarches du marché.

Section 4.03 - La réponse du marché – l'instauration d'une assurance pour protéger le tiers de l'insolvabilité de la corporation

«The advantages of limited liability suggest that, if it did not exist firms would attempt to invent it. One close substitute is insurance.»

- F. Easterbrook et D. Fischel

Nous avons vu comment les tribunaux et le législateur peuvent agir pour contrer les abus du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire, nous voulons maintenant nous attarder brièvement sur le rôle que peut jouer le marché sur cette question. Bien sûr, les intervenants économiques peuvent prévenir l'insolvabilité de la corporation en étant plus vigilant et en usant d'une meilleure planification. En prévenant l'insolvabilité, on évite de causer des pertes aux tiers et donc la nécessité d'avoir recours à la levée du voile corporatif. Mais puisqu'il est difficile de contrôler le comportement corporatif, il est peut-être plus sage de trouver d'autres alternatives. Les Américains se sont beaucoup préoccupés du transfert du risque qu'engendre la responsabilité limitée de l'actionnaire. Pour plusieurs juristes américains, ce transfert du risque à des tiers involontaires est inacceptable. Une des suggestions avancées pour répondre à cette difficulté, est le développement d'une assurance à laquelle souscrirait la corporation en prévision de son insolvabilité. Tout tiers lésé par l'insolvabilité de la corporation pourrait faire valoir sa créance. Cette approche n'est pas sans défaut mais nous croyons tout de même qu'elle offre une alternative intéressante.

Le concept de l'assurance souscrite par la corporation pour le bénéfice d'un tiers n'est pas nouveau. Il existe depuis longtemps dans la législation corporative canadienne, des dispositions qui permettent à la corporation de souscrire à une assurance pour indemniser l'administrateur et les dirigeants de la corporation de toute répercussion de leurs décisions, «à l'exception de la responsabilité découlant du défaut d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société»⁴³⁸. La législation québécoise n'est pas spécifique sur les coûts d'une assurance pour protéger l'administrateur, mais les articles 123.87 à 123.89 de la LCQ prévoient que la corporation assumera les coûts encourus par un mandataire «qui est poursuivi par un tiers pour un acte posé dans l'exercice de ses fonctions et paie, le cas échéant, les dommages-intérêts résultant de cet acte, sauf s'il a commis une faute lourde ou une faute personnelle séparable de l'exercice de leurs fonctions»⁴³⁹. Le législateur a cru nécessaire de protéger les intérêts des administrateurs et dirigeants d'une corporation contre les répercussions personnelles de leurs actes⁴⁴⁰. La philosophie derrière ce type de protection se résume ainsi :

To temper excessive care and activity level reactions to potential gatekeeper liability, modern corporate law statutes permit a corporation to indemnify a director for any expense reasonably incurred in defending, settling or satisfying a judgement for any action, provided that the director's fiduciary duty to act honestly and in good faith and with a view to the best interests of the corporation has been fulfilled.⁴⁴¹

On peut penser que cette protection, offerte par la corporation aux administrateurs et dirigeants, ne motive pas la performance de ces derniers, mais cette protection est jugée nécessaire pour sécuriser l'administrateur dans l'exercice de ses

⁴³⁸ . Cet article est reproduit à l'Annexe «A» ci-joint.

⁴³⁹ . Cet article est reproduit à l'Annexe «A» ci-joint.

⁴⁴⁰ . Pour d'autres détails sur les particularités des assurances souscrites par la corporation pour protéger les administrateurs et dirigeants, voir R. MOREAU, «L'indemnisation des administrateurs et des dirigeants : législation, réglementation d'indemnisation, assurance» (1995) 63 Assurances 19; G.B. MAUGHAN, «Directors and Officers Insurance Demystified» (1995) 63 Assurances 177; H.S. SILBER, «Directors' and Officers' Liability Coverage : Directors' Liability and the Scope of Policy Exclusions in Canada – Part I» (1990) 8 Can. J. Insurance L. 95; H.S. SILBER, «Directors' and Officers' Liability Coverage : Directors' Liability and the Scope of Policy Exclusions in Canada – Part II» (1991) 9 Can. J. Insurance L. 1; E.P. MOSKOWITZ, «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990) 38 Can. Tax J. 537, aux pages 576 à 585; et R. LAGARDE, «Éveil sur les besoins d'une assurance responsabilité civile pour administrateurs et dirigeants de société» (1980) 48 Assurances 59.

⁴⁴¹ . R.J. DANIELS et S.M. HUTTON, «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 182, à la page 183.

fonctions. La limite législative au paiement d'indemnité force quand même l'administrateur à agir de bonne foi. Le résultat ultime de l'assurance de l'administrateur est qu'elle sert à transférer le risque encouru par l'administrateur dans le cadre de ses fonctions à une tierce partie volontaire, soit l'assureur. L'actionnaire bénéficie lui aussi d'un mécanisme de transfert du risque par le biais de la responsabilité personnelle limitée dont il jouit de par la législation. En ce sens, le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire agit comme assurance puisqu'il protège l'actionnaire du risque qu'il encourt en investissant avec la corporation :

If follows from the approach developed above that limited shareholder liability can be thought of as insuring shareholders' risk beyond the part of their wealth invested in shares. This means that it insures the rest of their wealth against any claims of creditors to pay the debts of the corporation to which their shares are related. Limited shareholder liability, then can be viewed as a substitute for a formal insurance policy that provides the shareholders of a corporation with coverage against cases in which the aggregate claims of the corporation's creditors exceed the value of its assets ... In effect, the risk of a corporation's default is shared by shareholders and creditors, such a sharing of risk being the very essence of insurance.⁴⁴²

Le régime législatif de la responsabilité limitée de l'actionnaire a pour effet d'intervenir dans la relation entre l'actionnaire et le créancier de façon à éviter les contrats fastidieux entre ces parties pour déterminer le risque encouru par chacun. Ce régime évite aussi des coûts à l'actionnaire comparativement aux primes d'assurances qu'il devrait assumer pour une police contre le risque de pertes de son investissement. Bien sûr, il y a des coûts associés au régime de responsabilité limitée :

The existence of a limited liability regime provides the owners of the firm with the ability to obtain insurance, provided by the creditors, against loss on default without the necessity of the existence of a formal insurance market. To the extent that firms issue any contractual financial obligations, they are taking advantage of this insurance option. The greater the amount of these obligations that are issued the larger is the amount of the insurance undertaken. The cost that the owners pay for this insurance is reflected in the yields set by the creditors. For example, the excess of the promised bond yield over the risk-free rate reflects among other risk variables the price that the owners must pay to induce the bond holders to provide the insurance.⁴⁴³

⁴⁴² . W.H.F.M. CORTENRAAD, *op. cit.*, note 29, p. 143.

⁴⁴³ . P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, *loc. cit.*, note 13, 129.

C'est donc dans les taux d'intérêts élevés que le créancier récupère ses coûts pour le risque proportionnel qu'il assume compte tenu de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Pour l'actionnaire, il est difficile de juger si ce coût est plus ou moins favorable que le coût des primes d'une assurance traditionnelle. Pour le créancier, le régime de responsabilité limitée ne nous apparaît pas adéquat pour le protéger du transfert du risque associé à son statut dans la corporation. Woodward supporte cette analyse et ne croit pas que le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire a des qualités équivalentes à celles de l'assurance typique pour le tiers. Principalement, elle souligne qu'il est possible de mettre certaines limites au versement d'une indemnité d'assurance pour refléter les abus (par exemple, l'obligation de bonne foi de l'administrateur tel que stipulé dans la législation), alors que la responsabilité limitée de l'actionnaire ne reconnaît aucune exception (on parle ici au sens stricte de la législation – Woodward ne reconnaissant pas l'autorité des tribunaux de soulever le voile corporatif)⁴⁴⁴. Le créancier qui contracte avec la corporation et/ou l'actionnaire a le loisir de compenser son risque par le biais de coûts ou taux d'intérêts supérieurs, mais le créancier involontaire n'a pas le même recours. L'assurance traditionnelle comble cette lacune puisqu'elle offrirait une protection à tous les tiers lésés.

Easterbrook et Fischel doutent cependant que le marché soit en mesure d'offrir une assurance contre l'insolvabilité de la corporation :

It is hard to imagine, for example, a market for insurance against all bankruptcy. Bankruptcies may be caused by economy-wide events against which the insurer cannot diversify. Moreover, complete bankruptcy insurance creates a moral hazard; it invites managers to take excessive risks.⁴⁴⁵

Certains juristes ont poussé plus loin l'analyse des possibilités du marché d'offrir une assurance contre l'insolvabilité de la corporation. La question est à savoir si le marché a une motivation pour développer un produit de ce genre, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, compte tenu du risque élevé associé à ce type d'entreprise. Halpern, Trebilock et Turnbull croient que l'existence d'un marché de

⁴⁴⁴ . S.E. WOODWARD, «On the Economics of Limited Liability» (1985) *J.I.T.E.* 601.

⁴⁴⁵ . F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHEL, *loc. cit.*, note 51, 103.

l'assurance contre l'insolvabilité de l'entreprise dépendra de quatre facteurs importants : «costs of information, moral hazard, adverse selection, and ability to bear risk»⁴⁴⁶.

