

La « levée du voile corporatif » en vertu du *Code civil du Québec* : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence*

Stéphane ROUSSEAU** et Nadia SMAÏLI***

La présente étude a pour objet de mieux comprendre le recours en levée du voile corporatif par l'analyse des décisions rendues par les tribunaux relativement à l'article 317 du Code civil du Québec sur une période de dix ans, soit de 1994 à 2004. Cette étude prend la forme non seulement d'une analyse exégétique des décisions, mais également d'une analyse statistique destinée à mettre en lumière avec plus de rigueur les tendances jurisprudentielles. Elle permet d'observer que les tribunaux font preuve de déférence à l'égard du principe de la responsabilité limitée et considèrent la levée du voile corporatif comme une sanction d'exception. Cela ressort du taux général de levée du voile corporatif qui est inférieur à celui qui est constaté dans d'autres juridictions de common law. Durant la période étudiée, les craintes exprimées par les commentateurs relativement à l'érosion du principe de la personnalité juridique distincte de la société par actions ne reflétaient pas la réalité. Plus particulièrement, les résultats de l'étude montrent que les motifs invoqués pour procéder à la levée du voile corporatif sont les principaux déterminants de la décision des tribunaux d'appliquer l'article 317. Les dimensions factuelles et légales du litige exercent une influence marginale sur la probabilité de levée du

* L'étude à l'origine du présent article a été réalisée grâce au travail rigoureux des personnes suivantes qui sont vivement remerciées : Julie Biron, Anne-Marie Breton, Anne-Frédérique Bourret, Alexandre Germain, Karine Mailloux et Michel Maranda. Des versions antérieures de cet article ont été présentées au Congrès annuel de la Canadian Law and Economics Association, au Law and Economics Workshop de la Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique et à la Section de droit privé de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Professeur agrégé, titulaire de la Chaire en droit des affaires et du commerce international, Faculté de droit, Université de Montréal.

*** Doctorante en sciences comptables, HEC Montréal.

voile corporatif. Parmi les motifs invoqués, la fraude et la dérogation à une règle d'ordre public se démarquent par leur impact significatif sur la probabilité de soulèvement du voile corporatif.

This study seeks to better understand the lifting of the corporate veil by an analysis of court decisions in reference to article 317 of the Civil Code of Québec over a ten-year period, namely from 1994 to 2004. This research is more than just an exegetic construction of these rulings since it extends to a statistical compilation intended to shed a more penetrating light on case-law trends. As such, it observes that the courts act with deference as regards the principle of limited liability and consider the lifting of the corporate veil to be an exceptional penalty. This comes to light from the overall rate of lifted corporate veils that is lower than corresponding rates in other Common Law jurisdictions. During the period under study, the fears expressed by commentators relating to the erosion of the principle of the distinct juridical personality of a joint-stock company were not a reflection of reality. More specifically, the results of the study demonstrate that the reasons raised for lifting the corporate veil are the primary decisive factors for the courts' decisions to apply article 317. The factual and legal dimensions of litigation exercise a marginal influence upon the probability of lifting the corporate veil. Among the stated reasons, fraud and the departure from rules of public order stand out by their significant impact upon the probability of having the corporate veil lifted.

	<i>Pages</i>
1 Le soulèvement du voile corporatif en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques	820
1.1 La levée du voile corporatif vue sous l'angle de la théorie économique.....	820
1.1.1 La responsabilité limitée des actionnaires et le financement des entreprises.....	821
1.1.1.1 L'immunité des actionnaires facilite la diversification des investissements.....	821
1.1.1.2 L'immunité des actionnaires augmente la liquidité des investissements.....	823

1.1.1.3	L'immunité des actionnaires diminue le coût de surveillance des dirigeants	824
1.1.2	Le coût externe généré par la responsabilité limitée.....	826
1.2	Une vue d'ensemble des motifs de soulèvement du voile corporatif en vertu du <i>Code civil du Québec</i>	828
1.2.1	La manipulation de la personnalité morale et la notion d' <i>alter ego</i>	829
1.2.2	L'utilisation de la personnalité morale pour commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public	831
1.3	La levée du voile corporatif : droit et économie	834
2	Le soulèvement du voile corporatif en vertu du Code civil du Québec : une étude empirique de la jurisprudence (1994-2004)	837
2.1	La démarche méthodologique retenue.....	838
2.2	Les résultats	840
2.2.1	Le contexte factuel et légal.....	840
2.2.1.1	Des observations générales.....	840
2.2.1.2	La juridiction du tribunal.....	842
2.2.1.3	L'identité du requérant.....	843
2.2.1.4	Le nombre d'actionnaires	844
2.2.1.5	L'identité de l'intimé	844
2.2.1.6	Le contexte légal	846
2.2.1.7	Une analyse multivariée du contexte factuel et légal.....	847
2.3	Les motifs de soulèvement du voile corporatif.....	849
2.3.1	La fraude.....	849
2.3.2	L'abus de droit et la mauvaise foi.....	853
2.3.3	La dérogation à une règle d'ordre public.....	855
2.3.4	La manipulation de la personnalité morale et le statut d' <i>alter ego</i>	856
2.4	Un modèle économétrique général.....	858
	Conclusion	859
	Annexe	860

La personnalité morale de la société par actions joue un rôle économique important¹. Elle confère une responsabilité limitée aux actionnaires², ce qui facilite le financement des activités des sociétés en réduisant le coût du capital-actions. La personnalité juridique distincte ne génère toutefois pas uniquement des bénéfices. Elle soulève des risques d'abus de la part des

1. Voir S. ROUSSEAU, « Immunité des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit », (1999) 78 *R. du B. can.* 1.
2. Art. 309 du *Code civil du Québec* (ci-après cité : C.c.Q).

actionnaires qui peuvent chercher à profiter de la responsabilité limitée au détriment des individus qui font des affaires avec la société ou qui sont touchés par ses activités³.

En termes économiques, la responsabilité limitée peut générer un « coût externe » en menant les actionnaires à négliger le coût qu'imposent les activités de la société aux tiers lorsqu'ils décident de la réalisation des projets d'investissement⁴. Les actionnaires peuvent aussi abuser de la personnalité morale en utilisant la société pour contrevenir ou se soustraire à des obligations contractuelles ou légales⁵.

Afin de sanctionner ces abus, les tribunaux de common law ont élaboré une série d'exceptions jurisprudentielles au principe de la responsabilité limitée. Ces exceptions permettent de mettre de côté la personnalité morale, de « soulever le voile corporatif », pour atteindre les actionnaires qui se servent de la société afin de contrevenir à des obligations contractuelles ou légales⁶. Au Québec, étant donné la forte influence de la common law sur le droit des sociétés, les tribunaux ont puisé dans la jurisprudence anglo-canadienne et britannique pour élaborer un mécanisme similaire de soulèvement du voile corporatif en l'absence de solutions appropriées dans le *Code civil du Bas Canada*⁷. La jurisprudence qui s'est développée au Québec dans le sillage des solutions de common law est toutefois demeurée dépourvue de lignes directrices claires quant aux circonstances donnant

3. J.S. ZIEGEL, « Is Incorporation (with Limited Liability) too Easily Available? », (1990) 31 *C. de D.* 1075, 1080-1084; H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », (1991) 100 *Yale L.J.* 1879.
4. Voir D. GODDARD, « Corporate Personality – Limited Recourse and its Limits », dans C. RICKETT et R.B. GRANTHAM (dir.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 11, et p. 25, à la page 41; S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 1, 12-17.
5. Voir M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2004, à la page 1-51.
6. En common law, voir, par exemple, J. FARRAR, « Fraud, Fairness, and Piercing the Corporate Veil », (1990) 16 *Can. Bus. L. J.* 474. Plusieurs dispositions législatives permettent de considérer l'identité des actionnaires, des administrateurs ou des dirigeants, notamment pour déterminer l'admissibilité des sociétés à des permis ou licences. Voir, par exemple, la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1, art. 53. Pour un exemple en jurisprudence, voir : *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec c. Fédération des producteurs de porcs du Québec*, REJB 1997-01073 (C.A.). Nous reconnaissons, comme le remarque un auteur dans un texte récent, que l'emploi de l'expression « voile corporatif » n'est pas des plus heureux et qu'il serait opportun de trouver une expression davantage ancrée dans le droit civil québécois. Voir J. TURGEON, « Le Code civil du Québec, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires », (2005) 65 *R. du B.* 115.
7. Pour un survol des exceptions jurisprudentielles à la responsabilité limitée des actionnaires, voir : M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 5, 1-34 et suiv. ; S.W. HAMILTON, « The Corporate Veil Reconsidered », dans FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ MCGILL,

ouverture au soulèvement du voile corporatif. Lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, après presque un siècle de décisions sur cette question, tout au plus était-il possible de mettre en évidence quatre situations où les tribunaux étaient susceptibles de procéder au soulèvement du voile corporatif : « les cas de fraude proprement dite, de violation des obligations contractuelles, de contravention à l'ordre public et de l'existence d'une relation de compagnie-mère à filiale⁸ ».

En adoptant le *Code civil du Québec* en 1994, le législateur québécois s'est lancé dans une entreprise que bien peu d'autres législateurs avaient tenté jusqu'alors : codifier les exceptions jurisprudentielles à l'immunité des actionnaires. Cette codification s'inscrit dans une volonté de rapatrier au sein du Code civil les dispositions fondamentales du droit des sociétés. Ainsi, l'article 317 C.c.Q. régit désormais le soulèvement du voile corporatif. Selon cette disposition, la personnalité juridique d'une société ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors que cette personnalité est alléguée pour masquer la fraude, l'abus de droit ou la dérogation à une règle intéressant l'ordre public. Désormais, la levée du voile corporatif ne peut donc avoir lieu que lorsque les conditions « limitées, précises et bien connues » de l'article 317 sont remplies⁹.

Plus de dix ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, nous devons constater que la codification des conditions d'ouverture à l'égard du soulèvement du voile corporatif n'a pas éliminé l'incertitude relativement à la portée de ce recours. Cette incertitude contribue à créer la perception que la levée du voile corporatif est un recours imprévisible qui menace le principe de la personnalité juridique distincte de la société par actions¹⁰.

Dans cette perspective, la présente étude a pour objet de mieux comprendre le fonctionnement du recours en levée du voile corporatif par l'analyse de 220 décisions rendues par les tribunaux relativement à l'article

Les sociétés par actions à la croisée des chemins, Montréal, Faculté de droit de l'Université McGill, 1995, p. 257 ; K.P. MCGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Markham (Ontario), Butterworths, 1999, à la page 45.

8. J. SMITH et Y. RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, t. 1, Montréal, Judico, 1974, p. 61. Voir aussi *Développements de la Haute Gatineau Inc. c. 2687461 Canada inc.*, J.E. 94-1692 (C.S.), p. 23 ; A. MORRISSET, J. TURGEON et autres, *Droit corporatif canadien et québécois*, Farnham, CCH/FM ltée, [feuilles mobiles] paragr. 1-010.
9. *Gestion André Lévesque inc. c. Compt'le inc.*, J.E. 97-631 (C.A.).
10. Voir : P. MARTEL, « Le « voile corporatif » – l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec », (1998) 58 *R. du B.* 95 ; S. CÔTÉ et J. GIRARD, « La percée du voile corporatif : qu'en est-il 10 ans plus tard ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 77. Pour une critique de cette thèse, voir J. TURGEON, *loc. cit.*, note 6, 143 et suiv.

317 sur une période de dix ans, soit de 1994 à 2004¹¹. Cette étude est originale en ce qu'elle prend la forme non seulement d'une analyse exégétique des décisions, mais également d'une analyse statistique destinée à mettre en lumière avec plus de rigueur les tendances jurisprudentielles¹². En fin de compte, ces analyses nous permettent de mieux circonscrire les facteurs légaux et contextuels qui influent sur la levée du voile corporatif et d'apprécier le fonctionnement de l'article 317. Comme nous pourrions le constater, les motifs édictés par l'article 317 n'exercent pas la même influence sur la probabilité de la levée du voile corporatif. Il en va de même pour les dimensions légales et factuelles du litige. Ces constats suggèrent que les tribunaux confèrent un rôle plus restreint à la levée du voile corporatif qu'il n'en ressort de la seule lecture de cette disposition.

Notre texte est divisé en deux parties. Dans la première, nous effectuons une mise en contexte du régime du soulèvement du voile corporatif en examinant l'article 317 sous l'angle de l'analyse économique du droit. Dans la seconde, nous présentons les résultats de notre étude empirique de la jurisprudence tout en proposant une synthèse destinée à rendre compte des facteurs légaux et contextuels centraux dans la levée du voile corporatif.