Si on compare le coût encouru par le créancier ou l'assureur pour recueillir l'information financière de la corporation, il n'y a pas de différences importantes. Chacune de ces parties devra faire à peu près les mêmes efforts pour déterminer le rendement de l'entreprise, la priorité des réclamations et les activités de la corporation qui influenceront le risque associé aux activités de la corporation. Une démarcation plus prononcée apparaît lorsque l'on considère les risques associés à la conduite de l'entreprise («moral hazard»). L'assureur impose des primes basées sur une conduite typique de l'individu ou de l'entreprise. Ces primes peuvent être réévaluées si la conduite de l'entreprise diverge des paramètres de la police émise, mais cette réévaluation sera souvent provoquée par une réclamation, ou une perte que l'assureur devra compenser. Le créancier qui transige plus couramment avec l'entreprise est mieux situé pour évaluer la performance et l'activité de l'entreprise. L'exposition aux problèmes causés par la performance de l'entreprise devrait être moins élevée pour le créancier que pour l'assureur. Les deux groupes sont toutefois sujets au problème de l'identification du risque («adverse selection»). Ici encore, le créancier est clairement favorisé. L'assureur ne sera souvent pas spécialisé dans le type de corporation qu'il assure et aura moins de connaissances pour évaluer le risque associé aux différentes sortes d'entreprises. Le créancier a tendance à connaître le type d'entreprise avec laquelle il s'implique et à être plus informé sur le domaine d'activités de cette entreprise. Son évaluation du risque sera donc plus pertinente. Cette équation peut toutefois changer si l'assureur se spécialise dans un domaine particulier et diminue ainsi son coût d'évaluation du risque. Finalement, la capacité de l'assureur et du créancier de diversifier leurs risques respectifs influencera la création d'un marché de l'assurance pour l'entreprise. L'assureur qui s'oblige à long terme a moins de possibilité de diversifier son risque alors que le créancier s'engage à court terme et peut mieux réagir à un investissement qui ne donne pas les résultats escomptés. Encore une fois, si l'assureur peut s'engager à des obligations à court terme, cette équation sera rééquilibrée. Chacun des régimes, soit de l'assurance traditionnelle ou de la responsabilité limitée, offre donc des avantages qui dépendent des circonstances et du type de corporation. L'étude Halpern, Trebilcock et Turnbull est loin de démontrer que

⁴⁴⁶ . P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, *loc. cit.*, note 13, 139.

l'implantation d'une assurance pour protéger le tiers en cas d'insolvabilité de la corporation est impossible.

Si le marché est capable d'offrir une assurance contre l'insolvabilité de la corporation à un coût fonctionnel, il ne fait aucun doute que ce régime est plus favorable pour le créancier involontaire que celui de la responsabilité limitée. À prime abord, on peut penser que la corporation et l'actionnaire ne peuvent tirer plus d'avantages de l'assurance contre l'insolvabilité que ceux offerts par le régime de responsabilité limitée : «Investors can diversify, and this is a cheap way to reduce risk. Limited liability facilitates this diversification. Thus investors should not be willing to pay insurers to reduce risk. Why buy something you already have for free?»⁴⁴⁷. Cependant, tous les coûts de l'entreprise ne peuvent pas être diversifiés. Pour certains types d'entreprise, l'investissement dans le capital humain est une part importante du capital de l'entreprise qui ne peut être répartie autrement. Pour ce type d'entreprise (par exemple les firmes d'ingénierie, de haute technologie et la plupart des entreprises de services), l'assurance contre l'insolvabilité peut être une alternative intéressante :

The purchase of insurance in amounts greater than the amount of the firm's capital is one method of reducing the amount that the firm must pay. A firm with insurance against tort claims is less likely to become bankrupt, and thus less likely to impose costs on managers and other employees. Insurance thus induces people to make firm-specific investments of human capital.⁴⁴⁸

L'assurance peut donc stimuler l'investissement dans certains types d'entreprises. Nous ne croyons toutefois pas que l'assurance puisse remplacer le régime de responsabilité limitée comme mode de protection de l'actionnaire. L'assurance est un système volontaire qui n'est pas infaillible. L'administrateur peut oublier de souscrire à une assurance appropriée, l'assureur peut refuser de payer l'indemnité pour une multitude de raisons, l'assureur peut devenir insolvable, le délit particulier peut être exclu de la police d'assurance, etc. Une alternative plus équitable serait de conserver le régime de responsabilité limitée mais d'exiger que la corporation souscrive à une assurance :

⁴⁴⁷ F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 107.

⁴⁴⁸ F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 51, 108.

An alternative would be to preserve limited liability but require every company engaged in dangerous activity to post a bond equal to the highest reasonable estimate of the probable extent of its tort liability. Shareholders would be protected; accident costs would be internalized; and the information costs of the creditors of the affiliated corporations would be minimized.⁴⁴⁹

Posner suggère cette solution pour les corporations affiliées qui sont à hauts risques, mais nous croyons que ce principe puisse s'appliquer à l'ensemble des corporations. L'actionnaire continuerait d'être protégé par la responsabilité limitée qui lui est attribué en vertu des lois corporatives, mais le tiers, en particulier le tiers involontaire, serait protégé du risque qu'il se voit imposer de transiger avec une corporation. La nécessité de souscrire à une assurance contre l'insolvabilité doit être imposée par la législation si l'on veut créer des conditions de marché qui permettront d'offrir un produit à des primes compétitives.

Nous avons donc constaté que les intervenants dans la corporation ont tous un moyen de transférer ou de partager le risque qu'ils encourent dans le cadre de leurs activités à des tiers. L'administrateur a droit à une assurance pour le protéger des conséquences de ses actions. L'actionnaire bénéficie du régime de responsabilité limitée qui, effectivement, transfère le risque de son investissement aux créanciers. Seul le créancier doit assumer lui-même le risque de ses pertes. Le créancier volontaire peut être compensé en partie par les coûts qu'il demande pour son implication avec la corporation. L'institution bancaire, par exemple, peut exiger un taux d'intérêt représentatif du risque qu'elle associe à une entreprise particulière. Mais le créancier involontaire, ou le créancier non-garanti (comme le fournisseur) n'a pas cette possibilité. Si la corporation devait souscrire à une assurance pour protéger ces tiers, ceux-ci bénéficieraient finalement d'un mécanisme par lequel le risque de transiger avec une corporation serait transféré. La souscription obligatoire à ce type d'assurance servirait de motivation pour la corporation à opérer prudemment, afin de garder ses primes d'assurance à la baisse. La valeur des actions serait influencée par le montant de la prime d'assurance payable par chaque corporation et favoriserait l'investissement dans ces corporations offrant le meilleur rendement. Comme nous l'avons mentionné, l'assurance n'est pas sans lacunes, mais nous sommes d'avis qu'elle offre une méthode intéressante de transfert du risque du tiers qui transige avec une corporation.

⁴⁴⁹ . R.A. POSNER, *loc. cit.*, note 38, 520.

Nous avons donc tenté d'identifier divers mécanismes qui permettraient de contrer les abus du système de responsabilité limitée de l'actionnaire, tout en respectant le principe fondamental de la personnalité distincte de la corporation. Au niveau de l'appareil judiciaire, les tribunaux doivent se faire plus respectueux des principes déjà reconnus dans notre droit au lieu de créer des principes aléatoires comme ceux invoqués dans les décisions portant sur la levée du voile corporatif. Le législateur a aussi un rôle à jouer, principalement en ce qui a trait à une réévaluation des lois corporatives. Il faut reconnaître la nature particulière des entreprises canadiennes qui sont en grande majorité des entreprises privées avec très peu d'actionnaires, et dans lesquelles l'actionnaire est souvent administrateur. Jusqu'à présent, au niveau de la responsabilité pour les pertes subies par un tiers, le législateur a laissé les tribunaux combler les lacunes de la loi en invoquant la levée du voile corporatif. Nous croyons que le législateur doit plutôt agir de façon concrète en réévaluant le rôle de l'actionnaire dans la corporation, en donnant accès public à l'information financière de la corporation et en exigeant le maintien d'un capital adéquat dans la corporation. Ce sont des mécanismes préventifs qui protégeront le tiers du transfert de risque qu'il doit assumer, volontairement ou non, et qui résulte de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Finalement, le marché peut aussi jouer un rôle en favorisant le développement d'une assurance à laquelle pourrait souscrire la corporation pour prévenir l'insolvabilité. Nous n'avons pas trouvé de statistiques permettant d'identifier combien de poursuites légales surviennent à cause de l'insolvabilité de la corporation. Nous soupçonnons que ce chiffre est considérable. Si la perspective des coûts associés à l'implantation d'une assurance, d'un capital minimum dans la corporation ou du dépôt d'états financiers semblent prohibitifs, il faut les balancer avec les pertes encourues par des tiers qui transigent de bonne foi avec des corporations à responsabilité limitée. Il faut contrer les abus du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire de façon préventive et non de façon aléatoire comme le suggère la levée du voile corporatif.

CONCLUSION

*« Why, its turning into a sort of a mist now, I declare! It'll be easy enough to get through. »
- Lewis Carroll*

Par le biais de la présente étude, nous avons voulu analyser certains aspects de la personnalité distincte de la corporation et l'une de ses particularités, notamment la responsabilité limitée de l'actionnaire. Dans le premier chapitre de notre travail, nous avons porté notre attention sur l'aspect plus philosophique de ces caractéristiques de la corporation. Nous avons remonté l'histoire afin de voir si ces concepts avaient changé depuis leur établissement au début du vingtième siècle. Nous avons constaté que la responsabilité limitée de l'actionnaire demeurait une caractéristique importante de la personnalité distincte de la corporation mais que le mode d'organisation en corporation avait également plusieurs autres attributs. Nous en avons donc profité pour étudier la pertinence de la responsabilité limitée dans le cadre d'une économie moderne. Plusieurs juristes soutiennent que ce n'est pas le cas mais nous avons également établi que l'abolition du régime de responsabilité limitée aurait des effets néfastes dont l'économie aurait peine à se remettre. Fondamentalement, c'est l'abus du régime de responsabilité limitée qui cause des difficultés et c'est cet aspect que nous avons choisi d'étudier en profondeur.