1 Le soulèvement du voile corporatif en vertu du *Code civil du Québec* : des perspectives théoriques¹³

1.1 La levée du voile corporatif vue sous l'angle de la théorie économique

En droit civil, la responsabilité limitée a été traditionnellement justifiée d'un point de vue strictement juridique par le statut de personne morale de la société. Ce statut a pour effet de conférer la personnalité juridique à une société. Cette dernière, en tant que personne morale, a donc la pleine jouissance des droits civils et est titulaire d'un patrimoine distinct. En corollaire, le patrimoine distinct de la société limite la responsabilité de

11. Notre étude s'inspire d'études américaine, australienne et britannique : C. MITCHELL, «Lifting the Corporate Veil in the English Courts: An Empirical Study», (1999) 3 *Company, Financial and Insolvency Law Review* 15, 20; I.M. RAMSAY et D.B. NOAKES, «Piercing the Corporate Veil in Australia», (2001) 19 *Company and Securities Law Journal* 250, 261; R.B. THOMPSON, «Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study», (1991) 76 *Cornell L. Rev.* 1036, 1048.
12. Sur la pertinence des études empiriques, voir : P. SCHUCK, «Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?», (1989) 39 *J. Legal Educ.* 323; et, plus récemment, en droit des sociétés, R. ROMANO, «After the Revolution in Corporate Law», (2005) *Yale Law and Economics Research Paper* 323.
13. Cette partie s'inspire de R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*, Montréal, Thémis, 2002, p. 115, à la page 118.

ses membres tel que l'édicte l'article 309 C.c.Q. : « Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi. » Dans cette perspective, la doctrine soutient que la responsabilité limitée est une conséquence nécessaire du principe de la personnalité juridique distincte de la compagnie.

Le principe en question n'implique pas nécessairement que les actionnaires ont une responsabilité limitée. Si toute personne physique possède une personnalité juridique distincte, elle peut néanmoins être tenue responsable sans limite pour les faits d'autrui et des biens¹⁴. La responsabilité limitée ne découle donc pas automatiquement de la personnalité morale. Ainsi, le législateur pourrait très bien établir un régime de responsabilité pour le fait d'autrui rendant les actionnaires responsables des obligations des sociétés.

Dans ce cas, comment expliquer l'existence du principe de la responsabilité limitée ? Essentiellement, par sa fonction économique. Ce principe joue un rôle fondamental dans le financement des sociétés par actions en réduisant le coût du capital. Plus particulièrement, la responsabilité limitée des actionnaires réduit le coût du capital-actions en facilitant la diversification des risques par les investisseurs, en augmentant la liquidité des investissements et en diminuant le coût de surveillance des dirigeants.

1.1.1 La responsabilité limitée des actionnaires et le financement des entreprises

1.1.1.1 L'immunité des actionnaires facilite la diversification des investissements

Pour comprendre la contribution du principe de la responsabilité limitée à la diversification des investisseurs, il convient de rappeler que, lorsqu'elles font appel aux investisseurs pour obtenir du financement par voie de capital-actions, les sociétés par actions doivent offrir un rendement espéré pour leurs actions qui soit proportionnel au niveau de risque qui leur est associé. Plus le degré de risque est élevé, plus les actions doivent avoir le potentiel de générer un rendement élevé¹⁵. Puisque le rendement attendu par les actionnaires détermine le coût du capital des projets pour

14. Art. 1459 et 1469 C.c.Q.

15. Les investisseurs ont une préférence pour les rendements élevés auxquels est associé un faible niveau de fluctuation. Pour convaincre les investisseurs de courir des risques élevés, les entreprises doivent leur offrir un rendement potentiel plus élevé. G. MERCIER et R. THÉORÉT, *Traité de gestion financière : une perspective canadienne et québécoise*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1993, p. 411-412 et 420.

les entreprises, il est souhaitable d'avoir un marché financier qui permette aux investisseurs de minimiser les risques qu'ils supportent¹⁶. Autrement, le coût du capital sera relativement élevé et les entreprises se verront contraintes d'abandonner un grand nombre de projets d'investissement.

La responsabilité limitée facilite la gestion des risques en permettant aux investisseurs de tirer bénéfice du principe de la diversification des investissements¹⁷. En restreignant la responsabilité des actionnaires, le législateur rend possible la diversification des investissements, ce qui réduit les risques courus par les actionnaires et favorise les investissements dans les projets risqués qui offrent des perspectives de rendement positif.

Un régime de responsabilité illimitée pour les actionnaires empêcherait ces derniers d'utiliser le principe de la diversification pour gérer le risque particulier des actions. Dans le contexte d'un tel régime, les événements négatifs qui touchent une compagnie en particulier auraient des répercussions potentielles sur la valeur totale du portefeuille d'actions et sur l'ensemble des actifs de l'investisseur. Il suffirait qu'un investisseur détienne un titre d'une compagnie faisant faillite pour qu'il devienne responsable de l'ensemble des dettes de cette dernière envers les créanciers de la compagnie faillie, sans égard à la taille de son investissement. Plus un investisseur détiendrait des titres de compagnies à responsabilité illimitée, plus grand serait le risque qu'il supporterait. La diversification des investissements aurait donc un effet inverse sur le niveau de risque du portefeuille.

Dans ce contexte, les investisseurs prudents éviteraient de faire de petits investissements étant donné le risque élevé auquel ces derniers les exposeraient. Ils effectueraient plutôt des investissements substantiels dans un petit nombre de compagnies. Les rendements potentiels associés à de tels investissements justifieraient les risques de pertes supportés. De plus, la taille importante des investissements permettrait aux actionnaires de superviser la gestion des compagnies pour réduire les probabilités de pertes. Néanmoins, en raison du risque couru, ils demanderaient un rendement élevé pour effectuer leurs investissements, ce qui augmenterait le coût du capital-actions des compagnies.

16. Sur la notion de « coût du capital », voir OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, [En ligne], [www.granddictionnaire.com/_fs_global_01.htm] (15 novembre 2006); W.A. KLEIN et J.C. COFFEE Jr., *Business Organization and Finance: Legal and Economic Principles*, 6^e éd., Westbury, Foundation Press, 1996, p. 317, à la page 321.

17. Selon la diversification des investissements, voir R.-A. BREALEY et autres, *Principles of Corporate Finance*, 2^e éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1992, p. 149, à la page 151.

1.1.1.2 L'immunité des actionnaires augmente la liquidité des investissements

Le régime de responsabilité limitée des actionnaires influe également sur le coût des capitaux propres aux compagnies en facilitant le développement d'un marché secondaire organisé pour les actions¹⁸. Dans un régime de responsabilité limitée, le prix des titres d'une compagnie est établi en fonction du rendement actuel espéré de la compagnie au regard des risques de cet investissement. En l'absence de limite à la responsabilité des actionnaires, la valeur des titres d'une compagnie ne serait toutefois pas uniquement déterminée par le risque et le rendement. Cette valeur varierait également en fonction de la richesse des actionnaires qui détiennent les titres, ce qui engendrerait un coût important lors du transfert des actions et diminuerait la liquidité de celles-ci.

Pour comprendre cet effet, prenons à titre d'exemple une compagnie dont les actionnaires possèdent le même niveau de richesse¹⁹. Dans un tel cas, en l'absence de responsabilité limitée, les actionnaires supportent tous le même risque résiduel puisque leur perte maximale est identique ; ils vont donc requérir une prime égale de la compagnie pour leur risque de perte qui est identique. Supposons, toutefois, qu'un nouvel investisseur souhaite acheter une action. Celui-ci possède un niveau de richesse personnelle qui excède à la fois la perte potentielle maximale en cas d'insolvabilité de la compagnie et le niveau de richesse des actionnaires existants. Si cet actionnaire achète une action, la probabilité que les autres actionnaires soient poursuivis par les créanciers de la compagnie décroît considérablement. Le nouvel actionnaire fortuné fournit une forme d'assurance aux autres actionnaires qui les protège contre d'éventuelles pertes résultant de l'insolvabilité de la compagnie. Dans ce contexte, les actionnaires qui ont un niveau de richesse faible par rapport aux pertes potentielles associées à leur investissement attribueraient une valeur plus élevée à leurs actions lorsqu'un investisseur fortuné acquerrait une action puisque leur risque diminuerait. L'augmentation de l'évaluation des actions refléterait la réduction du risque qu'entraînerait l'assurance fournie par l'actionnaire fortuné. Ce dernier devrait toutefois être rémunéré pour son investissement. Cette rémunération prendrait la forme d'un rendement exprimant les risques de fluctuation des revenus de la compagnie auquel s'ajouterait une prime d'assurance payée par les autres actionnaires. La prime en question serait payée par tous les autres actionnaires à l'actionnaire fortuné afin de

18. P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, « An Economic Analysis of Limited Liability in Corporations Laws », (1980) 30 *U.T.L.J.* 117.

19. *Id.*, 130.

l'inciter à assumer le risque d'insolvabilité et de défaut de la compagnie. Dans l'éventualité où l'investisseur fortuné n'achèterait qu'une action, le prix de celle-ci serait donc négatif en ce sens qu'il recevrait des paiements des actionnaires existants pour devenir actionnaire de la compagnie et lui fournir une assurance. Lorsque le nombre d'actions achetées par l'investisseur fortuné augmenterait, le montant des paiements versés par les autres actionnaires diminuerait pour prendre en considération la plus grande participation de cet investisseur aux revenus de la compagnie et la réduction de l'assurance qu'il leur fournirait. En somme, les actions d'une compagnie à responsabilité illimitée n'auraient pas un prix unique. Leur prix, positif ou négatif, varierait en fonction de la richesse des actionnaires.

La variabilité de la valeur des actions des compagnies selon le niveau de richesse des actionnaires aurait des conséquences importantes sur le coût de transaction des actions²⁰. Elle imposerait un coût d'information pour les parties désireuses de négocier sur les titres de compagnies à responsabilité illimitée ; ce coût d'information serait nécessaire afin que les parties puissent établir leur niveau de richesse respectif et déterminer ainsi le prix des actions. De plus, les investisseurs devraient payer un coût de recherche pour trouver une autre partie qui possède le même profil financier afin que le prix des actions soit acceptable pour les deux parties. Le coût de transaction qui résulterait d'un régime de responsabilité illimitée diminuerait le nombre d'opérations sur le marché pour les actions des compagnies assujetties à un tel régime. Et le faible nombre de transactions empêcherait le développement d'un marché liquide pour de telles actions²¹. Cela aurait pour conséquence d'augmenter le coût du capital-actions, alors que les investisseurs requerraient une prime pour détenir ces titres moins liquides²².

1.1.1.3 L'immunité des actionnaires diminue le coût de surveillance des dirigeants

Le développement des activités d'une société mène fréquemment à une spécialisation des fonctions. En particulier, son expansion et sa complexification s'accompagnent généralement d'une séparation des fonctions de direction de l'entreprise et de propriété des actions, fonctions à l'origine

20. S. WOODWARD, « Limited Liability in the Theory of the Firm », (1985) 141 *Journal of Institutional & Theoretical Economics* 601.

21. P. HALPERN, M. TREBILCOCK et S. TURNBULL, *loc. cit.*, note 18, 136-138.

22. Les investisseurs préfèrent détenir des placements faciles à négocier et accordent une valeur à la négociabilité ou à la liquidité des titres. Voir Y. AMIHUD et H. MENDELSON, « Liquidity and Asset Prices : Financial Management Implications », *Financial Management*, vol. 17, printemps 1988, p. 5.

assumées par les actionnaires²³. La spécialisation des fonctions engendre des problèmes qui prennent notamment la forme de conflits d'intérêts entre les dirigeants et les actionnaires. Par exemple, les dirigeants peuvent être tentés de promouvoir leurs propres intérêts plutôt que ceux de la société. Leur opportunisme peut prendre la forme de salaires excessifs ou d'investissements dans des projets qui leur rapportent des bénéfices particuliers. Pour limiter ce type de comportement, les actionnaires doivent supporter un coût pour mettre en place des mécanismes de surveillance des dirigeants afin de protéger leurs propres investissements.

Il ne fait aucun doute que le problème des conflits d'intérêts entre dirigeants et actionnaires n'est pas l'apanage d'un régime de responsabilité illimitée. Toutefois, le principe de la responsabilité limitée a pour effet de réduire le coût de surveillance des dirigeants supporté par les actionnaires. Comment ce principe permet-il de réduire le coût de surveillance ? À nouveau en facilitant la constitution de portefeuilles d'investissement diversifiés.

La diversification des portefeuilles d'investissement permet aux actionnaires de choisir un niveau de surveillance des dirigeants qui correspond à l'importance du risque que représente leur apport dans une compagnie en particulier. Par exemple, l'actionnaire dont l'investissement dans une société donnée ne représente que 5 p. 100 de la valeur de l'ensemble de son portefeuille n'effectuera pas une surveillance très importante des dirigeants de cette société. D'une part, la perte qui pourrait résulter de leur opportunisme sera limitée. D'autre part, cette perte pourrait être contrebalancée par le rendement des autres titres composant le portefeuille. En revanche, l'actionnaire pourrait choisir de consacrer plus de ressources à la surveillance des sociétés qui ont une valeur relative plus importante dans son portefeuille d'investissement. À l'opposé, dans un régime de responsabilité illimitée, les actionnaires devraient investir des ressources considérables dans la surveillance des dirigeants de toutes les sociétés, peu importe l'importance de leurs investissements dans celles-ci, puisqu'ils seraient susceptibles d'être responsables de l'ensemble des pertes causées par l'opportunisme des dirigeants. Ce coût de surveillance dans un tel régime ne serait pas sans conséquences sur le coût du capital puisque les actionnaires demanderaient à être indemnisés pour supporter ce coût, ce qui réduirait la valeur des actions et augmenterait le coût du capital pour les compagnies.

23. A.A. BERLE et G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 2^e éd., New York, MacMillan, 1956 ; R.C. CLARK, « The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises », (1981) 94 *Harv. L. Rev.* 561.

1.1.2 Le coût externe généré par la responsabilité limitée

Le principe de la responsabilité limitée peut générer un coût externe en permettant aux sociétés de s'engager dans des activités qui imposent un coût à des tiers qui ne sont pas dédommagés. Et le coût externe peut provoquer une répartition inefficace des ressources dans l'économie en encourageant la réalisation de projets d'investissement non rentables. Lorsque les sociétés évaluent l'opportunité de tels projets, elles n'ont pas à considérer le coût externe généré par ces derniers. Elles auront plutôt tendance à entreprendre des projets trop risqués puisqu'elles ne paieront qu'une partie du coût de ces projets qui, s'il était entièrement considéré, en excéderait les bénéfices. Par ailleurs, la responsabilité limitée diminue l'intérêt économique des sociétés à investir un niveau optimal de ressources dans des mesures de sécurité puisqu'elles ne subiront pas entièrement les pertes résultant des préjudices causés par leurs activités. Autrement dit, en transférant une partie du coût des projets d'investissement aux tiers, la responsabilité limitée subventionne les activités d'entreprise risquées.

Ce portrait sombre des effets de la responsabilité limitée est toutefois incomplet puisqu'il ignore le théorème de Coase²⁴. Celui-ci enseigne que les individus peuvent régler le problème du coût externe lorsqu'il leur est possible de contracter à faible coût. Ainsi, le créancier qui contracte avec une personne morale peut établir les modalités du contrat pour refléter le risque de la transaction qui résulte de la responsabilité limitée. Ce risque comprend tout d'abord la possibilité que le créancier ne puisse être en mesure de recouvrer la totalité de sa créance. Lors de la négociation du contrat, le créancier peut effectuer toutefois une évaluation de ce risque en obtenant de l'information au sujet de l'actif et du passif de la personne morale, ainsi que du projet financé. Cette évaluation lui permet d'établir le taux d'intérêt en fonction du degré du risque de non-paiement.

Le créancier est également soumis au risque que le débiteur effectue certaines actions qui augmentent le risque de l'inexécution de l'obligation. Dans la mesure où ces actions n'ont pu être prises en considération lors de l'établissement du taux d'intérêt, la personne morale aura pu réaliser un emprunt à un taux d'intérêt qui ne reflète pas le véritable risque de la transaction. Le créancier tentera de réduire ce risque en incluant certaines formes de contrôle dans le contrat. Par exemple, il pourra rendre exigible la totalité de la créance lorsque le coefficient d'endettement de la personne morale (passif total sur la valeur nette) aura atteint un certain seuil. De même, le créancier pourra exiger que les actionnaires se portent garants

24. R.H. COASE, «The Problem of Social Cost», (1960) 3 *J. Law & Econ.* 1.

de l'obligation contractée par la personne morale ou que cette dernière lui offre des biens en garantie.

Selon le théorème de Coase, l'existence du principe de responsabilité des actionnaires ne limite donc pas la capacité des créanciers de répartir le risque des transactions d'une manière à faire supporter à la personne morale le risque de l'inexécution de l'obligation. C'est d'ailleurs ce que reconnaissait le juge Watson de la House of Lords dans la célèbre affaire *Salomon v. A. Salomon & Co.* :

The unpaid creditors [...] could have informed themselves of the terms of purchase by the company, of the issue of debentures to [Salomon] and of the amount of shares held by each member [...] [A] creditor who will not take the trouble to use the means which the statute provides for enabling him to protect himself must bear the consequences of his own negligence²⁵.

Autrement dit, le principe de la responsabilité limitée ne génère pas de coût externe dans le contexte de transactions contractuelles.

Certaines nuances concernant l'application du théorème de Coase méritent cependant d'être apportées. Les créanciers qui sont dans une relation contractuelle avec une personne morale ne peuvent pas toujours négocier les modalités du contrat de manière à atteindre une situation qui maximise les intérêts des parties. Outre les difficultés d'obtenir l'information nécessaire à l'exercice d'un consentement éclairé, les parties qui contractent avec une personne morale ne détiennent pas nécessairement un pouvoir de négociation leur permettant d'influer sur le contenu du contrat.

Il va sans dire que les créanciers extracontractuels sont dans une position différente des créanciers contractuels qui complique l'application du théorème de Coase. En effet, les créanciers extracontractuels ne sont pas en mesure de déterminer le niveau de perte qu'ils sont prêts à essuyer en cas d'insolvabilité de la personne morale. De plus, ils n'ont pas la possibilité de contracter à l'avance avec la personne morale pour lui faire supporter le risque de non-réparation du préjudice en raison de l'insolvabilité. Enfin, les victimes d'une faute extracontractuelle ne possèdent pas les ressources nécessaires pour surveiller les entreprises de manière étroite afin de déterminer le niveau de risque que leur imposent ces dernières. Ainsi, la responsabilité limitée des actionnaires permet aux personnes morales de faire supporter une partie des risques de leurs activités aux créanciers extracontractuels, alors que ce sont les actionnaires qui en retirent l'ensemble des bénéfices.

25. *Salomon v. A. Salomon & Co.* [1897] A.C. 22 (H.L.), 40.

L'application du théorème de Coase permet de circonscrire l'étendue du problème du coût externe généré par la responsabilité limitée. Comme nous pouvons le constater, la négociation et le contrat permettent aux victimes potentielles de faire supporter le coût externe à la société et aux actionnaires dans certaines circonstances. La protection offerte par ces mécanismes n'est cependant pas parfaite. Les limites de cette protection sont reconnues par la plupart des régimes de droit des sociétés, de tradition civiliste et de common law. Ceux-ci édictent des dispositions impératives qui battent en brèche le principe de la personnalité morale de la société, en permettant de rechercher la responsabilité des actionnaires ou des administrateurs dans certaines circonstances.

1.2 Une vue d'ensemble des motifs de soulèvement du voile corporatif en vertu du *Code civil du Québec*

L'article 317 du *Code civil du Québec* édicte une règle d'inopposabilité qui empêche toute personne d'invoquer la personnalité morale à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors que cette personnalité morale est alléguée pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public. En d'autres termes, lorsque les conditions de l'article 317 sont remplies, la sanction prévue par cette disposition est l'inopposabilité de la personnalité morale. Cette règle d'inopposabilité permet par la suite d'établir des liens de droit avec les membres de la société qui ne bénéficient plus de la protection de l'article 309.

La sanction prévue par l'article 317, à savoir l'inopposabilité de la personnalité morale, peut être suffisante en soi pour régler certains cas d'abus. En mettant au rancart la personnalité juridique distincte de la société, cette sanction permet d'unifier le patrimoine de cette dernière et celui de l'actionnaire de manière qu'ils constituent le gage commun des créanciers, ce qui facilitera ainsi l'exécution des créances de ces derniers²⁶. L'effet de l'inopposabilité de la personnalité morale ne s'arrête cependant pas là. Elle donne également ouverture à l'application des règles générales du Code civil qui régissent la situation en cause lorsqu'il est fait abstraction de la personnalité morale. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la codification du soulèvement du voile corporatif exige d'interpréter ce régime au regard des principes fondamentaux du droit civil édicté par le Code civil²⁷.

26. Voir aussi, par exemple, *Lou Kushner Inc. c. Plastic Coated Textiles of America*, [1999] J.Q. 2443 (C.Q.).

27. A. MORRISSET, J. TURGEON et autres, *op. cit.*, note 8, 1-010. Voir aussi J. TURGEON, *loc. cit.*, note 6.

C'est donc dire que l'article 317 n'est pas une disposition qui peut être conceptualisée de manière entièrement autonome, indépendamment des autres dispositions du Code civil dont elle fait partie²⁸. Cet article peut être invoqué conjointement avec d'autres régimes du Code civil tels que la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Dans cette perspective, « l'article 317 C.c.Q. est un encouragement législatif aux tribunaux pour appliquer les principes du droit civil sans se laisser indûment influencer par l'interposition éventuelle ou virtuelle d'une personne morale²⁹ ».

1.2.1 La manipulation de la personnalité morale et la notion d'*alter ego*

Le mécanisme de la levée du voile corporatif a été élaboré pour sanctionner l'abus de la personnalité morale³⁰. Cet abus survient lorsque la personnalité morale et la responsabilité limitée sont détournées de leur finalité économique et ne servent plus à protéger l'actionnaire contre les risques normaux des affaires³¹. La volonté du législateur de sanctionner l'abus de la personnalité morale par la levée du voile corporatif ressort de l'emploi du verbe « masquer » à l'article 317. Cette notion exige que l'actionnaire manipule la personnalité morale de la société et détourne sa finalité économique pour commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public au détriment d'autrui sans assumer de responsabilité personnelle³². Plus précisément, la manipulation de la personnalité morale que tente d'endiguer l'article 317 peut prendre deux formes.

En premier lieu, l'article 317 s'intéresse à l'actionnaire qui manipule la personnalité morale pour légitimer une fraude, un abus de droit ou une dérogation à l'ordre public. Dans un tel cas, l'actionnaire se sert de la société comme d'une façade afin de camoufler ses agissements personnels. Il fait commettre à la société un acte qui est légitime de prime abord, mais qui revêt, parce qu'il « la contrôle et bénéficie de cet acte, un caractère

28. Voir, par analogie, A. POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1997) 99 *R. du N.* 214, 236-248.

29. A. MORISSET, J. TURGEON et autres, *op. cit.*, note 8, 1-010.

30. En common law, voir : J. FARRAR, *loc. cit.*, note 6 ; en droit français, voir : A.M.-SERF, « Sociétés fictives et frauduleuses », (1998) *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 7-40 ; sur la situation québécoise, voir : Y. CARON, « L'abus de pouvoir en droit commercial québécois », (1978) 19 *C. de D.* 7, 8-10.

31. F.A. GEVURTZ, « Piercing Piercing : An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil », (1997) 76 *Or. L. Rev.* 853, 855 : « Most corporations exist for the purpose of achieving limited liability for their owners. » Voir aussi *supra*, section 1.2.

32. Voir : H.W. BALLANTINE, « Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporations », (1925) 14 *Calif. L. Rev.* 12, 19 ; R.B. THOMPSON, *loc. cit.*, note 11, 1042.

frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public³³». Autrement dit, n'eût été de la personnalité morale qui est interposée, «l'acte ou l'omission en cause serait fautif³⁴».

En second lieu, l'emploi du verbe «masquer» permet de réprimer une autre forme de manipulation de la personnalité morale où l'actionnaire se sert de la société comme d'un intermédiaire pour commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public sans encourir de responsabilité personnelle³⁵. Il ne suffit cependant pas que la société ait fait une opération menant à un tel résultat pour que l'article 317 entre en jeu. Encore faut-il que l'opération ait été effectuée dans l'intérêt de l'actionnaire plutôt que dans le seul intérêt de la société elle-même³⁶. Cette exigence découle du caractère dérogatoire du soulèvement du voile corporatif. Elle cherche à préserver la responsabilité limitée des actionnaires à l'égard de décisions d'affaires qui, bien qu'elles causent préjudice à autrui, ne peuvent être qualifiées de manipulation de la personnalité morale.

Du reste, il se dégage une constante des deux situations où l'actionnaire est susceptible d'invoquer la personnalité juridique distincte de la société par actions pour masquer une des illégalités énumérées à l'article 317 : l'actionnaire doit participer étroitement à l'acte de la société³⁷. Se pose alors la question du degré d'implication de l'actionnaire pour permettre le soulèvement du voile corporatif à son endroit.

C'est ici qu'entre en jeu la théorie de l'*alter ego* ou théorie de l'«identification³⁸». Dans l'une ou l'autre situation décrite précédemment, ce n'est que lorsque l'actionnaire pourra être qualifié d'«alter ego» ou d'«âme diri-

33. *Lanoué c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842 (C.A.), p. 6. Voir M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 5, p. 461-462 : «Encore faut-il que cette fraude, cet abus de droit ou cette contravention à l'ordre public soit «masquée» par la personnalité distincte de la compagnie. En d'autres termes, elle ne doit pas être évidente ou apparente, à moins de faire abstraction de cette personnalité.»