Afin de bien comprendre de quoi il s'agit lorsqu'on parle de personnalité distincte de la corporation et de responsabilité limitée de l'actionnaire, nous sommes retournés aux textes législatifs pertinents. La LSA et la LCQ établissent clairement ces principes et ne donnent en aucun cas l'autorité aux tribunaux de leur passer outre. Seul le législateur québécois, par le biais de l'article 317 CCQ, a établi des motifs permettant de mettre de côté la personnalité distincte de la corporation et de lever le voile corporatif. Le législateur a choisi un vocabulaire très vague pour définir les instances où cette levée serait légitime, soit lorsqu'il y a fraude, abus de droit ou contravention à une règle d'ordre publique. La jurisprudence actuelle nous démontre que le tribunal donnera une interprétation très large à ces principes.

Même s'il n'existe aucun fondement législatif pour ignorer la personnalité distincte de la corporation et imputer une responsabilité personnelle à l'actionnaire, les tribunaux soulèvent couramment le voile corporatif. Une jurisprudence substantielle

édicte que lorsque la corporation est l'alter ego ou la façade de l'actionnaire, on pourra faire fi de la corporation. Cette jurisprudence invoque des principes qui manquent de précision. On invoque parfois le fait que la corporation soit le mandataire de l'actionnaire pour lever le voile. Bien que nous ayons démontré que cette approche pouvait être bien fondée dans certaines instances, nous avons également établi que les tribunaux n'appliquent pas les principes du mandat de façon appropriée. Reste la situation des corporations affiliées envers lesquelles les tribunaux ont souvent mis de côté la structure corporative pour attribuer les activités d'une corporation comme étant celles de sa corporation affiliée. Certaines tests plus concrets ont été établis pour en arriver à cette conclusion, mais il n'empêche qu'il est impossible de trouver un fondement dans la législation permettant de justifier ce raisonnement.

Une jurisprudence encore plus arbitraire s'est développée dans les cas où le tribunal invoque son pouvoir de rendre justice pour mettre de côté la personnalité distincte de la corporation et imposer une responsabilité personnelle à l'actionnaire. Lorsqu'il y a contravention à une obligation légale, fraude ou un comportement qui va à l'encontre de l'équité, la cour est d'avis que l'actionnaire impliqué doit être responsable personnellement. Ces décisions ne sont pas différentes de celles où la corporation est considérée comme l'instrument de l'actionnaire, en ce qu'elles élaborent un raisonnement qui ne s'appuie pas sur des principes juridiques concrets. Le tribunal se dote d'une autorité morale pour en arriver aux fins qu'il croit juste. Si une telle approche est louable, il n'empêche qu'à notre avis, elle outrepassse les pouvoirs du tribunal.

Les tribunaux ont donc répondu aux abus du régime de responsabilité limitée en développant une jurisprudence dont on ne peut pas tirer de principes précis, de tests permettant à l'actionnaire de protéger ses intérêts, ou de moyens pour le tiers lésé d'être assuré d'un recours envers l'actionnaire. Nous sommes d'avis que cette approche doit être rajustée afin de respecter la législation qui établit clairement la personnalité distincte de la corporation et le régime de responsabilité limitée de l'actionnaire tout en contrant les abus de ce régime. La seule solution viable réside dans le développement de principes de droit actuel. Dans bien des cas où les tribunaux lèvent le voile, on peut établir les critères de la responsabilité civile délictuelle, en particulier, la négligence, la fausse représentation et le bris de contrat. L'application des principes du droit contractuel est également une façon de répondre aux problèmes d'abus du système par

le biais d'un droit constant. Notre révision assez exhaustive de la jurisprudence et du fondement des principes de droit supporte notre prémisse, à savoir qu'on peut trouver les solutions à même le droit existant.

Tant que le législateur n'aura pas réagi aux abus du régime de responsabilité limitée de l'actionnaire, le judiciaire ne pourra qu'intervenir après le fait. À notre avis, le législateur doit jouer un rôle préventif pour contrer les abus du régime. Plusieurs options s'offrent à lui, soit l'augmentation de la transparence de la corporation en exigeant le dépôt d'états financiers que le public pourrait consulter. Nous avons démontré que cette approche peut être bénéfique si elle est exécutée de façon efficace et si elle n'augmente substantiellement le fardeau administratif de l'entreprise. Une mesure plus controversée serait d'exiger le maintien d'un capital minimum dans la corporation. Le montant n'aurait pas à être spécifié dans la législation mais pourrait s'évaluer d'après les activités de la corporation. S'il devient plus facile d'imposer une responsabilité personnelle à l'actionnaire, il faudra également lui donner des moyens de se protéger. Le rôle de l'actionnaire dans la corporation doit donc changer de façon à permettre à l'actionnaire qui désire s'impliquer dans la gestion de bénéficier des responsabilités mais également d'assumer les conséquences.

Une des difficultés que nous avons identifiées avec le régime de la responsabilité limitée, tient à ce que ce régime transfère le risque de l'investissement de l'actionnaire aux créanciers de la corporation. Ces créanciers peuvent être volontaires ou involontaires. On peut aussi dire que c'est la société en générale qui assume ce risque. Le créancier qui subit une perte pour un compte impayé peut le déduire de ces impôts et en bout de ligne la perte est redistribuée à l'ensemble de la société. L'idéal serait donc d'attribuer le risque à une partie qui en accepterait toutes les conséquences volontairement. On se tourne alors vers un assureur. Si la corporation est obligée de maintenir une assurance pour défrayer les pertes de tiers, l'insolvabilité de la corporation aurait un impact limité. Certaines études démontrent que le marché de l'assurance est le mieux placé pour prendre en charge cette responsabilité à un risque moindre et nous croyons qu'il vaut la peine d'explorer cette avenue.

Si nous sommes préoccupés par l'utilisation de la corporation pour des fins impropres, nous sommes encore plus préoccupés par la réponse du droit qui n'est pas

conséquente, voir même illogique dans certaines instances. Il est impératif que les tribunaux respectent les législations corporatives en respectant la personnalité distincte de la corporation et le régime de responsabilité limitée. Si un actionnaire cause des pertes à un tiers par des pratiques douteuses, la solution n'est pas d'invoquer des motifs aléatoires pour le punir, mais bien de fouiller le droit existant pour des moyens qui sont bien fondés. C'est la seule façon de conserver l'intégrité de l'appareil judiciaire et de promouvoir la confiance du public envers le droit. La levée du voile corporatif doit être abolie de notre vocabulaire et des annales judiciaires. L'indépendance de la corporation par rapport à l'actionnaire doit être confirmée. On doit donner libre cours à l'actionnaire d'investir tout en lui donnant un message clair que ses gestes fautifs seront punis par un droit prévisible et conséquent.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATIONS

Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44

Loi sur l'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21

Loi sur les compagnies, L.R.Q., 1977, c. C-38

Code civil du Québec, L.R.Q., 1991, c. 64

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE AMÉRICAINE

Pepper c. Litton, 306 U.S. 295

Sindell c. Abbott Laboratories, 607 P(2d) 929

Taylor c. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307

JURISPRUDENCE BRITANNIQUE

Adams c. Cape Industries plc, [1990] Ch. 433

Agip (Africa) Ltd. c. Jackson et al, [1989] W.L.R. 1367

Broderip (Salomon) c. A. Salomon and Co. Limited, (1895) The Law Times 261; (1895) The Law Times 755; [1897] H.L. 22

Candler c. Crane, Christmas & Co., [1851] All E.R. 426

Daimler Company, Limited c. Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Limited, [1916] 2 A.C. 307

DHN Food Distributors Ltd. c. Tower Hamlets London Borough Council, [1976] W.L.R. 852

Gilford Motor Co. Ltd. c. Horne, (1933) Ch. 935

Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd., [1964] A.C. 465

Jones c. Lipman, (1962) 1 All E.R. 442

Lennard's Carrying Company, Limited c. Asiatic Petroleum Company, Limited, [1915] A.C. 705

McAllister (or Donoghue) c. Stevenson, [1932] A.C. 562

Merchandise Transport Ltd. c. British Transport Com'n, [1962] 2 Q.B. 173

Quinn c. Leatham, [1901] A.C. 495

Smith, Stone & Knight c. Birmingham Corpn., [1939] 4 All E.R. 116

JURISPRUDENCE CANADIENNE

116263 Canada Ltée. c. American Home Insurance Co., J.E. 87-1117
110397 Canada Ltée. c. Murphy, J.E. 88-1207
126632 Canada Inc. c. Gestion Lemarco Inc., J.E. 87-264
149649 Canada Inc. c. 98219 Canada Inc., J.E. 89-419
390346 Ontario Limited et al c. Malidav Holdings Limited et al, (1980) 31 N.B.R. (2d) 72
3102-2734 Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc., J.E. 94-1397
172684 Canada Inc. c. Corp. de Gestion et al, [1995] B.R.P. 367
131369 Canada Inc. c. Investissements GMHT Inc., J.E. 95-1710
2967-6566 Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc., [1996] R.J.Q. 1669
144758 Canada Inc. c. Investissements Pilska Inc., J.E. 95-1554
Acme Bldg. & Construction Ltd. c. Leadway Masons Group Inc. et al, (1986) 35 B.L.R. 17
Adler c. Jolicoeur et Herblet Development Corporation, [1977] C.A. 181
Aerplast Inc. c. Pachi, J.E. 79-943
Air-Care Ltd. c. Blais, [1964] C.S. 241
Alberta Gas Ethylene Company Limited c. R., (1989) 89 D.T.C. 5058
Alex Henry & Sons Ltd. c. Leddy, (1973) 37 D.L.R. (3d) 73
Aluminium Company of Canada Ltd. c. City of Toronto, [1944] R.C.S. 267
Appleby c. Minister of National Revenue, [1974] 50 D.L.R. (3d) 1
Armtec Inc. c. Vitrierie A & E Fortin Inc., J.E. 95-1394
Associated Growers of BC Ltd. c. Edmundst et al, [1926] 1 D.L.R. 1093
Atco Ltd. et al c. Calgary Power Ltd. et al, (1982) 140 D.L.R. (3d) 193
Ballas c. Grenier, J.E. 86-918
Bank of Montreal c. Canadian Westgrowth Ltd. et al, (1990) 72 Alta. L.R. (2d) 319
Bank of Toronto c. Cobourg Peterborough and Marmora R. Co. et al, (1985) 10 O.R. 376
Beaudry c. Clark, J.E. 96-384
Bellemare Couvertures Ltée. c. Trio Renov Inc., J.E. 96-1655
Berger c. Saint-Jean, [1984] C.S. 407
Berger c. Willowdale AMC et al, (1983) 145 D.L.R. (3d) 247
Bergeron c. Société nationale de la franchise SNF Inc., J.E. 95-683
Bernier c. Dequoy, (1908) 33 R.J.Q. 237
BG Preeco I (Pacific Coast) Ltd. c. Bon Street Holdings Ltd., (1989) 60 D.L.R. (4th) 30
Big Bend Hotel Ltd. c. Security Mutual Casualty Company et al, (1980) 19 B.C.L.R. 102
Boardman c. Phipps, [1967] 2 A.C. 46
Boivin c. Salon de Bronzage Surtan Inc., [1994] R.D.J. 562