34. A. MORISSET, J. TURGEON et autres, *op. cit.*, note 8, 1-010, p. 527.

35. *Ibid.*, p. 523.

36. Comparer, d'une part, *Gagnon c. Caron*, [1997] R.D.I. 579 (C.S.), et, d'autre part, *Bouchard c. Les Services financiers excellence Inc.*, [1998] REJB 1998-05940 (C.Q.).

37. Voir *Bouchard, Paradis et Associés c. Fanion souscripteurs d'assurance Ltée*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 586 (C.S.).

38. La théorie de l'identification tire ses origines de la common law. Voir *Lennard's Carrying Co. Ltd. c. Asiatic Petroleum Co. Ltd.*, [1915] A.C. 705 (H.L.). Cette théorie a été utilisée dans diverses circonstances par les tribunaux avant l'avènement du *Code civil du Québec* pour justifier le soulèvement du voile corporatif. Pour un exposé récent des principes généraux de la théorie, voir *Général Accident Compagnie d'assurances du Canada c. Miscou Motel Ltée*, [1999] R.J.Q. 330, 339-341 (C.A.). Voir aussi R. GRONDIN, «La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations», (1994) 25 *R.G.D.* 379, 383-385.

geante » de la société qu'il sera possible de rechercher sa responsabilité pour avoir commis une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public. L'élément central de l'application de cette théorie consiste en la qualification de la relation qui existe entre l'actionnaire et la compagnie. Pour qu'un actionnaire soit l'*alter ego* d'une société, il est nécessaire de démontrer que ces derniers ne sont pas des personnes distinctes en raison des liens étroits qui les unissent³⁹. Aux fins de la détermination de l'existence d'une telle relation, le critère le plus important à considérer est celui de la domination de la personne morale par l'actionnaire⁴⁰.

Deux critères sont utilisés pour appliquer la théorie de l'identification dans le contexte de l'article 317 C.c.Q. : le contrôle de l'actif et le contrôle légal. Le premier type de contrôle réside dans le pouvoir d'influer de manière effective sur l'utilisation de l'actif de la compagnie par la prise de décision quant à la conduite de ses affaires⁴¹. Il requiert que l'actionnaire, ou le groupe d'actionnaires, exerce les fonctions de direction qui relèvent du conseil d'administration⁴². Le second type de contrôle, le contrôle légal de la compagnie, se réfère au pouvoir qu'exercent indirectement les actionnaires sur l'administration des affaires de la compagnie par l'entremise de leur droit de vote.

1.2.2 L'utilisation de la personnalité morale pour commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public

Pour que le tribunal procède au soulèvement du voile corporatif, il ne suffit pas que l'actionnaire soit l'*alter ego* de la société. Encore faut-il que celui-ci manipule la personnalité morale de la société et détourne sa finalité économique en vue de commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public au détriment d'autrui.

Avant l'adoption de l'article 317 C.c.Q., la notion de fraude constituait un motif fréquemment invoqué par les tribunaux pour soulever le voile corporatif dans le contexte de relations contractuelles⁴³. En droit civil,

39. *Buanderie Centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, 48.

40. *Ibid.* Voir également : *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, 520-521 ; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

41. R. FLANNIGAN, « Corporations Controlled by Shareholders: Principals, Agents or Servants », (1986) 51 *Sask. L. Rev.* 23, 26-27.

42. Voir, en ce sens, R.B. THOMPSON, « Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise », (1994) 47 *Vand. L. Rev.* 1, 9.

43. *Clarkson c. Zhelka*, (1967) 64 D.L.R. (2d) 457 (H.C.); S.W. HAMILTON, *op. cit.*, note 7, p. 289-291.

les contours de la notion de fraude demeurent imprécis⁴⁴. Cette notion fait référence, de manière générale, au « [f]ait accompli avec l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui ou de se soustraire à l'application d'une règle de droit⁴⁵ ». Plus particulièrement, la fraude inclut l'« acte accompli par un débiteur insolvable en vue de frauder ses créanciers⁴⁶ », ainsi que le dol. Enfin, la notion de fraude employée à l'article 317 pourrait inclure la fraude au sens de l'article 380 du *Code criminel*, soit le fait de frustrer toute personne d'un bien ou d'argent par supercherie, mensonge ou autre procédé dolosif. Comme le souligne un auteur, il n'est cependant « pas nécessaire que la fraude soit pénalement sanctionnée pour l'être en droit civil⁴⁷ ».

La fraude constitue un motif de soulèvement du voile corporatif susceptible d'être invoqué dans le contexte des relations contractuelles de la société. L'étendue de cette notion permet d'inclure les événements qui se situent lors de la phase précontractuelle, sous la forme de dol par exemple, et lors de l'exécution du contrat. Tout en soulignant la prédominance de l'application de la fraude en matière contractuelle, nous nous devons de signaler que la fraude peut également se produire en dehors des relations contractuelles. Rappelons que la fraude, en tant que fait destiné à éluder une règle obligatoire, peut être dirigée contre toute règle de droit⁴⁸.

L'intégration de l'abus de droit à l'article 317 a été critiquée sévèrement par des auteurs qui ont souligné que cette notion n'avait jamais constitué un motif de levée du voile corporatif avant 1994⁴⁹. Au-delà du fait que la création d'un nouveau motif de soulèvement du voile corporatif allait à l'encontre de l'intention avouée du ministre de la Justice, à savoir codifier la jurisprudence antérieure, les auteurs ont signalé que l'abus de droit pouvait mener à un élargissement notable des conditions d'ouverture de ce recours, en raison de la portée de cette notion. Rappelons que la théorie de l'abus de droit est codifiée à l'article 7 C.c.Q. : « 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. » L'abus de droit comporte deux axes : l'intention de nuire et l'acte excessif

44. Voir, en général, J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « Fraus omnia corrumpit »*, Paris, Dalloz, 1957.

45. P.-A., CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 267.

46. H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 254.

47. J. TURGEON, *loc. cit.*, note 6, 155.

48. J. VIDAL, *op. cit.*, note 44, p. 110.

49. Voir, en particulier, P. MARTEL, « Le « voile corporatif » et l'article 317 du Code civil du Québec », (1995) 55 *R. du B.* 447, 457-461. Pour une critique de la thèse de « l'erreur de codification », voir J. TURGEON, *loc. cit.*, note 6, 149-152.

ou déraisonnable. Le premier axe est caractérisé par la nécessité de démontrer un élément subjectif, soit l'intention de nuire. Dans cette situation, le détenteur du droit « l'exerce sans véritable bénéfice pour lui-même, et dans le seul but de nuire à autrui et de lui causer préjudice ». L'abus de droit résulte ainsi d'un détournement de la finalité du droit existant qui ne sert plus dans un but de profit ou d'utilité mais plutôt dans le but précis de nuire à autrui. Le second axe élargit la notion d'abus de droit en édictant qu'elle inclut un aspect objectif qui renvoie à la notion générale de faute. Dans ce cas, l'intention de nuire n'a pas à être prouvée. Il s'agit plutôt de démontrer que « le droit est exercé de façon négligente et insouciant, donc de manière fautive parce que contraire aux règles de la bonne foi⁵⁰ ».

Dans le cadre contractuel, la théorie de l'abus de droit est susceptible d'être invoquée à l'égard d'événements qui se situent lors de la formation du contrat et lors de l'exécution du contrat⁵¹. Bien qu'elle soit souvent employée conjointement avec le motif de fraude, la notion d'abus de droit demeure toutefois beaucoup plus large que la fraude en raison du second volet de sa définition⁵². Du reste, l'aspect le plus novateur de la notion d'abus de droit, comme motif de soulèvement du voile corporatif, réside dans l'étendue de son champ d'application qui permet d'inclure les rapports légaux qui se situent à l'extérieur de la sphère contractuelle⁵³. En effet, l'abus de droit peut résulter de l'exercice de droits dont la source est strictement légale plutôt que contractuelle⁵⁴. À titre d'exemple, les tribunaux ont appliqué depuis longtemps la théorie de l'abus de droit à l'égard du droit de propriété⁵⁵.

L'article 317 édicte comme autre motif de soulèvement du voile corporatif la dérogation à une règle intéressant l'ordre public. Ce dernier motif de

50. C. MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *La réforme du Code civil*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 235, 259-260.

51. B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 106, à la page 108; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « L'abus de droit en matière contractuelle au Québec », (1987) 1 *R.J.E.L.* 81, 87-108.

52. Sur les distinctions entre la notion de fraude et d'abus de droit, voir P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », (1976) 30 *Revue critique de jurisprudence belge* 303. Voir, à titre d'exemple, *Interpoint Corp. c. Zei Électronique Inc.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) n° 2247 (C.S.).

53. *Dumont c. Construction Léo Quirion Inc.*, REJB 1998-6197 (C.Q.), par. 51; P.-G. JOBIN, J.-L. BAUDOIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 177-178.

54. M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 329.

55. Voir, par exemple, *Brodeur c. Choinière*, [1945] C.S. 334.

soulèvement du voile corporatif ne constitue pas une nouveauté introduite par le *Code civil du Québec*. Avant l'entrée en vigueur de l'article 317, les tribunaux acceptaient de mettre de côté le principe de l'immunité des actionnaires lorsqu'une compagnie était utilisée pour contrevenir à une règle d'ordre public⁵⁶. La notion de règle d'ordre public renvoie aux règles impératives dont il ne peut être dérogé par convention⁵⁷. Elle inclut, d'une part, les règles d'ordre public politique qui ont pour objet de « protéger l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu social », telles que les lois sur l'administration de la justice, les lois sur l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales ainsi que les chartes de droits et libertés fondamentaux⁵⁸. D'autre part, la notion fait référence aux règles d'ordre public économique telles que les lois en matière d'environnement, de travail, de sécurité publique, de communications ou de services d'utilité publique⁵⁹.

1.3 La levée du voile corporatif: droit et économie

D'un point de vue économique, il est possible de conceptualiser la levée du voile corporatif comme consistant en un mécanisme destiné à contrôler le coût externe généré par le principe de la responsabilité limitée⁶⁰.

Vus dans cette perspective, les motifs de fraude et d'abus de droit ont pour fonction de réduire le coût externe supporté par les créanciers contractuels et extracontractuels⁶¹. Les créanciers contractuels sont généralement en mesure de faire supporter à la personne morale le risque d'inexécution de l'obligation qui résulte de la responsabilité limitée des actionnaires⁶². Toutefois, pour que les créanciers contractuels puissent déplacer le risque, il est essentiel qu'ils aient accès à l'information nécessaire afin d'en évaluer la teneur. Lorsqu'un débiteur effectue des manœuvres frauduleuses ou dolosives dans la phase précontractuelle, il contribue à induire le créancier en erreur sur l'étendue du risque, ce qui l'empêche ainsi de faire courir le risque d'inexécution à la personne morale en demandant une contrepartie

56. M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 5, p. 1-51. Voir aussi *Développements de la Haute Gatineau c. 2687461 Canada inc.*, précité, note 8.

57. P.-G. JOBIN, J.-L. BAUDOUIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 53, p. 205.

58. *Id.*, p. 214. Voir, à titre d'exemple, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Coutu*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 2779 (C.A.).

59. P.G. JOBIN, J.-L. BAUDOUIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 53, p. 216; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec: un mouvement de société*, t. 3, Québec, Gouvernement du Québec, 1993.

60. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 54 et suiv.

61. *Ibid.*

62. *Supra*, notes 46-52 et le texte correspondant.

appropriée. La possibilité de soulever le voile corporatif dans les cas de fraude ou d'abus de droit diminue l'attrait des fausses représentations pour les actionnaires lors de la négociation du contrat, étant donné que de telles manœuvres sont susceptibles d'entraîner leur responsabilité personnelle. Cela a pour effet d'augmenter la véracité de l'information transmise aux créanciers et de faire diminuer de manière générale les risques courus par ces derniers lorsqu'ils négocient avec des compagnies.

Les notions de fraude et d'abus de droit peuvent aussi être invoquées par les créanciers lors de l'exécution du contrat. En permettant de lever le voile corporatif pour des actions frauduleuses qui se produisent à ce stade, ces motifs réduisent le coût de transaction des relations contractuelles des compagnies. Ils fournissent aux créanciers des mécanismes augmentant la probabilité d'obtenir l'exécution du contrat, ce qui diminue le coût préventif qui résulte de la nécessité d'instituer d'autres formes de restrictions et de contrôle⁶³. De plus, le caractère standard de ces mécanismes réduit le coût que les parties supporteraient pour négocier la mise en place de mécanismes similaires qui devrait se faire pour chaque nouveau contrat⁶⁴.

Qu'en est-il des créanciers extracontractuels? Tout en soulignant la prédominance de l'application de la fraude et de l'abus de droit en matière contractuelle, nous tenons à signaler que ces notions peuvent également exister en dehors des relations contractuelles. À titre d'exemple, citons la fraude consistant en la tentative d'éluder une règle de droit édictée par la loi pour protéger les tiers. De même, l'exercice déraisonnable d'un droit découlant de la loi constitue un abus de droit. Dans cette perspective, nous croyons que les motifs de fraude et d'abus de droit pourraient offrir un certain degré de protection aux créanciers extracontractuels contre les effets indésirables du principe de l'immunité des actionnaires.

De son côté, le motif de dérogation à une règle d'ordre public reflète une volonté du législateur d'empêcher les actionnaires de s'enrichir du fait d'activités contraires aux normes impératives établies pour régir la vie en société⁶⁵. Ce motif a pour objet d'améliorer le respect par les personnes morales des règles d'ordre public⁶⁶. Afin d'éviter de perdre le privilège de la responsabilité limitée, les actionnaires auront intérêt à favoriser la mise en place par les dirigeants de mécanismes qui diminuent les risques

63. Voir, par exemple, *Hibbein c. 2817161 Canada inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.).

64. M. KAHAN et M. KLAUSNER, « Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or « the Economics of Boilerplate ») », (1997) 83 *Va. L. Rev.* 713, 719-729.

65. H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, *loc. cit.*, note 3, 1917.

66. L.M. LOPUCKI, « The Death of Liability », (1996) 106 *Yale L.J.* 1, 3: « Liability is crucial because it is one of only two principal means by which governments enforce law. »

de dérogation aux règles d'ordre public. En corollaire, l'instauration de mécanismes de prévention a pour effet de réduire le coût que doit supporter l'État pour assurer la mise en œuvre de l'ensemble de la réglementation d'ordre public.

Par ailleurs, la possibilité de soulever le voile corporatif d'il y a dérogation à des règles d'ordre public peut améliorer le niveau d'indemnisation versée aux victimes en cas d'insolvabilité des personnes morales contrevenantes. La dérogation à bon nombre de lois d'ordre public est susceptible de causer des dommages substantiels aux victimes⁶⁷. Aussi, la reconnaissance de ce motif de soulèvement du voile corporatif par le législateur offre potentiellement une protection aux créanciers extracontractuels. Néanmoins, ce motif laisse en plan le vaste champ de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle qui peut donner lieu à des dommages importants⁶⁸.

Enfin, il est possible de faire valoir que la notion d'*alter ego* a pour finalité d'assurer une répartition efficace des risques entre les actionnaires et les tiers qui sont touchés par les activités des sociétés. L'efficacité de la répartition des risques entre les actionnaires et les tiers est tributaire de deux critères : la capacité d'essuyer les pertes et la capacité d'éviter les risques⁶⁹. Selon le premier critère, la responsabilité pour un préjudice doit être imposée à la partie la mieux en mesure de subir les pertes, soit parce qu'elle a un niveau d'aversion au risque plus faible, soit parce qu'elle peut supporter à moindre coût les risques. À cet égard, il est difficile de déterminer qui, des actionnaires ou des tiers, répond aux exigences de ce critère. D'une part, les tiers ne détiennent pas nécessairement des portefeuilles suffisamment diversifiés pour minimiser l'impact des pertes causées par les activités des sociétés. Ainsi, les pertes représentent une proportion significative de la richesse des tiers, ce qui diminue leur capacité à les supporter⁷⁰. D'autre part, dans un régime de responsabilité illimitée, chacun des actionnaires serait responsable de l'ensemble des pertes des personnes morales dans lesquelles il a investi. Or, comme nous l'avons vu précédemment, les actionnaires ne seraient pas en mesure de diversifier les risques qu'ils courraient ainsi.

67. Voir, par exemple, les préjudices causés par l'amiante : D.R. HENSLER et autres, *Asbestos in the Courts: The Challenge of Mass Toxic Torts*, Santa Monica, Rand, 1985.

68. Voir, par exemple, la responsabilité du fabricant : art. 1468-1473 C.c.Q.

69. Voir G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970, p. 35, à la page 129.

70. D.W. LEEBRON, « Limited Liability, Tort Victims and Creditors », (1991) 91 *Colum. L. Rev.* 1565.

Dans ce contexte, le second critère relatif à la capacité d'éviter les risques prend beaucoup d'importance. Il prévoit que la responsabilité pour le préjudice résultant d'une activité devrait être imposée à la partie pouvant, à moindre coût, empêcher la réalisation des dommages. La capacité de réduire ou d'éviter les risques des activités d'une société dépend du coût de surveillance et de la possibilité d'influer sur cette dernière. La notion d'*alter ego* a pour objet de déterminer les actionnaires qui satisfont à ce second critère. L'article 317 permet de soulever le voile corporatif à l'encontre de l'actionnaire qui a la mainmise sur la société au point d'en être l'*alter ego* lorsqu'il se sert de cette domination pour commettre en toute impunité une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public. Dans un tel cas, l'actionnaire détient manifestement le pouvoir d'influer sur la conduite de la société et d'empêcher la réalisation du dommage. De plus, le coût de surveillance est au plus bas puisque cet actionnaire est lui-même la partie à surveiller.

2 Le soulèvement du voile corporatif en vertu du *Code civil du Québec* : une étude empirique de la jurisprudence (1994-2004)

La levée du voile corporatif est une sanction dont les contours demeurent imprécis. En common law, la célèbre remarque du juge Cardozo selon qui ce recours était recouvert du brouillard de la métaphore demeure de nos jours encore pertinente⁷¹. En droit civil, la codification des conditions d'ouverture à l'égard du soulèvement du voile corporatif n'a pas éliminé l'incertitude relativement à la portée de ce recours. Afin d'améliorer la compréhension de la levée du voile corporatif, le professeur Martel a tenté de synthétiser l'« attitude des tribunaux » à l'égard de l'article 317 par une étude exégétique des motifs des décisions rendues de 1994 à 1998⁷². Selon cette étude, les tribunaux étaient « plus appelés à soulever le voile corporatif depuis l'entrée en vigueur de l'article 317 qu'auparavant⁷³ ». De fait, Martel invitait les tribunaux à faire preuve de plus de rigueur pour contrer « le flot des demandes de soulèvement du voile corporatif » et éviter une « érosion anarchique et injustifiée » de la personnalité juridique distincte de la société⁷⁴.

71. *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N.Y. 84, 94-95 (1926): « The whole problem of the relation between parent and subsidiary corporations is one that is still enveloped in the mists of metaphor. Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it. »

72. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 10.

73. *Id.*, 133.

74. *Ibid.*

Depuis cette étude, la levée du voile corporatif n'a pas été l'objet d'autres recherches approfondies pour faire ressortir la conception judiciaire des conditions d'application de l'article 317. Pourtant, compte tenu des commentaires de Martel, il nous semble très pertinent de comprendre l'évolution de la jurisprudence à cet égard.

C'est dans cette perspective que nous avons réalisé la présente étude empirique de la jurisprudence en vertu de l'article 317. Nous avons effectué cette étude non seulement au moyen d'une analyse exégétique des décisions des tribunaux, mais également d'une analyse statistique destinée à mettre en lumière avec plus de rigueur les tendances jurisprudentielles. Par cette étude, nous avons voulu circonscrire les facteurs légaux et contextuels qui influent sur la levée du voile corporatif. En même temps, nous avons cherché à évaluer le fonctionnement de ce recours au regard de la théorie économique.

2.1 La démarche méthodologique retenue

Pour notre étude, nous avons constitué une base de données en rassemblant toutes les décisions rendues de 1994 à 2004 et répertoriées dans la banque de données Azimut-Soquij. Elles devaient traiter du soulèvement du voile corporatif en vertu de l'article 317 C.c.Q., et ce, tant dans la banque de résumés Soquij que dans la banque des textes intégraux. Les décisions qui appliquaient le droit antérieur à 1994 ont été mises de côté. De même, les décisions se contentant tout simplement de citer l'article 317 sans pertinence pour le litige ont été retirées. Cela nous a permis de constituer une base de données de 220 décisions à l'aide du logiciel Filemaker, décisions que nous avons étudiées en utilisant la grille d'analyse reproduite dans l'annexe.

À l'aide de notre grille d'analyse, nous avons compilé des indications factuelles sur les décisions, à savoir: la décision de procéder ou non au soulèvement du voile corporatif, l'année, le tribunal, le droit appliqué, le nombre d'actionnaires de la société, l'identité de l'actionnaire visé, l'identité du requérant et le contexte légal. En outre, nous avons analysé les motifs invoqués au soutien de la demande de soulèvement du voile corporatif. La confection de fiches au moyen de cette grille d'analyse pour chacune des décisions nous a permis ensuite d'effectuer une compilation quantitative des résultats obtenus. Par la suite, nous avons fait des analyses statistiques des résultats.

Nous avons effectué deux types d'analyses statistiques. D'abord, une analyse descriptive simple nous a permis d'établir le taux de levée du voile corporatif associé à chacune des variables de notre grille d'analyse. Autre-

ment dit, pour chacune de ces variables, nous avons précisé le nombre de décisions qui y étaient associées parmi notre population et qui avaient mené à un soulèvement du voile corporatif. Le taux de soulèvement ainsi obtenu a ensuite été comparé au taux général de soulèvement du voile corporatif de notre population à l'étude. Afin d'apprécier la valeur de ces résultats, nous avons procédé à une étude du coefficient de corrélation entre deux variables, à savoir la levée du voile corporatif et chacun des facteurs de notre grille d'analyse. L'étude du coefficient de corrélation nous a permis de mesurer le degré d'association entre les deux variables⁷⁵. En l'occurrence, le coefficient de corrélation nous a servi à déterminer dans quelle mesure la variable en cause était associée à la levée du voile corporatif. Comme nous le verrons, l'étude des corrélations peut nous amener à conclure qu'une variable influe peu ou pas sur le taux de levée du voile corporatif.

Ensuite, nous avons effectué des analyses statistiques plus poussées en vue de mieux comprendre l'influence de chacune des variables. Plus précisément, nous avons procédé à une analyse de régression multiple qui nous a permis d'examiner l'effet simultané des variables de notre grille d'analyse sur la variable de la levée du voile corporatif⁷⁶. Nous avons utilisé la régression multiple par logit bivarié⁷⁷. Cette méthode d'estimation est la plus appropriée quand la variable à expliquer (la levée du voile corporatif) est une variable dichotomique (qui prend seulement deux valeurs). Elle prend la valeur 1 quand il est possible d'observer une levée du voile corporatif et la valeur 0 dans le cas contraire. L'analyse de régression multiple nous a amenés à mieux saisir l'impact véritable de chacune des variables de notre grille d'analyse sur la levée du voile corporatif.

Enfin, nous reconnaissons une limite inhérente à la constitution de cette base de données. Bien qu'elle regroupe une population, notre base de données n'est pas nécessairement représentative de tous les litiges survenus durant la période étudiée, étant donné qu'elle ne traite pas des règlements à l'amiable⁷⁸. Tout de même, nous estimons que ce biais de sélection n'est pas à ce point considérable qu'il remette en cause les résul-

75. Voir D.N. GUJARATI, *Basic Econometrics*, 3^e éd., Boston, McGraw-Hill, 1995, p. 78, à la page 80.

76. *Ibid.* Pour une autre étude effectuant une analyse de régression multiple, voir J.A. SWAIN et E.E. AGUILAR, «Piercing the Veil to Assert Personal Jurisdiction Over Corporate Affiliates: An Empirical Study of the Cannon Doctrine», (2004) 84 *B.U.L. Rev.* 445.

77. D.N. GUJARATI, *op. cit.*, note 75, p. 558. Nos tests font ressortir la marge d'erreur au moyen des symboles *, ** et ***, qui indiquent que les résultats sont statistiquement significatifs à 10 %, 5 % et 1 % respectivement.

78. G.L. PRIEST et B. KLEIN, «The Selection of Disputes for Litigation», (1984) 13 *J. Legal Stud.* 1, 4.

tats⁷⁹. Malgré certaines limites, notre étude nous permet certainement de mieux comprendre l'approche judiciaire dans l'application de l'article 317 C.c.Q.

2.2 Les résultats

2.2.1 Le contexte factuel et légal

2.2.1.1 Des observations générales

Un examen général des résultats laisse voir que, durant la période étudiée, les tribunaux québécois ont procédé à la levée du voile corporatif dans 34 % des litiges où ils ont été saisis de la question (tableau 1). D'un point de vue comparatif, il est intéressant de signaler que ce taux est inférieur à celui qui a été mis en lumière par des études empiriques similaires en Australie (39 %), aux États-Unis (40 %) et au Royaume-Uni (47 %)⁸⁰. Nous reconnaissons cependant que la comparaison avec ces études doit être effectuée avec prudence, ne serait-ce que parce que la levée du voile corporatif est régie par des régimes juridiques différents dans ces pays. Tout de même, ce résultat général relatif au taux de levée du voile corporatif suggère d'emblée que les craintes quant à l'érosion du principe de la personnalité juridique distincte méritent d'être nuancées.