Boudreau c. Motel Lasalle Baie Comeau Inc., [1974] C.S. 577

Burt c. Burt, (1979) 11 R.F.L. (2d) 143

Bussièrès c. Laliberté-Gosselin, J.E. 86-704

Canada Life Assur. Co. c. Canadian Imperial Bank of Commerce, [1974] 3 O.R.(2d) 70

Canadian Opera Company c. 670800 Ontario Inc., (1989) 69 O.R. (2d) 532

Canadian Pacific Air Lines Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce, (1987) 61 P.R. (2d) 233

Central Trust Co. c. Rafuse, (1986) 31 D.L.R. (4th) 481

Chaing c. Heppner et al, (1978) 85 D.L.R. (3d) 487

Circle Realty Ltd. c. Bert Long & Kingsway Refrigeration Co Ltd., (1960) 25 D.L.R. (2d) 184

City of Toronto c. Famous Players' Canadian Corp., [1936] 2 D.L.R. 129, [1936] R.C.S. 141

Clarkson c. Zhelka, (1967) 64 D.L.R. (2d) 457

Claude Millville Inc. c. Construction Dufco (1978) Inc., [1982] C.S. 331

Coates Distributor Ltd. c. Dickie, (1989) 93 N.B.R. (2d) 217

Coffrages Industriels Crémazie Ltée. c. Duval & Gilbert, [1983] C.S. 536

Consumers Cordage Company c. Young, [1897] 7 B.R. 67

Corporation municipale de St-David de Falardeau c. Munger, [1980] C.S. 141, [1981] C.A. 308, [1983] 1 R.C.S. 243

Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Riverin, [1984] C.S.P. 1125

Côté c. Bouchard, [1995] R.J.Q. 2192

Covert et al c. Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse et al, [1980] 2 R.C.S. 774.

Crédit-Bail Banque Royale Inc. c. Services Professionnels Warnock Hersey Ltée., J.E. 95-1760

Dallas c. Dallas, (1960) 24 D.L.R. (2d) 746

Damien c. Société de prêts et de placements, (1896) 3 R. de J. 32

Dempsey c. Canadian Pacific Hotels Ltd., [1984] C.S. 752

Denison Mines Limited c. Minister of National Revenue, [1971] C.T.C. 641

De Salaberry Realities Ltd. c. R., (1976) 70 D.L.R. (3d) 706; (1974) 46 D.L.R. (3d) 100

Développements de la Haute Gatineau Inc. c. 2687461 Canada Inc., J.E. 94-1692

Domisyl 13 Inc. c. Gestion Di Tullio (1988) Inc., [1995] R.R.A. 199

Domtar Chemicals Ltd. c. Leddy et al, (1973) 37 D.L.R. (3d) 73

Doré c. Desjardins, J.E. 85-212

Droit de la famille 309, [1986] R.J.Q. 2674

Droit de la famille 444, J.E. 88-246

Droit de la famille 1407, J.E. 91-1101

Dr. Piscine André Lachance Inc. c. Chénard-St-Laurent, J.E. 94-166

Duhamel c. Manella, [1995] R.R.A. 333

Einhorn c. Westmount Investments Ltd., (1969) 6 D.L.R. (3d) 71; (1970) 11 D.L.R. (3d) 509

Entreprises Canada Homes et Développement Inc. c. 114997 Canada Inc., J.E. 94-1430

Equipment House Ltd. et al c. The Queen in Right of Canada, (1983) 148 D.L.R. (3d) 546

Federal Business Development Bank c. Eldridge and Eldridge, (1985) 67 N.B.R. (2d) 93

Fern Brand Waxes Ltd. c. Pearl et al, (1972) O.R. 829

Fink c. 511996 Ontario Ltd. et al, (1984) 37 O.R. 253

Fisher c. Albert, J.E. 87-910

Fletcher et al c. Manitoba Public Insurance Co., (1990) 74 D.L.R. (4th) 636

Frankel Structural Steel Limited c. Goden Holdings Limited et al, [1971] R.C.S. 250

Fromages Claude Inc. c. Deshaies, J.E. 742

Gabriel & Keith of London & Boutique Ltd. c. Gabriel, (1980) 12 Alta. L.R. (2d) 1

Garbutt Business College Limited c. Henderson and Henderson Secretarial School Limited,
[1939] 3 W.W.R. 257

Garnac Grain Co. Inc. c. HMF Faure and Fairclough Ltd., [1967] 2 A. E.R. 353

Goodman c. Freeborn, (1968) 1 O.R. 105

Groupe SNC-Lavalin Inc. et al c. Raymond Lebeuf et al, [1995] R.J.Q. 170

Guérin c. R., [1984] 2 R.C.S. 335

Guy Smith c. Conrad Comtois, [1927] R.C.S. 590

HAR Construction Ltd. c. Demerchant Contruction Ltd. et al, (1989) 103 N.B.R. (2d) 56

Hecke c. La Compagnie de Gestion Maskoutaine Ltée., [1972] R.C.S. 22

Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd., [1964] H.L. 465

Helpard c. Atkinson Marine & General Insurance Ltd. et al, (1980) 118 D.L.R. (3d) 330

Henry Brown & Sons c. Smith, [1964] 2 Lloyd's List 476

Her Majesty the Queen c. Esskay Farms Limited, [1976] C.T.C. 24

Hibbeln c. 2817161 Canada Inc., J.E. 95-1145

Houle c. Banque canadienne nationale, [1990] 3 R.C.S. 122

Immeuble Durante Ltée. c. Entreprises JG Ltée., J.E. 86-792

Immeubles GLMC Inc. c. Tremblay, J.E. 95-522

Immeubles Noël et André Inc. c. Bélanger, [1993] R.D.J. 267

Integrated Consultants Limited c. BD Bohna and Co. Ltd., [1967] B.R. 338

Jacobson c. Maguelon Construction Ltée., [1992] R.J.Q. 3

James Meyer Limited c. Northern Assurance Company Ltd., (1956) 20 W.W.R. 46

Jean-François Taillefer c. Les Services immobiliers Syst-MA Real Inc., [1991] R.J.Q. 1708

Jeans Leslie Inc. (Syndic de), J.E. 91-932

Kepic c. Tecumseh Road Builders et al, (1985) 29 B.L.R. 85

King c. BC Brick and Tile Co., [1936] 3 D.L.R. 23

Kinsela c. Kinsela Property Ltd. (in liquidation), [1986] 4 N.S.W.L.R. 722

Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co., [1987] 1 R.C.S. 2

Kristian Equipment Ltd. c. Campbell West Ltd., [1992] 2 W.W.R. 69

Kurtz c. Bruce Tingley Inc., [1974] C.S. 628, [1976] C.A. 562

Lagacé c. Lagacé et Saguenay Finance Ltée. et al, [1966] C.S. 489

Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd. et al, (1986) 7 B.C.L.R. (2d) 90

Lasqueti Fishing Co. Ltd. et al c. Royal Bank of Canada and Cassiar Packing Company Limited, (1990) 48 B.C.L.R. (2d) 370

Lightfoot c. Lightfoot et al, (1973) 1 O.R. 643

Lockharts Ltd. c. Excalibur Holdings Ltd. et al (1987) 83 N.S.R. (2d) 181

Ludlow c. McGraw et al, (1985) 64 N.B.R. (2d) 372

Manley Inc. et al c. Fallis, [1977] 2 B.L.R. 277

Marque D'Or Inc. c. Charles Clayman et al, [1988] R.J.Q. 706

McFadden c. 481782 Ontario Ltd. et al, (1984) 47 O.R. (2d) 134

Mentmore Manufacturing Co. Ltd. et al c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al, (1978) 89 D.L.R. (3d) 195

Merrill Lynch Royal Securities Ltd. c. Blum et al, (1983) 23 B.L.R. 260

Montréal (Ville de) c. Ligne Roset, Corbeil Maison meubles Inc., J.E. 94-1154

Mutual Life of Omaha Co. c. Chénard, J.E. 96-1998

Napco-Protex Inc. et al c. Fernand Tétreaul, [1974] C.A. 358

Nedco Ltd. c. Clark et al, (1973) 43 D.L.R. (3d) 714

Northland Village Shopping Centre Ltd. c. Perry, [1976] C.S. 731

Ontario Store Fixtures Inc. c. Mmmuffins Inc. et al, (1989) 70 O.R. (2d) 42

Pacific Rim Installations Ltd. c. Tilt-Up Construction Ltd. and Classic Tilt-Up Designs Ltd., (1978) 5 B.C.L.R. 231

Palmolive Manufacturing Co. (Ontario) Ltd. c. R., [1933] R.C.S. 141

Patton c. Yukon Consolidated, (1934) 3 D.L.R. 440

Pemp Inc. c. Leblanc, J.E. 95-1727

Perma-Last Whitewall (Montreal) Ltd. c. Associates Acceptance Company Limited, [1966] B.R. 612

Philippe Beaubien & Cie Ltée. c. Canadian General Electric Company Limited, [1976] C.S. 1459

Pilon Ltée. c. Boivin, J.E. 94-1155

Produits Forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay, J.E. 95-133

Province of Nova Scotia c. Waverley Construction Co. Ltd., [1972] 4 N.S.R. (2d) 232

Provincial Electric (1969) Ltd. c. Registered Holdings Ltd. et al, (1977) 34 N.S.R. (2d) 100

Quantum Management Services Ltd. c. Berry, J.E. 85-836

- R. c. BC Brick & Tile Co., [1936] 3 D.L.R. 23
- R. c. K.C. Irving, (1974) 7 N.B.R. (2d) 360
- R. c. Imperial General Properties Limited, [1985] D.T.C. 5501
- R. c. Sands Motor Hotel Ltd., [1985] 1 W.W.R. 59
- R. c. Staples, [1940] 2 W.W.R. 627
- Rainham Chemical Works c. Belvedere, [1921] A.C. 465
- Réal Munger c. Corporation municipale de St-David de Falardeau, [1980] C.S. 141; [1981] C.A. 308
- RE Butzelaar, [1978] 3 W.W.R. 435
- RE Canada Deposit Insurance Corp. and Canadian Commercial Bank, (1987) 46 D.L.R. (4th) 518
- RE Canadian Middle East Consulting Company Inc., (1979) 30 C.B.R. 247
- RE Entreprises Rock Limitée, [1986] R.J.Q. 2671
- RE A. Zimet Ltd. et al, (1982) 21 B.L.R. 89
- Renato Tenaglia c. Les Investissements 7710 P.P. Inc., [1992] R.J.Q. 464
- Robinson Engineering Co. Ltd. et al c. Wasabi Resources Ltd. et al, (1988) 31 C.P.C. (2d) 241
- Roger Boudreau c. Motel Lasalle Baie Comeau Inc., [1974] C.S. 577
- Roy c. Mailloux et Corporation de St-Honoré, [1966] B.R. 468
- Royal Bank of Canada c. Wallace Investments Ltd., [1961] 30 D.L.R. (2d) 280
- Royal Stores Ltd. c. Brown, (1956) 5 D.L.R. (2d) 146
- Saskatchewan Economic Development Corp. c. Patterson-Boyd Mfg Corp., [1981] 2 W.W.R. 40
- Schouls c. Canadian Meat Processing Corp. et al, (1983) 41 O.R. (2d) 600
- Scotsburn Co-Op Service c. WT Goodwin Ltd., [1985] 1 R.C.S. 54
- Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd. et al, (1974) 51 D.L.R. (3d) 702
- Silverman c. Heaps, [1967] C.S. 536
- Singer c. Singer et al, (1979) 97 D.L.R. (3d) 562
- Sofati Ltée. c. Cast Conbulk Ltd., J.E. 89-360
- Southern c. Watson, [1940] 3 All E.R. 439
- Spano c. Moreau, J.E. 95-1076
- Sparling c. Javelin International Ltd. et al, [1986] R.J.Q. 1073
- Spencer Realities Ltd. c. M.N.R., (1943) 52 D.T.C. 6
- Spilsbury Communications Limited c. FMR Investments Ltd. et al, (1986) 73 N.B.R. (2d) 86
- St-Eustache Auto Location Inc. c. Location A & E Inc., [1991] R.J.Q. 1325
- Sullivan et al c. Desrosiers et al, (1986) 40 C.C.L.T. 66
- Sun Sudan Oil Company et al c. Methanex Corporation et al, (1992) 5 Alta. L.R. (3d) 292

- Toronto-Dominion Bank c. Miller, (1990) 1 O.R. (3d) 528
- Trahan c. Painchaud, Desaulniers et al, (1918) 53 R.J.Q. 445
- Unilux Manufacturing Co. c. Prime Boilers Inc. et al, (1990) 74 O.R. (2d) 270
- Ville de Montréal c. Centre du Billard Inc., J.E. 79-716
- Vocisano c. Concrete Column Clamps Ltd., [1959] B.R. 231
- Volkswagen Canada Ltd. c. Spicer, (1978) 91 D.L.R. (3d) 42
- Wallersteiner c. Moir, (1947) 1 W.L.R. 991
- Waxman c. 407 McGill St. Restaurant Inc., [1967] C.S. 544
- Western Finance Co. Ltd. c. Tasker Enterprises Ltd., [1980] W.W.R. 323
- Wolfe et al c. Moir et al, (1969) 69 W.W.R. 70
- W.R. Benjamin Products Limited c. Saulnier, (1982) 40 N.B.R. (2d) 537
- Young c. Consumer Cordage, (1898) 7 B.R. 67

DOCTRINE

MONOGRAPHIES

- AMIRAULT, E.J. et M. ARCHER, Canadian Business Law, 3^e édition, Toronto, Nelson Canada, 1988, 655 p.
- BARREAU DU QUÉBEC, La Réforme du Code Civil, vol. 1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 812 p.
- BAUDOIN, J.-L., La responsabilité civile, 4e édition, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1994, 1242 p.
- BAUDOIN, J.-L. et Y. RENAUD, Code civil du Québec annoté, Supplément Annuel, Montréal, Wilson Lafleur, 1996.
- BLACK, H.C., Black's Law Dictionary, Minnesota, West Publishing Co., 1979, 1511 p.
- BOHÉMIER, A. et P.-P. CÔTÉ, Droit commercial général, tome 1, 3^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1985, 422 p.
- BOHÉMIER, A. et P.-P. CÔTÉ, Droit commercial général, tome 2, 3^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 1985, 514 p.
- BRENNER, R. et L. COURVILLE, Fraud among Buyers and Sellers : Social, Legal and Market Remedies, Département de Science économique et Centre de recherche en Développement économique, Montréal, Université de Montréal, 1984, 58 p.
- BUCKLEY, F.H., GILLEN, M., et R. YALDEN, Corporations – Principles and Policies, 3^e édition, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1995, 1191 p.
- CANADA, Industrie Canada, Canada Business Corporations Act – Discussion Paper – Director's Liability, Novembre 1995

- CORTENRAAD, W.H.F.M., Limited Liability in Economic Theories of the Corporation, Toronto, University of Toronto, 1989, 366 p.
- FABIEN, C., Les règles du mandat, Extraits du répertoire du droit, Montréal, Chambre des Notaires, 1989, 359 p.
- FRIDMAN, G.H.L., Studies in Canadian Business Law, Toronto, Butterworths, 1971, 579 p.
- FRIDMAN, G.H.L., Law of Agency, 6^e édition, Toronto, Butterworths, 1990, 400 p.
- FRIDMAN, G.H.L., The Law of Torts in Canada, vol. 1, Toronto, The Carswell Company, 1990, 429 p.
- FRIDMAN, G.H.L., The Law of Torts in Canada, vol. 2, Toronto, The Carswell Company, 1990, 406 p.
- FRIDMAN, G.H.L., The Law of Contract in Canada, 3^e édition, Scarborough, The Carswell Company, 1994, 853 p.
- GIGUÈRE, M., Droit des corporations et sociétés par actions – notions fondamentales, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1994, 615 p.
- GOWER, L.C.B., Principles of Modern Company Law, London, Sweet & Maxwell, 1992, 809 p.
- GREENSPAN, E.L. et M. ROSENBERG, Martin's Annual Criminal Code, Ontario, Canada Law Book, 1997
- HADDEN, T., R.E. FORBES, et R.L. SIMMONDS, Canadian Business Organizations Law, Toronto, Butterworths, 1984, 680 p.
- IACOBUCCI, F., M.L. PILKINGTON et J.R.S. PRICHARD, Canadian Business Corporations, Agincourt, Canada Law Book Limited, 1977, 532 p.
- INSIGHT EDUCATIONAL SERVICES, Corporate Control and Shareholder Proceedings, Mississauga, Insight Press, 1992.
- KIERANS, E., Wrong End of the Rainbow – The Collapse of Free Enterprise in Canada, Toronto, Harper & Collins, 1989, 232 p.
- LANHAM, D., M. WEINBERG, K.E. BROWN et G.W. RYAN, Criminal Fraud, Toronto, The Law Book Company Limited, 1987, 629 p.
- LINDEN, A.M., Canadian Tort Law, 5e édition, Toronto, Butterworths, 1993, 842 p.
- MARTEL, P., et M. MARTEL, La compagnie au Québec – Les aspects juridiques, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1994-95, 1021 p.
- MARTEL, P., et L. MARTEL, Les conventions entre actionnaires, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1989, 350 p.
- MARTINEAU, Y., Législation québécoise et canadienne en droit des affaires, Scarborough, The Carswell Company, 1997, 1183 p.

- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du Ministre de la Justice, tome 1, Québec, Publications du Québec, 1993, 812 p.
- MORSE, G., Charlesworth & Morse Company Law, 4^e édition, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, 896 p.
- ORHNIAL, T., Limited Liability and the Corporation, Londres, Croom Helm, 1982, 223 p.
- PALMER, E.E., et B. WELLING, Canadian Company Law – Cases and Materials, Toronto, Butterworths, 1986.
- POPOVICI, A., La couleur du mandat, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, 634 p.
- POSNER, R.A., Economic Analysis of Law, 4e édition, Boston, Little, Brown and Company, 1992, 722 p.
- SMITH, J. et Y. RENAUD, Droit québécois des corporations commerciales, vol. 1, Montréal, Judico Inc., 1974, 518 p.
- SOLOMON, R.M., B.P. FELDTHUSEN et S.J. MILLS, Cases and Materials on the Law of Torts, Toronto, The Carswell Company, 1986, 788 p.
- SUTHERLAND, H., Company Law of Canada, 6^e édition, Scarborough, The Carswell Company, 1993, 1165 p.
- WALKER, G., Les recours des actionnaires : l'intervention judiciaire et la protection des intérêts minoritaires, Moncton, Les Éditions de l'Université de Moncton, 1982, 192 p.
- WATERS, D.W.M., Law of Trust in Canada, Toronto, The Carswell Company Limited, 1974, 1070 p.
- WATERS, D.W.M., Equity, Fiduciaries and Trusts, Toronto, The Carswell Company Limited, 1993, 463 p.
- WELLING, B.L., Corporate Law in Canada – The Governing Principles, 2^e édition, Toronto, Butterworths, 1991, 756 p.
- WILLCOCKS, P., Shareholders' Rights and Remedies, Australia, The Federation Press, 1991, 132 p.
- WARDE, J.D., Shareholders' and Directors' Manual, 5^e édition, Toronto, The Canadian Railway News Co. Limited, 1898, 392 p.
- ZIEGEL, J.S., Études sur le droit canadien des compagnies, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967, 717 p.
- ZIEGEL, J.S., Études sur le droit canadien des compagnies, vol. 2, Toronto, Butterworths, 1973, 536 p.
- ZIEGEL, J.S., R. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, Cases and Materials on Partnership and Canadian Business Corporations, vol. 1, Toronto, The Carswell Company Limited, 1989, 686 p.
- ZIEGEL, J.S., R.J. DANIELS, D.L. JOHNSTON et J.G. MACINTOSH, Cases and Materials on Partnership and Canadian Business Corporations, vol. 2, Toronto, The Carswell Company Limited, 1989, 1227 p.

ARTICLES DE REVUE

- ATKINSON, E., «La compagnie à responsabilité illimitée de Nouvelle-Écosse : un véhicule attrayant pour l'investisseur américain!» (1995) 17 R.P.F.S. 385
- BAILLIE, J.C., «Comments of a Business Lawyer on Rules Governing Boards of Canadian Public Corporations» (1995) 26 Can. Bus. L.J. 127
- BALTER, M., «Director's Liability and Due Diligence – A Step in the Right Direction» (1995) 5 Can. Cur. Tax 69
- BERNER, S.H., «Corporation Law» (1975) 7 Ottawa L.R. 152
- BERNIER, Y., «De la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux d'une affaire déclarée en faillite» (1970) 8 Col. I. Dr. Comp. 301
- BETTS, P.V.V., «Liability of Directors» (1969) 34 Business Q. 4:87
- BONHAM, D.H., «Judicial Treatment of the Corporate Entity Concept in Canadian Tax Law» (1967) 6 Western Ont. L. Rev. 39
- BOUCHARD, A., «Avantages et inconvénients comparatifs des lois constitutives générales fédérales et provinciales» (1980) C.P. du N. 387
- BOUCHARD, C., «La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale» (1993) 34 Cahiers 349
- BOWDEN, M. A. et T. QUIGLEY, «Pinstripes or Prison Stripes? The Liability of Corporations and Directors for Environmental Offences» (1995) 5 J.E.L.P. 209
- BUCKLEY, F.H., «Disregarding the Corporate Entity» (1988) 3 Can. Corp. L.R. C:23
- BUJOLD, G.E. et B. CHIASSON, «La responsabilité personnelle des administrateurs d'une corporation : vers de nouveaux horizons» (1994) 43 U.N.B.L.J. 49
- BLADON, G.L., «Security for Costs : The Corporate Veil and Rule 56.01(d)» (1989) 11 Advocates Q. 111
- BROOM, J.L., «Duties and Liabilities of Directors to Creditors» (1992) 7 Nat. Creditor D. Rev. 5
- CAMPBELL, R.L., «Director Liability for Unremitted Employee Deductions» (1992) U.B.C.L.Rev. 211
- CARFAGNINI, J.A., «Directors' Liabilities when a Company Fails» (198) 5 Business and Law 37
- CARLISLE, J., «Negligent Directors May Be Personally Responsible» (1994) Business and Law 4 :1
- CARZOLI, P., «La responsabilité d'un administrateur» (1988) 1 Rec. Fisc. 193
- CASSIDY, P.R., «The Exposure of Officers and Directors to Criminal and Quasi-Criminal Liability for Environmental Offences: An Update» (1995) 53 Advocate 899

- CHAREST, C., «De la responsabilité des administrateurs pour salaires impayés selon la Loi des Compagnies» (1977) 80 R. du N. 217
- CHARPENTIER, M.P., «Réforme du Code civil en matière de droit des sociétés et des personnes morales» (1993) R.P.F.S. 963
- COLLEY, G.M., «Taxing Times for Directors» (1989) 122 C.A. Mag. 12 :51
- CORN, G., «Director's Liability Update» (1988) 2 Can. Cur. Tax J :109
- CORN, G., «Director's Liability – 1989 Developments» (1990) 3 Can. Cur. Tax J :9
- CÔTÉ, J., «Responsabilité des administrateurs et la Loi de l'impôt sur le revenu» (1988) 25 R.P.F.S. 639
- CURRIE, A.W., «The First Dominion Companies Act» (1962) Can. J. Econ. 387
- DANIELS, R.J. et J.G. MACINTOSH, «Toward a Distinctive Canadian Corporate Law Regime» (1991) 29 Osgoode Hall L. J. 863
- DANIELS, R.J. et S.M. HUTTON, «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 182
- De GRANPRÉ, A.J., «The Role of Directors in the Modern Corporation» (1982) Cambridge Lectures 109
- DENNIS, M., «Corporations at the Crossroads» (1994/95) Meredith Lect. 113
- DES ROSIERS, G., «La responsabilité pénale des administrateurs et dirigeants en matière d'environnement» (1992) 52 R. du B. 715
- DICKSON, R.G.B., «The Corporate Entity» (1965) Pitblado Lect. 11
- DIPPLE, J.A., «The Expanding Liability of Corporate Directors» (1991) 8 Business and Law 52
- DOLAN, T.M., «Piercing the Corporate Veil» (1990) 5 Nat. Creditor D. Rev. 7
- DURNFORD, J.W., «The Corporate Veil in Tax Law» (1979) 27 Can. Tax J. 281
- DUSSAULT, D., «La jurisprudence et la responsabilité civile des administrateurs et dirigeants» (1980) 48 Assurances 81
- EASTERBROOK, F.H. et D.R. FISCHER, «Limited Liability and the Corporation» (1985) 52 University of Chicago Law Review 89
- ESTEY, W. M., «Liability of Sole Shareholders, Directors and Officers of Private Corporations» (1984) 1 Business and Law 17
- FABIEN, C., «L'abus de pouvoir du mandataire en droit civil québécois» (1978) 19 C. de N. 55
- FARRAR, J.H., «Fraud, Fairness and Piercing the Corporate Veil» (1990) 16 Can. Bus. L.J. 474

- FELTHAM, I.R., «Lifting the Corporate Veil» (1968) Lectures L.S.U.C. 305
- FELTHAM, I.R., et W.R. RAUENBUSCH, «Directors' and Officers' Liabilities in Canada» (1976) 1 Can. Bus. L.J. 321
- FLEISHER, J., «Directors' Liabilities on the Increase in Saskatchewan» (1991) Business and Law 17
- FOGLER, G., «The Courts and the Corporate Veil» (1992) 9 Business and Law 3
- FULCHER, J.E., «Directors Beware, Part II – McClurg and the Duty of Care» (1992) 2 J.E.L.P. 322
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., «Responsabilité fiscale des administrateurs» (1992) 14 R.P.F.S. 413
- GIBSON, J.D., «Liability of Directors of Ontario Charitable Corporations» (1979) Estates Q. 71
- GIBSON, N., «Business Issues : Directors' Liabilities» (1989) 53 Sask. L. Rev. 187
- GIGUÈRE, M., «L'indépendance des administrateurs de compagnies» (1966) 26 R. du B. 160
- GILES, W.H., «Proposed Corporations Act – Liability of Directors» (1969) 17 Chitty's L. J. 37
- GLASBEEK, H.J., «Why Corporate Deviance Is Not Treated as a Crime – The Need to Make «Profits» a Dirty Word» (1984) 22 O.H.L.J. 393
- GLASBEEK, H.J., «More Direct Director Responsibility : Much Ado About ... What?» (1995) 25 Can. Bus. L.J. 416
- GODSOE, G.J., «Nova Scotia Unlimited Liability Companies» (1995) 5 Can. Cur. Tax 87
- GRIEVE, J.F., «Directors Beware : Personal Liability for Employee Deductions under the Income Tax Act» (1987) 4 Business and Law 14
- GROIA, J. et L. ADAMS, «Searching for a Soul to Damn and a Body to Kick : The Liability of Corporate Officers and Directors» (1990) Meredith Lect. 127
- GRUNBERG, G., «Limited Liability of a Corporation : Its Modern Meaning for the Erring Proprietor or Employee» (1988) 46 Advocate 903
- HACKNEY, W.P. et T.G. BENSON, «Shareholder Liability for Inadequate Capital» (1982) U. of Pitt. L. Rev. 837
- HALL, M.C., et M. DONAHUE, «Directors and Officers at Risk : Liability Under Environmental Statutes» (1992) 5 Can. U.S. Bus. L. R. 161
- HALPERN, P., M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law» (1980) 30 U.T.L.J. 118
- HAMILTON, S.W., «The Corporate Veil Reconsidered : Alternatives to Lifting the Corporate Veil» (1994/95) Meredith Lectures 257