TABLEAU 1

Catégorie	Nombre total de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
	220	75	145	34 %

Les litiges impliquant l'article 317 concernent essentiellement des sociétés qui n'ont pas fait d'appel public à l'épargne. Nous ne retrouvons que deux sociétés ouvertes dans les 220 décisions étudiées (tableau 2). Et dans ces deux litiges, les tribunaux n'ont pas procédé à la levée du voile corporatif. Ces résultats rejoignent ceux de Thompson qui n'a répertorié aucune décision en droit américain où les tribunaux auraient procédé au soulèvement du voile corporatif⁸¹. Au regard des motifs économiques justifiant la responsabilité limitée des actionnaires, ces résultats ne

79. Voir, en ce sens, R.B. THOMPSON, *loc. cit.*, note 11, 1046-1047.

80. C. MITCHELL, *loc. cit.*, note 11, 20; I.M. RAMSAY et D.B. NOAKES, *loc. cit.*, note 11, 261; R.B. THOMPSON, *loc. cit.*, note 11, 1048.

81. R.B. THOMPSON, *loc. cit.*, note 11.

sont pas surprenants. Les bénéfiques de la responsabilité limitée s'avèrent beaucoup plus importants pour les sociétés ouvertes comportant un grand nombre d'actionnaires que pour les sociétés n'ayant pas fait d'appel public à l'épargne. Les tribunaux se montrent donc réticents à mettre en péril ces bénéfiques qui favorisent le financement des entreprises et le développement de marchés financiers organisés.

TABLEAU 2

Société	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
Fermée	218	75	143	34 %
Ouverte	2	0	2	0%

Aucune tendance particulière ne se dessine à l'examen des taux de soulèvement du voile corporatif année après année, de 1994 à 2004 (tableau 3). Nous pouvons cependant formuler deux observations. La première concerne le nombre de décisions durant cette période. De 1994 à 1998, il y a eu une croissance du nombre de décisions appliquant l'article 317. Par la suite, le nombre de décisions s'est stabilisé à environ 20 par année. Cependant, pour les deux dernières années de l'échantillon, le nombre de décisions a augmenté pour approcher le seuil de la trentaine. La croissance notée de 1994 à 1998 peut s'expliquer par le fait que les décisions rendues au début de cette période appliquaient les règles régissant la levée du voile corporatif en vertu du *Code civil du Bas Canada* conformément aux principes de droit transitoire. Au fur et à mesure que le *Code civil du Québec* a commencé à s'appliquer aux litiges, le nombre de décisions impliquant l'article 317 s'est élevé. Pour la seconde période (1998-2004), nous ne pouvons offrir d'explication satisfaisante des résultats obtenus.

Par ailleurs, il est intéressant de noter qu'en 1999, dans l'arrêt *Lanoué c. Brasserie Labatt ltée*⁸², la Cour d'appel a cherché à restreindre l'utilisation de l'article 317 en précisant les circonstances où il était opportun d'avoir recours à la levée du voile corporatif. Les résultats indiquent que ces commentaires ont eu un effet mitigé puisque, durant les deux années subséquentes, le taux de soulèvement du voile corporatif a augmenté à un niveau supérieur à la moyenne, avant de décliner en 2002 à son plus bas taux, à savoir 22 %.

82. *Lanoué c. Brasserie Labatt ltée*, J.E. 99-857 (C.A.).

TABLEAU 3

Année	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
1994	4	2	2	50 %
1995	8	5	3	63 %
1996	12	3	9	25 %
1997	20	6	14	30 %
1998	28	8	20	29 %
1999	22	7	15	32 %
2000	23	10	13	43 %
2001	22	9	13	41 %
2002	23	5	18	22 %
2003	31	12	19	39 %
2004	27	8	19	30 %

2.2.1.2 La juridiction du tribunal

Dans le tableau 4, nous examinons si la juridiction du tribunal qui applique l'article 317 exerce une influence sur le taux de levée du voile corporatif. De manière générale, nous constatons que les tribunaux d'appel n'ont pas rendu fréquemment des décisions dans des litiges impliquant le soulèvement du voile corporatif. La Cour d'appel a appliqué l'article 317 dans seulement 8 % des décisions de notre échantillon, alors que la Cour suprême du Canada n'a jamais rendu de décision à cet égard. L'étude des résultats suggère l'existence de variations dans le taux de levée du voile corporatif entre la Cour du Québec, la Cour supérieure et la Cour d'appel. Le taux de levée dépasse la moyenne à la Cour du Québec, mais il est inférieur à la moyenne à la Cour supérieure et à la Cour d'appel. De prime abord, ces résultats semblent confirmer l'opinion selon laquelle la Cour d'appel est plus stricte dans son application de l'article 317⁸³. Une analyse plus détaillée des corrélations entre la levée du voile corporatif et la juridiction du tribunal indique toutefois que l'interprétation des variations notées doit se faire avec prudence. L'analyse révèle que la probabilité de

83. Voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 10, 128-132.

la levée du voile corporatif n'est pas significativement liée à la juridiction du tribunal. Autrement dit, les variations dans le taux de levée du voile corporatif sont attribuables à d'autres facteurs relatifs au contexte ou aux conditions d'application du recours.

TABLEAU 4

Tribunal	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
Cour du Québec	89	36	53	40 %
Cour supérieure	102	32	70	31 %
Cour d'appel	17	4	13	24 %
Cour suprême	0	0	0	0 %
Autre	12	3	9	25 %

2.2.1.3 L'identité du requérant

De manière surprenante, nos résultats descriptifs indiquent que l'identité du requérant influe sur le taux de levée du voile corporatif (tableau 5). À cet égard, les sociétés, qui sont requérantes dans 63 % des décisions, ont plus de succès que les individus. Ces résultats sont certes intrigants. Ils ne peuvent aisément être expliqués par le contexte légal de ces décisions. En effet, la majorité des décisions impliquant des individus à titre de requérant concernent un litige contractuel. Or, en matière contractuelle, les tribunaux ont procédé à la levée du voile corporatif à un taux très près de la moyenne, soit 33 %. À nouveau, l'étude des corrélations nous autorise à mettre ces résultats en perspective. Elle permet de constater que, contrairement à ce que nous avons d'abord observé, il n'existe pas de relation significative entre la levée du voile corporatif et l'identité du requérant. Si les sociétés sont nettement plus souvent requérantes, nous ne pouvons cependant considérer que, en soi, elles ont plus de succès que les individus dans le contexte de recours en vertu de l'article 317. D'autres facteurs influent donc sur le taux de levée du voile corporatif.

TABLEAU 5

Identité du requérant	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
Individu	82	23	59	28 %
Société	138	52	86	38 %

2.2.1.4 Le nombre d'actionnaires

Lorsque nous avons cherché à établir le nombre d'actionnaires des sociétés visées par un recours en soulèvement du voile corporatif, nous nous sommes retrouvés devant une situation curieuse. À peu près la moitié des décisions impliquait des sociétés unipersonnelles ou des sociétés comportant un très faible nombre d'actionnaires (tableau 6). Cependant, pour environ l'autre moitié des décisions, les tribunaux n'ont formulé aucun commentaire concernant le nombre d'actionnaires de la société faisant l'objet du recours. Dans ces cas, nos recherches ne nous ont pas permis d'établir le nombre d'actionnaires de ces sociétés.

TABLEAU 6

Nombre d'actionnaires	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
1	73	34	39	47 %
De 2 à 5	27	13	14	48 %
De 6 à 10	0	0	0	0 %
De 11 à 20	0	0	0	0 %
De 21 à 50	0	0	0	0 %
De 51 à 100	0	0	0	0 %
101 et plus	0	0	0	0 %
Indéterminé	120	28	92	23 %

Les résultats font ressortir l'influence du nombre d'actionnaires sur le taux de levée du voile corporatif. Les tribunaux procèdent à cette levée dans près de la moitié des cas qui concernent une société unipersonnelle ou une société comportant de deux à cinq actionnaires. Lorsque le nombre d'actionnaires n'est pas précisé, le taux de levée du voile corporatif chute à un niveau bien inférieur à la moyenne. Une analyse plus fine des résultats au moyen de régressions laisse voir que la probabilité de la levée du voile corporatif est plus marquée dans les sociétés unipersonnelles.

2.2.1.5 L'identité de l'intimé

Lorsque l'actionnaire d'une société est une autre société, devrait-il être plus aisé de procéder à la levée du voile corporatif? Cette question a suscité de nombreux commentaires dans la littérature de la part de chercheurs s'intéressant aux réseaux de sociétés où la question paraît particulièrement

pertinente. L'auteur Blumberg, qui a mené de nombreux travaux sur cette question, fait valoir d'un point de vue théorique que les motifs justifiant la responsabilité limitée perdent de leur force lorsque l'actionnaire visé par la levée du voile corporatif est une société mère⁸⁴. Étant donné qu'une société a une meilleure tolérance au risque qu'un individu, la contribution du principe de la responsabilité limitée à la gestion du risque est moins importante dans le cas d'une société mère. En effet, compte tenu de l'investissement en cause, celle-ci exerce une surveillance étroite de la gestion des affaires de sa filiale. Finalement, la liquidité des titres est moins pertinente pour une société mère puisque cette dernière ne négocie pas les titres de sa filiale fréquemment. Dans cette perspective, les tribunaux devraient être plus enclins à procéder à la levée du voile corporatif à l'égard d'une société mère.

Les résultats de l'étude de Thompson aux États-Unis pointent toutefois dans la direction opposée. Le taux de levée du voile corporatif est inférieur à la moyenne lorsque l'intimé est une société. Selon Thompson, ce résultat pourrait être expliqué par l'expertise à laquelle ont accès les sociétés en raison de leurs ressources. Cette expertise, notamment sous la forme de conseils juridiques, permet aux sociétés mères de se mettre à l'abri d'un soulèvement du voile corporatif en évitant les opérations qui peuvent déclencher l'application de ce recours⁸⁵. De manière plus convaincante, Gevurtz fait valoir qu'il est beaucoup plus difficile d'appliquer les conditions de la levée du voile corporatif à une personne morale. Celle-ci n'agit jamais directement mais plutôt par l'entremise de ses administrateurs, ses dirigeants ou ses employés qui prennent les décisions et les mettent en œuvre. La participation de ces acteurs exige du tribunal qu'il détermine si ces derniers agissent véritablement comme représentants de la personne morale en l'occurrence. Cette opération préalable peut compliquer l'application du régime du soulèvement du voile corporatif et ainsi diminuer les chances de succès.

Au Québec, de prime abord, les résultats font ressortir l'existence d'une variation dans le taux de levée du voile corporatif lorsque nous tenons compte de l'identité des intimés (tableau 7). Tout comme dans l'étude de Thompson, les tribunaux paraissent plus enclins à soulever le voile corporatif lorsque l'actionnaire est un individu. Une étude plus poussée des résultats permet d'observer que l'identité des intimés n'est

84. P.I. BLUMBERG, « Limited Liability and Corporate Groups », (1986) 11 *J. Corp. L.* 573.

85. R.B. THOMPSON, « Piercing the Veil within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors », (1999) 13 *Conn. J. Int'l L.* 379. Voir aussi F.A. GEVURTZ, *loc. cit.*, note 31.

toutefois pas un critère déterminant du taux de levée du voile corporatif. En effet, l'analyse de la corrélation entre la levée du voile corporatif et la nature de l'intimé montre qu'il n'existe pas de relation significative entre les deux éléments.

TABLEAU 7

Identité de l'intimé	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé*	Taux
Individu	207	71	136	34 %
Société	18	4	14	22 %

* Cinq décisions comprennent une personne et une compagnie comme défendeurs.

2.2.1.6 Le contexte légal

Nous avons examiné si la nature du contexte légal dans lequel les tribunaux appliquaient l'article 317 influait sur le taux de levée du voile corporatif. Comme nous pouvons le constater au tableau 8, cet article est invoqué essentiellement dans le cas de recours contractuels. En effet, les décisions en cette matière représentent près de 80 % de l'échantillon. Vient loin derrière les recours en responsabilité civile extracontractuelle et les recours statutaires.

Tableau 8

Contexte légal	Nombre de décisions*	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
Contractuel	173	57	116	33 %
Extracontractuel	18	10	8	56 %
Propriété	2	1	1	50 %
Criminel	1	0	1	0 %
Statutaire	22	6	16	27 %
Procédure	9	3	6	33 %
Autre	4	1	3	25 %

* Puisque plus d'une catégorie peut apparaître dans une décision, le nombre de décisions excède ici le nombre total de décisions de la population étudiée.