- HAYNES, B.C., «Directors' Liability for Termination Pay : *Barrette v. Crabtree Estate*» (1994) 23 Can. Bus. L.J. 283
- HEBENTON, S., «Limiting Directors' Liability» (1987) 4 Business and Law 4
- HERMAN, M.J., «Director and Officer Liability for Breach of Contract and in Tort» (1987) 4 Business and Law 17
- HONSBERGER, J.D., «Insolvency and the Corporate Veil in Canada» (1970) 8 Col. I. Dr. Comp. 213
- HOWARD, J.L., «Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act» (1975) Meredith Lect. 282
- INNES, W.I., «Liability of Directors and Officers of Charitable and Non-Profit Corporations» (1993) 13 Estates J. 1
- JARVIS, W.H., «Corporate Criminal Liability – Legal Agnosticism» (1961) Western Law Review 1
- J.E.NKINS, D.H. et R. SCOTT, «Effect of Bankruptcy on Directors' and Officers' Liability» (1992) 7 Nat. Creditor D. Rev. 52
- JENSEN, M.C. et W.H. MECKLING, «Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», (1976) 3 Journal of Financial Economics 305
- JORDAN, C., «The New Morality in Quebec Company Law : Directors' Liability After the Civil Code of Quebec» (1995) 25 Can. Bus. L.J. 216
- KING, R.J., «Indemnification of Corporate Directors : R. v. Bata Industries Ltd.» (1996) 6 J.E.L.P. 59
- KRISHNA, V., «Liability of Directors for Corporate Taxes» (1984) 1 Can. Cur. Tax C :27
- KRISHNA, V., «Common Law Piercing of the Corporate Veil to Reach Individual Shareholders» (1985) 1 Can. Cur. Tax J :101
- LABRECQUE, M.-A., «Choix du type de compagnie en regard de l'administration fédérale et de l'administration provinciale» (1980) C.P. du N. 369
- LABRECQUE, M.-A., «Statut juridique des sociétés en vertu du Code civil du Québec» (1995) 97 R. du N. 373
- LAGARDE, R., «Éveil sur les besoins d'une assurance responsabilité civile pour administrateurs et dirigeants de société» (1980) 48 Assurances 59
- LALONDE, P. et M. HARDWICKE-BROWN, «Litigation Matters of Concern to Corporate Directors and Officers» (1991) 6 Securities Rev. 27
- LARIN, F., «La nature juridique de la fonction d'administrateur et le nouveau Code civil du Québec» (1995) 2 R.E.J. 313
- LAVIGNE, M. M., «La responsabilité statutaire des administrateurs» (1992) Droit Com. 1
- LESAGE, L., «Canada Corporations Act» (1966) Meredith Lect. 1

- LEWTAS, J.L., «Directors', Officers' and Insiders' Liability» (1972) Lectures L.S.U.C. 183
- LIZÉE, M., «De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales» (1996) 41 McGill L.J. 131
- MACINTOSH, J.G., «Corporations» (1990) Special Lectures 189
- MACINTOSH, J.G., J. HOLMES et S. THOMPSON, «The Puzzle of Shareholder Fiduciary Duties» (1991) 19 Can. Bus. L.J. 86
- MACKAY, W., «The Charter of Rights and the Corporation : Beyond the Pale of the Corporate Veil» (1989) Cambridge Lectures 97
- MACKNIGHT, R.J., «Indemnities for Officers and Directors – Adding Insult to Injury» (1991) 3 Can. Cur. Tax P :41
- MADDAUGH, P.D., «Definition of Fiduciary Duty» (1990) Special Lectures 15
- MANARIN, B., «Directors' Liability to Employees when the Company Fails» (1989) 11 Advocates Q. 43
- MANNE, H.G., «Our Two Corporation Systems : Law and Economics» (1967) 53 V.L.R. 259
- MARTEL, P., «Et si le voile corporatif n'existait pas?» (1985) 45 R. du B. 448
- MARTEL, P., «L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle* : lumières nouvelles sur l'abus de droit et le voile corporatif» (1987) 33 McGill L.J. 213
- MARTEL, P., «La personnalité juridique de la compagnie mise en péril» (1988) Droit Com. 1
- MARTEL, P., «Le voile corporatif et l'article 317 du Code civil du Québec» (1995) 55 R. du B. 447
- MAUGHAN, G.B., «Directors and Officers Insurance Demystified» (1995) 63 Assurances 177
- MCCARTHY, G., «Quebec Corporation Law and Practice» (1968) 93 Can. Chart. Acc. 170
- MITCHELL, W.J.A., «Taxation and the Corporate Veil» (1966) 14 Can. Tax J. 534
- MOREAU, R., «L'indemnisation des administrateurs et des dirigeants : législation, réglementation d'indemnisation, assurance» (1995) 63 Assurances 19
- MOSKOWITZ, E.P., «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990) 38 Can. Tax J. 537
- POSNER, R.A., «The Rights of Creditors of Affiliated Corporations» (1976) 42 University of Chicago Law Review 499
- POTTER, K.B., «Directors' and Officers' Liability Insurance» (1971) Alberta L. R. 331
- PRATTE, C., «Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du Code civil du Québec» (1994) 39 McGill L.J. 1
- PRÉVOST, A., «La responsabilité personnelle des dirigeants et administrateurs d'entreprises : une réalité nouvelle» (1989) 5 Monde Juridique 7

- PRICHARD, B. W., «A Current Analysis of the Personal Liabilities of Directors to the Creditors of a Limited Company» (1978) 25 C.B.R. (N.S.) 82
- RICHARD, H.L., «La protection des administrateurs de compagnies : l'indemnisation statutaire et les mesures complémentaires de protection» (1990) 35 McGill L.J. 117
- RICHARDS, G.M.R., «Directors Liability : Defence of Due Diligence» (1987) 2 Can. Cur. Tax J. :21
- RICHARDSON, A., «Making an End Run Around the Corporate Veil : The Tort of Inducing Breach of Contract» (1984) Advocates Q. 103
- RIOUX, C., «La responsabilité des administrateurs selon l'article 227.1 LIR, première partie» (1990) 38 Can. Tax J. 886
- SALOMON, P.M., «Limited Limited Liability : A Definitive Judicial Standard for the Inadequate Capitalization Problem» (1974) 47 Temple L.Q. 321
- SARGENT, N.C., «Corporate Groups and the Corporate Veil in Canada : A Penetrating Look at Parent-Subsidiary Relations in the Modern Corporate Enterprise» (1987) 17 Man. L.J. 156
- SARNA, L., «Directors, Officers and Bankruptcy» (1993) 10 Nat. Ins. Rev. 72
- SAXE, D., «Environmental Liabilities of Officers and Directors» (1990) 46 B.L.R. 262
- SAXE, D., «Throwing the Net Wider : Can Parent Companies and Lenders be Held Liable for Contaminated Land?» (1991) 3 W.R.L.S.J. 22
- SCOTT, D.W., «Directors' Liability» (1973) Lectures L.S.U.C. 449
- SHORT, D.E. et M.E.E. EAGLES, «Directors Beware!» (1989) Business and Law 73
- SILBER, H.S., «Directors' and Officers' Liability Coverage : Directors' Liability and the Scope of Policy Exclusions in Canada – Part I» (1990) 8 Can. J. Insurance L. 95
- SILBER, H.S., «Directors' and Officers' Liability Coverage : Directors' Liability and the Scope of Policy Exclusions in Canada – Part II» (1991) 9 Can. J. Insurance L. 1
- SIMMONDS, R.L., «Juridical Personality in Canada : The Case of the Corporation» (1992) Contemp. Law 60
- TAMAKI, G.T., «Lifting the Corporate Veil in Canadian Income Tax Law» (1962) 8 McGill L.J. 158
- TAVENDER, D.D., C.M. POYEN et D.M. HALLETT, «Developments in Corporate Liability : Is the Sky the Limit?» (1993) 22 Can. Bus. L.J. 258
- THOMPSON, J., «Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study» (1991) 76 Cornell L. Rev. 1036
- TURGEON, J., «Les actionnaires, le voile corporatif et les tiers : quelques réflexions sur l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale* et la véritable nature de ces rapports» (1993) 24 R. Gen. 411

- VAN BANNING, R., «Directors' Liability under Tax Statutes» (1984) 1 Business and Law 29
- WACH, T.S., «Directors' Liability for Taxes» (1989) 6 Business and Law 1
- WILSON, B.R., «The Creditors' and Debtors' Guide to Survival and Success» (1994) 28 C.B.R. (3d) 25
- WOODS, M., «Lifting the Corporate Veil in Canada» (1957) 35 Can. Bar Rev. 1176
- WOODWARD, S.E., «On the Economics of Limited Liability» (1985) J.I.T.E. 601
- YAROSKY, H., «The Criminal Liability of Corporations » (1964) 10 McGill L. J. 142
- ZIEGEL, J.S., «Is Incorporation (With Limited Liability) Too Easily Available?» (1990) 31 C. de D. 1075
- ZIEGEL, J.S., «Creditors as Corporate Stakeholders : The Quiet Revolution – An Anglo-Canadian Perspective» (1993) 43 U.T.L.J. 511

ANNEXE «A»

LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS, L.R.C. (1985), c. C-44.

Article 3

- (1) La présente loi s'applique à toute société constituée sous son régime et à toute personne morale prorogée en société sous son régime et qui n'est pas passée sous le régime d'une autre autorité législative.
- (2) Abrogé, L.C. 1991, ch. 45, a.551.
- (3) Les lois suivantes ne s'appliquent pas à une personne morale : a) la Loi sur les corporations canadiennes, chapitre C-32 des Statuts révisés du Canada de 1970; b) la Loi sur les liquidations; c) les dispositions de la loi spéciale au sens de l'article 87 de la Loi sur les transports au Canada qui sont incompatibles avec la présente loi.
- (4) Les sociétés ne peuvent se livrer : a) à l'activité des banques; b) aux activités d'une société régie par la Loi sur les sociétés d'assurances; c) aux activités d'une société régie par la Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt.
- (5) La société ne peut exercer l'activité d'un établissement d'enseignement ayant le pouvoir de délivrer des diplômes universitaires que si elle est expressément autorisée par un agent fédéral ou provincial habilité par la loi à conférer ce pouvoir à de tels établissements.

Article 25

- (1) Sous réserve des statuts, des règlements administratifs et de toute convention unanime des actionnaires et de l'article 28, les administrateurs peuvent déterminer la date des émissions d'actions, les personnes qui peuvent souscrire et l'apport qu'elles doivent fournir.
- (2) L'émission d'une action est libératoire quant à l'apport exigible de son détenteur.
- (3) **Les actions ne peuvent être émises avant d'avoir été entièrement libérées soit en numéraire, soit en biens ou en services rendus dont la juste valeur ne peut être inférieure à la somme d'argent que la société recevrait si la libération devait se faire en numéraire.**
- (4) Pour établir la juste équivalence entre un apport en biens ou en services rendus à un apport en numéraire, les administrateurs peuvent tenir compte des frais normaux de constitution et de réorganisation, ainsi que des bénéfices qu'entend normalement en tirer la société.
- (5) Pour l'application du présent article, «biens» ne comprend ni le billet à ordre ni la promesse de paiement.

Article 38

- (1) «Sous réserve du paragraphe (3), la société peut, par résolution spéciale, réduire son capital déclaré à toutes fins, et notamment aux fins de : a) limiter ou supprimer l'obligation de libérer intégralement des actions; b) verser au détenteur d'une action émise de n'importe quelle catégorie ou série une somme ne dépassant pas le capital déclaré afférent à cette catégorie ou série; c) soustraire de son capital déclaré tout montant non représenté par des éléments d'actifs réalisables.
- (2) La résolution spéciale prévue au présent article doit indiquer les comptes capital déclarés au début desquels sont portées les réductions.

- (3) La société ne peut réduire son capital déclaré pour des motifs autres que ceux visés à l'article (1)(c), s'il existe des motifs raisonnables de croire que : a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance; b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure à son passif.
- (4) **Tout créancier de la société peut demander au tribunal d'ordonner au profit de celle-ci que le bénéficiaire, actionnaire ou autre : a) soit payé une somme égale au montant de toute obligation de l'actionnaire, réduite ou supprimée en contravention au présent article; b) soit restituer les sommes versées ou les biens remis à la suite d'une réduction de capital non conforme au présent article.**

Article 122

- (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir :
 - (a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
 - (b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.
- (2) Les administrateurs et les dirigeants doivent observer la présente loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.
- (3) Sous réserve du paragraphe 146(5), aucune disposition d'un contrat, des statuts, des règlements administratifs ou d'une résolution ne peut libérer les administrateurs ou les dirigeants de l'obligation d'agir conformément à la présente loi et à ses règlements d'application ni des responsabilités découlant de cette obligation.

Article 124(1) et 124(4)

- (1) La société peut indemniser ses administrateurs, ses dirigeants ou leurs prédécesseurs, les personnes qui, à sa demande, agissent en cette qualité pour une personne morale dont elle est actionnaire ou créancière ainsi que leurs héritiers et mandataires, de tous leurs frais et dépenses, y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement, entraînées par des poursuites civiles, pénales ou administratives auxquelles ils étaient parties en cette qualité, à l'exception des actions intentées par la société ou la personne morale, ou pour leur compte, en vue d'obtenir un jugement favorable, si :
 - (a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
 - (b) d'autre part, dans le cas de poursuites pénales ou administratives aboutissant au paiement d'une amende, ils avaient de bonnes raisons de croire que leur conduite était conforme à la loi.
- (4) **La société peut souscrire au profit des personnes visées au paragraphe (1) une assurance couvrant la responsabilité qu'elles encourent :**
 - (a) **soit pour avoir agi en qualité d'administrateur ou de dirigeant de la société, à l'exception de la responsabilité découlant du défaut d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;**
 - (b) **soit pour avoir, sur demande de la société, agi en qualité d'administrateur ou de dirigeant d'une autre personne morale, à l'exception de la responsabilité découlant du défaut d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la personne morale.**

Article 146

- (1) Des actionnaires peuvent conclure entre eux une convention écrite régissant l'exercice de leur droit de vote.
- (2) Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une société soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint en tout ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer les affaires tant commerciales qu'internes de la société.
- (3) Est réputée une convention unanime des actionnaires la déclaration écrite de l'unique et véritable propriétaire de la totalité des actions émises de la société, qui restreint, même partiellement, les pouvoirs de gestion des administrateurs dans les affaires tant internes que commerciales de la société.
- (4) Sous réserve du paragraphe 49(8), le cessionnaire des actions assujetties à une convention unanime des actionnaires est réputé être partie à celle-ci.
- (5) **Les droits, pouvoirs et obligations, qu'une convention unanime d'actionnaires enlèvent aux administrateurs, sont assumés par tout actionnaire partie à cette convention; les administrateurs sont déchargés des obligations et responsabilité corrélatives, notamment de la responsabilité visée à l'article 119, conformément à la convention.**

Article 226

- (1) Au présent article, «actionnaire» s'entend notamment des héritiers et des mandataires de l'actionnaire.
- (2) Nonobstant la dissolution d'une personne morale conformément à la présente loi : a) les procédures civiles, pénales ou administratives intentées par ou contre elle avant sa dissolution peuvent être poursuivies comme si la dissolution n'avait pas eu lieu; b) dans les deux ans suivant la dissolution, des procédures civiles, pénales ou administratives peuvent être intentées contre la personne morale comme si elle n'avait pas été dissoute; c) les biens qui auraient servi à satisfaire tout jugement ou ordonnance, à défaut de la dissolution, demeurent disponibles à cette fin.
- (3) Après la dissolution, la signification des documents peut se faire à toute personne figurant sur la dernière liste enregistrée conformément aux articles 106 ou 113.
- (3.1) La signification des documents à une compagnie qui était régie par le Loi sur les corporations canadiennes, chapitre C-32 des Statuts révisés du Canada de 1970, et qui a été dissoute par suite de l'application du paragraphe 261(8) de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, chapitre 33 des Statuts du Canada de 1974-75-76 et chapitre 9 des Statuts du Canada de 1978-79, peut se faire à toute personne figurant comme dirigeant dans le dernier sommaire déposé par la compagnie conformément à la Loi sur les corporations canadiennes.
- (4) Nonobstant la dissolution d'une personne morale, conformément à la présente loi, les actionnaires entre lesquels sont répartis les biens engagent leur responsabilité, à concurrence de la somme reçue, envers toute personne invoquant le paragraphe (2), toute action en recouvrement pouvant alors être engagée dans les deux ans suivant la dissolution.
- (5) **Le tribunal peut ordonner que soit intentée, collectivement contre les actionnaires, l'action visée au paragraphe (4), sous réserve des conditions qu'il juge pertinentes, et peut, si le demandeur établit le bien fondé de sa demande, renvoyer l'affaire devant un arbitre ou un autre officier de justice qui a le pouvoir : a) de mettre en cause chaque ancien actionnaire retrouvé par le demandeur; b) de déterminer, sous**

réserve du paragraphe (4), la part que chaque ancien actionnaire doit verser pour dédommager le demandeur; c) d'ordonner le versement des sommes déterminées.

LOI SUR LES COMPAGNIES DU QUÉBEC., L.R.Q., 1977, c. C-38

Article 41

Les actionnaires ne sont pas responsables, en leur seule qualité d'actionnaire, des actes, omissions ou obligations, ni des engagements, réclamations, paiements, pertes, dommages, transactions ou autres actes quelconques de la compagnie, se rattachant à son entreprise, au-delà du montant non payé sur leurs actions respectives dans le capital-actions.

Article 86

Nul ne peut être élu ni nommé administrateur d'une compagnie à moins qu'il ne soit actionnaire, ou qu'une autre compagnie dont il est officier ou administrateur ne le soit et, si les règlements de la compagnie le stipulent, qu'il ne possède absolument en son propre nom, ou du chef de cette autre compagnie, des actions de la compagnie jusqu'à concurrence d'un montant déterminé et qu'aucun versement sur ces actions ne soit en souffrance.

Article 123.87

Une compagnie assume la défense de son mandataire qui est poursuivi par un tiers pour un acte posé dans l'exercice de ses fonctions et paie, le cas échéant, les dommages-intérêts résultant de cet acte, sauf s'il a commis une faute lourde ou une faute personnelle séparable de l'exercice de ses fonctions.

Toutefois, lors d'une poursuite pénale ou criminelle, la compagnie n'assume que le paiement des dépenses de son mandataire qui avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi ou le paiement des dépenses de son mandataire qui a été libéré ou acquitté.

CODE CIVIL DU QUÉBEC, L.R.Q., 1991, c. 64

Article 7

Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Article 298

Les personnes morales ont la personnalité juridique. Elles sont de droit public ou de droit privé.

Article 300

Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

Article 1410

La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit exprimée.

Article 1412

L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître.

Article 1425

Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher qu'elle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

Article 1457

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Article 1696

Le créancier est présumé avoir acquis le bien s'il est vendu à une personne avec qui il est de connivence ou qui lui est liée, notamment un parent ou allié jusqu'au deuxième degré, une personne vivant sous son toit, ou encore un associé ou une personne morale dont il est un administrateur ou qu'il contrôle.

Article 2157

Le mandataire qui, dans les limites de son mandat, s'oblige au nom et pour le compte du mandant, n'est pas personnellement tenu envers le tiers avec qui il contracte. Il est tenu envers lui lorsqu'il agit en son propre nom, sous réserve des droits du tiers contre le mandant, le cas échéant.

Article 2158

Le mandataire qui outrepassé ses pouvoirs est personnellement tenu envers le tiers avec qui il contracte, à moins que le tiers n'ait eu une connaissance suffisante du mandat, ou que le mandant n'ait ratifié les actes que le mandataire a accomplis.

Article 2160

Le mandant est tenu envers le tiers pour les actes accomplis par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat, sauf si, par la convention ou les usages, le mandataire est seul tenu. Il est aussi tenu des actes qui excédaient les limites du mandat et qu'il a ratifiés.