De prime abord, les résultats semblent particulièrement intéressants au regard du débat sur le rôle de l'article 317 comme mécanisme de contrôle du coût externe. D'une part, les résultats suggèrent que la levée du voile corporatif est un outil dont se servent surtout les créanciers contractuels pour renforcer les mécanismes de protection qu'ils mettent en place dans leurs relations avec les sociétés. Cependant, nous observons, à la lumière du taux de levée du voile corporatif, que les tribunaux paraissent prudents à l'égard des demandes de levée du voile corporatif formulées par les créanciers contractuels. Cette prudence peut s'expliquer justement par le fait que les tribunaux estiment que les créanciers contractuels sont en mesure de se protéger eux-mêmes. Ce n'est que lorsque les manœuvres des actionnaires ont pour objet de faire échec aux mécanismes de protection contractuels qu'il y a lieu d'intervenir. D'autre part, les tribunaux semblent nettement plus enclins à soulever le voile corporatif dans un contexte extracontractuel que dans un contexte contractuel. À cet égard, les résultats sont différents de ceux des études américaines et australiennes où le taux de levée du voile corporatif est inférieur à la moyenne en matière extracontractuelle. Nos résultats pourraient être interprétés comme soutenant la thèse selon laquelle l'article 317 devrait protéger les créanciers extracontractuels qui ne disposent pas de moyen efficace pour se prémunir contre le coût externe généré par la responsabilité limitée. À notre avis, cette interprétation ne devrait toutefois pas être retenue. Premièrement, il faut reconnaître que le nombre de décisions impliquant la responsabilité civile extracontractuelle reste très limité. Deuxièmement, si le taux de levée du voile corporatif est marqué dans ce contexte, c'est peut-être que les litiges auraient pu être résolus en appliquant tout simplement l'article 1457 C.c.Q., sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 317. Bien que ces hypothèses soient intéressantes, pour les créanciers tant contractuels qu'extracontractuels, leur valeur explicative demeure mitigée. En effet, l'analyse des corrélations entre les différentes catégories de recours et la levée du voile corporatif suggère qu'il n'existe pas de relation significative entre ces éléments.

2.2.1.7 Une analyse multivariée du contexte factuel et légal

Comme nous pouvons le constater de ce qui précède, il est difficile de tirer des conclusions solides de l'étude descriptive réalisée en ce qui concerne l'influence exercée par les éléments du contexte factuel et légal. Pour approfondir notre analyse et mieux comprendre le rôle de ces facteurs, nous avons effectué une analyse multivariée au moyen du modèle M1 selon lequel la levée du voile corporatif est déterminée par certains facteurs contextuels et légaux. Ce modèle postule que la probabilité du soulèvement du voile corporatif est déterminée par le tribunal, par l'identité du

requérant, par la nature du litige et, enfin, par la structure de l'actionnariat de la société :

Modèle M1

$$P(\text{Levée}) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{ Cour_Québec} + \alpha_2 \text{ Cour_supérieure} + \alpha_3 \text{ Cour_d'appel} + \alpha_4 \text{ Requéran} + \alpha_5 \text{ Actionnaire1} + \alpha_6 \text{ Contrat} + \alpha_7 \text{ Extracontractuel} + \alpha_8 \text{ Statutaire} + \varepsilon$$

Les résultats du modèle M1 sont résumés au tableau 9. En général, selon les résultats obtenus, la probabilité quant au soulèvement du voile corporatif est plus élevée quand le requérant est une personne morale et que la société visée est détenue par un seul actionnaire. Ces résultats confirment l'hypothèse selon laquelle la domination de la société est un élément crucial pour justifier la levée du voile corporatif, comme nous le verrons ci-dessous. En effet, l'actionnaire d'une société unipersonnelle a nécessairement une très forte mainmise sur celle-ci. Pourquoi la levée du voile corporatif est-elle plus fréquente lorsque le requérant est une société? Probablement parce que les ressources financières des sociétés leur permettent d'avoir accès à l'expertise de conseillers juridiques ainsi que de mieux préparer leurs dossiers et de les mener à terme.

TABLEAU 9

Variable	Coefficient
Constante	(-1,558)**
Cour_Québec	0,569
Cour_supérieure	0,128
Cour_d'appel	-0,460
Requéran	(0,691)**
Actionnaire1	(0,808)***
Contrat	-0,187
Extracontractuel	0,845
Statutaire	-0,406

***, **, * significatif à 1 %, 5 % et 10 %.

Note: *Cour_Québec*: variable qui prend la valeur 1 si la demande est faite à la Cour du Québec et 0 dans le cas contraire; *Cour_supérieure*: variable qui prend la valeur 1 pour la Cour supérieure et 0 dans le cas contraire; *Cour_d'appel*: variable qui prend la valeur 1 pour la Cour d'appel et 0 dans le cas contraire; *Requéran*: variable qui prend la valeur 1 quand le demandeur est une entreprise et 0 dans le cas contraire; *Actionnaire1*: variable qui prend la valeur 1 si la société est dominée par un seul actionnaire et 0 dans le cas contraire; *Contrat*: variable qui prend la valeur 1 quand le contexte est contractuel; *Extracontractuel*: variable qui prend la valeur 1 quand le contexte est extracontractuel; *Statutaire*: variable qui prend la valeur 1 si le contexte est «statutaire».

2.3 Les motifs de soulèvement du voile corporatif

2.3.1 La fraude

La fraude est le motif de soulèvement du voile corporatif le plus fréquent dans les litiges considérés. Une étude plus attentive des données permet de constater que les cas de fraude sont distribués de manière inégale parmi les différentes dimensions de ce concept. De plus, le taux de levée du voile corporatif varie en fonction de ces dimensions.

Le dol est le motif le plus plaidé dans les litiges intéressant la fraude. La prédominance du dol confirme l'existence d'une confusion notée par les commentateurs entre la levée du voile corporatif et la responsabilité civile extracontractuelle⁸⁶. Les fausses représentations qui sont le fait d'un administrateur, d'un dirigeant ou de tout autre représentant d'une compagnie, y compris un actionnaire, constitue une faute extracontractuelle soumise au principe général de la responsabilité civile codifié à l'article 1457 C.c.Q. Ainsi, le créancier contractuel peut, en règle générale, poursuivre directement l'actionnaire qui commet des manœuvres dolosives ou frauduleuses sans pouvoir se faire opposer le principe de la responsabilité limitée. Autrement dit, il ne devrait pas être nécessaire d'avoir recours au mécanisme du soulèvement du voile corporatif pour faire sanctionner le dol. Les résultats du tableau 10 indiquent que les tribunaux considèrent que l'article 317 s'applique au dol. En effet, ils ont accepté de soulever le voile corporatif dans 46 % des cas où le dol était invoqué.

La seconde dimension de la fraude la plus fréquente consiste en la manipulation de la personnalité morale pour éviter des obligations contractuelles de la société ou de l'actionnaire. Cette dimension de la fraude, qui est un des archétypes des cas de levée du voile corporatif, amène les tribunaux à mettre de côté la personnalité distincte de la personne morale dans 42 % des décisions où elle est invoquée. Il est intéressant de comparer cette dimension avec celle qui concerne le fait d'éviter des obligations légales. Tout en reconnaissant qu'elle soit moins fréquemment invoquée, cette dernière dimension n'est associée qu'à un taux de levée du voile corporatif de 24 %.

86. Voir par exemple: P. MARTEL, *loc. cit.*, note 10; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 13, p. 123.

TABLEAU 10

Motif	Nombre de décisions	Voile corporatif levé	Voile corporatif non levé	Taux
Fraude	141	59	82	42 %
Dol	71	33	38	46 %
Éviter obligations légales	17	4	13	24 %
Éviter obligations contractuelles	57	24	33	42 %
Sous-capitalisation	1	1	0	100 %
Appropriation d'actif	19	11	8	58 %
Abus de droit	43	20	23	47 %
Ordre public	25	12	13	48 %
Équité	2	2	0	100 %
Mauvaise foi	55	21	34	38 %
<i>Alter ego</i>	105	58	47	55 %
Non-respect des formalités	1	1	0	100 %
Confusion	24	15	9	63 %
Contrôle actif	31	27	4	87 %
Contrôle légal	20	17	3	85 %
<i>Alter ego</i> mentionné	61	27	34	44 %
Aucun motif mentionné	14	0	14	0 %

Les dernières dimensions de la fraude, à savoir la sous-capitalisation et l'appropriation d'actif, sont étroitement liées, mais elles mènent à des résultats différents. La première fait référence au niveau de capitalisation de la société pour satisfaire à ses obligations contractuelles et extra-contractuelles. Certains ont avancé que le fait pour les actionnaires de permettre que leur société soit exploitée avec une capitalisation insuffisante pour pouvoir assumer les dommages qui résultent de ses activités pourrait constituer une fraude. C'est l'opinion qu'exprimait le professeur Ballantine il y a plus d'une cinquantaine d'années : « The attempt to do corporate business without providing any sufficient basis of financial responsibility to creditors is an abuse of the separate entity and will be ineffectual to

exempt shareholders from corporate debts⁸⁷. » Bien que ce motif ait parfois été mentionné dans les décisions de common law, la plupart des auteurs canadiens et québécois considèrent ce motif, en soi, comme insuffisant pour justifier le soulèvement du voile corporatif : « Since the legislature has chosen to leave the appropriate capitalization of a corporation to the market, there is no apparent basis on which the courts may impose their own requirements⁸⁸. » Nos résultats confirment l'opinion de ces auteurs. La sous-capitalisation a été invoquée à une seule reprise. Dans ce cas, le voile corporatif a toutefois été soulevé.

L'appropriation d'actif se produit lorsque des fonds ou des biens sont transférés hors du patrimoine de la société, sans juste contrepartie, de manière à l'empêcher de faire face à ses obligations. Ce motif a été invoqué plus fréquemment que la sous-capitalisation. Nous le retrouvons dans 19 des 141 décisions impliquant la fraude. Lorsqu'il est présent, ce motif est associé à un taux de levée du voile corporatif de 58 %, lequel est beaucoup plus haut que la moyenne. Bien que les victimes de ces manœuvres disposent de recours tels que l'action en inopposabilité, les résultats suggèrent que le recours à l'article 317 offre des avantages, en fait de souplesse, qui le rendent attrayant⁸⁹.

Avec le modèle M2, nous examinons plus en détail l'effet de la fraude sur la levée du voile corporatif. Dans ce modèle, nous postulons que cette levée est tributaire de la nature du motif invoqué qui est liée à la fraude. Nous effectuons un contrôle également pour certaines variables relatives à l'*alter ego*. En effet, ce dernier a été souvent considéré comme une des conditions essentielles à la levée du voile corporatif :

Modèle M2

$$P(\text{Levée}) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{Dol} + \alpha_2 \text{Obligations contractuelles} + \alpha_3 \text{Obligations légales} + \alpha_4 \text{Appropriation} + \alpha_5 \text{Confusion} + \alpha_6 \text{Contrôle_actif} + \alpha_7 \text{Contrôle_légal} + \alpha_8 \text{Alter ego mentionné} + \varepsilon$$

Les résultats du modèle M2 montrent les variables relatives à la nature du motif liée à la fraude qui influent sur la probabilité de la levée du voile corporatif. Selon les résultats du tableau 11 cette probabilité croît significativement quand il y a un dol (significatif à 1 %). De même, nos résultats montrent que l'appropriation d'actif est un motif qui, lorsqu'il est invoqué,

87. H.W. BALLANTINE, *Ballantine on Corporations*, Chicago, Callaghan & Co., 1946, p. 302-303.

88. K.P. MCGUINNESS, *op. cit.*, note 7, p. 38 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 5, p. 63 ; *Assurance-vie Desjardins-Laurentienne inc. c. 3458296 Canada inc.*, J.E. 2003-1859 (C.S.).

89. R.C. CLARK, *Corporate Law*, Boston, Little, Brown, 1986, p. 85.

hausse considérablement la probabilité de la levée du voile corporatif. Ils illustrent également que les éléments suggérant une relation d'*alter ego* entre l'actionnaire et la société augmentent de manière importante la probabilité de la levée du voile corporatif. Nous reviendrons sur cet aspect ultérieurement.

TABLEAU 11

Variable	Coefficient
Constante	(-2,478)*
Dol	(1,067)***
Obligations contractuelles	0,426
Obligations légales	-0,484
Appropriation d'actif	(1,693)***
Confusion	(1,584)***
Contrôle_légal	0,405
Contrôle_actif	(3,078)***
<i>Alter ego</i> mentionné	(1,686)***

***, **, * significatif à 1 %, 5 % et 10 %

Note: *Dol*: variable qui prend la valeur 1 si le motif est le dol; *Obligations contractuelles*: variable qui prend la valeur 1 si le motif est de se soustraire à des obligations contractuelles; *Obligations légales*: variable qui prend la valeur 1 si le motif est de se soustraire à des obligations légales; *Appropriation d'actif*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer une appropriation d'actif; *Confusion*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a confusion entre la société et l'actionnaire; *Contrôle_légal*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'assemblée; *Contrôle_actif*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'actif; *Alter ego mentionné*: variable qui prend la valeur 1 si la notion d'*alter ego* est mentionnée.

Nous pouvons expliquer ainsi les résultats de l'analyse économétrique. En ce qui concerne le dol, il est certainement plus aisé pour le tribunal de mettre en évidence la participation de l'investisseur qui a, de fait, commis une faute personnelle en transmettant des données fausses ou trompeuses. De même, l'appropriation de l'actif de la société résultant d'un geste de l'actionnaire, cela facilite la désignation d'un responsable. En outre, les tribunaux sont vraisemblablement plus soucieux de protéger le processus contractuel *ex ante*, en sanctionnant le dol, ou *ex post*, en sanctionnant l'appropriation d'actif, puisqu'il permet en principe au cocontractant de la société de se protéger contre les risques de défaut. En revanche, il n'est pas aussi aisé de qualifier de fraude une inexécution contractuelle ou une dérogation à la loi. Même lorsque c'est le cas, il peut être ardu d'attribuer

celle-ci à l'actionnaire. Cette difficulté explique sans doute les résultats non concluants relativement à l'effet de ces deux derniers motifs de fraude sur la probabilité du soulèvement du voile corporatif.

2.3.2 L'abus de droit et la mauvaise foi

L'intégration de l'abus de droit à l'article 317 comme motif de soulèvement du voile corporatif a été critiquée sévèrement par le professeur Martel qui souligne que cela va à l'encontre de l'objectif du législateur lorsqu'il a édicté cette disposition, à savoir codifier la jurisprudence élaborée sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*⁹⁰. Or, la jurisprudence n'avait jamais considéré l'abus de droit comme un motif justifiant la levée du voile corporatif. Au-delà de cette critique, cet auteur exprimait la crainte que l'abus de droit ne mène les tribunaux à procéder à la levée du voile corporatif plus fréquemment, en raison de la confusion entre les concepts d'abus de droit et de mauvaise foi. Récemment, Côté et Girard notaient en ce sens qu'une « certaine confusion a régné dans la dernière décennie autour de la mauvaise foi appliquée à l'article 317⁹¹ ».

Nos résultats indiquent que l'abus de droit est un motif qui a été invoqué dans seulement 20 % des décisions étudiées. Bien que cela suggère que c'est un motif marginal, il est important de noter que le taux de levée du voile corporatif atteint 47 % lorsque l'abus de droit est invoqué, ce qui est nettement au-dessus de la moyenne. Il est toutefois difficile de considérer que la confusion entre l'abus de droit et la mauvaise foi est ce qui anime les tribunaux dans ces décisions. La mauvaise foi a été citée dans 21 des 43 décisions où l'abus de droit a été invoqué. Dans ces 21 décisions, le voile corporatif a été soulevé à 7 reprises, ce qui constitue un taux comparable à la moyenne.

Si la mauvaise foi influence les tribunaux dans l'application de l'article 317, ce n'est pas en raison d'une confusion avec l'abus de droit. La mauvaise foi a été invoquée fréquemment comme motif de soulèvement du voile corporatif. De fait, avec 55 occurrences (25 % des décisions étudiées), ce concept a été allégué plus souvent que l'abus de droit ou la dérogation à une règle d'ordre public qui sont pourtant des motifs édictés par l'article 317. En outre, la mauvaise foi est associée à un taux de levée du voile corporatif de 38 %. Cela signifie-t-il que la mauvaise foi est un motif implicite de soulèvement du voile corporatif ? Si tel était le cas, cette situation irait à l'encontre de l'opinion exprimée par la Cour d'appel dans l'affaire

90. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 10, 456-461. Voir aussi S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 10.

91. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 10, 85.

Gestion André Lévesque inc. c. Compt'le inc. où elle a statué que seules les conditions limitées et précises qui sont codifiées à l'article 317 C.c.Q. permettent de procéder à la levée du voile corporatif⁹².

Afin de tenter de mieux comprendre l'interaction entre l'abus de droit, la mauvaise foi et la levée du voile corporatif, nous utiliserons le modèle M3 pour effectuer notre analyse des résultats :

Modèle M3

$$P(\text{Levée}) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{Abus_droit} + \alpha_2 \text{Mauvaise foi} + \alpha_3 \text{Confusion} + \alpha_4 \text{Contrôle_actif} + \alpha_5 \text{Contrôle_légal} + \alpha_6 \text{Alter ego mentionné} + \varepsilon$$

Les résultats du tableau 12 montrent que l'abus de droit influe positivement mais non significativement sur la probabilité de la levée du voile corporatif. Autrement dit, l'abus de droit n'explique pas à lui seul cette levée. Les résultats font ainsi ressortir les difficultés d'appliquer le concept d'abus de droit en matière de soulèvement du voile corporatif. Concrètement, si l'exercice malicieux d'un droit peut justifier la levée du voile corporatif, puisqu'il témoigne d'un détournement de la finalité de la personnalité morale, il en va autrement pour l'exercice déraisonnable d'un droit qui s'apparente à la faute⁹³.

TABLEAU 12

Variable	Coefficient
Constante	(-1,886)**
Abus_droit	0,579
Mauvaise foi	-0,070
Contrôle_légal	1,121
Contrôle_actif	(2,766)***
Alter ego mentionné	(1,463)***
Confusion	(1,438)**

***, **, * significatif à 1 %, 5 % et 10 %.

Note: *Abus_droit*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer un abus de droit; *Mauvaise foi*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer un cas de mauvaise foi; *Contrôle_légal*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'assemblée; *Contrôle_actif*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'actif; *Alter ego mentionné*: variable qui prend la valeur 1 si la notion d'*alter ego* est mentionnée; *Confusion*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a confusion entre la société et l'actionnaire.

92. *Gestion André Lévesque inc. c. Compt'le inc.*, précité, note 9.

93. *Gagnon c. Caron*, précité, note 36.

En outre, la perception des auteurs quant à l'influence de la mauvaise foi sur la levée du voile corporatif ne résiste pas à l'analyse statistique. Nous reconnaissons que la mauvaise foi peut avoir influé sur les décisions des tribunaux dans des cas précis, comme l'ont relevé certaines personnes⁹⁴. Cependant, les résultats indiquent que, globalement, la mauvaise foi n'exerce pas d'influence sur la probabilité de la levée du voile corporatif.

2.3.3 La dérogation à une règle d'ordre public

La dérogation à une règle d'ordre public est un motif marginal de soulèvement du voile corporatif, puisqu'elle n'est invoquée que dans 11 % des décisions étudiées. Toutefois, les tribunaux procèdent à la levée du voile corporatif dans 48 % des cas où ce motif est allégué, ce qui donne un taux bien supérieur à la moyenne. Pour mieux comprendre l'influence de ce motif sur le soulèvement du voile corporatif, nous utiliserons le modèle M4 :

Modèle M4

$$P(\text{Levé}) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{Ordre public} + \alpha_2 \text{Confusion} + \alpha_3 \text{Contrôle_actif} + \alpha_4 \text{Contrôle_légal} + \alpha_5 \text{Alter ego mentionné} + \varepsilon$$

Si nous nous penchons sur certaines variables en particulier, les résultats du tableau 13 montrent que l'ordre public est un des principaux facteurs explicatifs de la levée du voile corporatif. En effet, le coefficient de la variable est positif et significatif. Cependant, cette variable perd son côté significatif si d'autres variables témoins, telles que la juridiction du tribunal ou l'identité du requérant, sont introduites. Par conséquent, il ne faut pas surestimer l'influence de la dérogation à une règle d'ordre public sur la probabilité du soulèvement du voile corporatif.

Comment expliquer ces résultats ? Nous croyons que l'ordre public demeure un motif marginal de soulèvement du voile corporatif parce que la législation particulière qui édicte des règles d'ordre public prévoit généralement des recours en responsabilité civile ou pénale contre les sociétés et leurs dirigeants⁹⁵. Ces recours font en sorte que, en règle générale, il n'est pas nécessaire d'utiliser le soulèvement du voile corporatif pour sanctionner les cas de transgression des règles d'ordre public de cette législation.

94. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 10.

95. Pour une vue d'ensemble de ces recours, voir S. ROUSSEAU, *La responsabilité civile et pénale des administrateurs : un tableau synoptique*, [En ligne], [www.droitdesaffaires.org/pdf/tableau_vigie.pdf] (10 octobre 2006).

TABLEAU 13

Variable	Coefficient
Constante	(-1,905)**
Ordre_public	(0,792)*
Contrôle_légal	1,088
Contrôle_actif	(2,708)***
<i>Alter ego</i> mentionné	(1,498)***
Confusion	(1,495)**

***, **, * significatif à 1 %, 5 % et 10 %.

Note: *Ordre_public*: variable qui prend la valeur 1 si l'ordre public est invoqué; *Contrôle_légal*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'assemblée; *Contrôle_actif*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'actif; *Alter ego mentionné*: variable qui prend la valeur 1 si la notion d'*alter ego* est mentionnée; *Confusion*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a confusion entre la société et l'actionnaire.

2.3.4 La manipulation de la personnalité morale et le statut d'*alter ego*

Notre étude laisse voir que les tribunaux ont fait référence au statut d'*alter ego* de l'actionnaire visé par le soulèvement du voile corporatif dans 48 % des décisions. En outre, lorsqu'ils analysent le statut de l'actionnaire en tant qu'*alter ego* de la société, c'est-à-dire lorsqu'ils ne se contentent pas uniquement de mentionner ce concept, les tribunaux procèdent à la levée du voile corporatif dans 72 % des décisions. Par ailleurs, lorsqu'ils ne considèrent pas le statut de l'actionnaire, les tribunaux soulèvent le voile corporatif dans 14 % seulement des décisions. Ce taux qui est bien inférieur à la moyenne met en relief l'importance du concept d'*alter ego* pour l'application de l'article 317.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le concept d'*alter ego* se réfère fondamentalement à la domination de la société par l'actionnaire. À cet égard, deux types de contrôle ressortent de la doctrine et de la jurisprudence: le contrôle légal et le contrôle de l'actif. En outre, la confusion entre l'actionnaire et la société, directement ou indirectement, peut venir étayer la qualification du statut d'*alter ego*.

Dans notre étude, nous avons cherché à déterminer l'influence des différents critères du statut d'*alter ego* sur le taux de levée du voile corporatif. Nos résultats descriptifs indiquent que la domination de la société est un élément important de l'analyse effectué par les tribunaux pour déterminer si un actionnaire est l'*alter ego* de la société, en ce qu'ils discutent

de cette notion dans près de 50 % des décisions où le statut de l'actionnaire est examiné. De prime abord, nos résultats suggèrent que le contrôle légal est tout aussi pertinent que le contrôle de l'actif lorsque sont examinés les taux de levée du voile corporatif. Cependant, la prudence est de mise en analysant ces résultats. Il ne faut pas perdre de vue que près de la moitié des décisions de notre étude concernent des sociétés unipersonnelle ou des sociétés comptant de deux à cinq actionnaires. Dans ce contexte, le contrôle légal impliquera automatiquement un contrôle de l'actif très élevé. De fait, l'examen des résultats des analyses multivariées réalisées ci-dessus pour chacun des motifs de soulèvement du voile corporatif indique clairement que les tribunaux accordent une plus grande importance au contrôle de l'actif qu'au contrôle légal. Quel que soit le motif invoqué, le contrôle de l'actif a un coefficient positif et significatif, alors que le contrôle légal n'a jamais un coefficient significatif.

En marge de la notion de contrôle, les tribunaux anglo-canadiens ont considéré le niveau d'association entre l'actionnaire et la société pour déterminer le statut d'*alter ego*. À cet égard, deux facteurs ont été mis en évidence comme étant particulièrement pertinents. Le premier est le degré de respect des formalités légales découlant de la législation sur les sociétés. Nos résultats révèlent que ce critère n'a pas de véritable incidence dans l'analyse des tribunaux, car il a été invoqué une fois seulement. Ces résultats confirment l'opinion de McGuinness qui souligne qu'en common law « it is doubtful whether formalities add any real substance to the 'sham' concept⁹⁶ ». Le second facteur, plus général, consiste en l'existence d'une confusion entre l'actionnaire et la société. Tout comme le premier, ce facteur a été traditionnellement jugé plus pertinent lorsque l'analyse touchait deux sociétés⁹⁷. Nos résultats font ressortir la pertinence de ce critère pour la détermination du statut d'*alter ego* de l'actionnaire. La confusion a été alléguée dans 11 % des décisions et a été associée à un taux de levée du voile corporatif de 63 %. En outre, les analyses multivariées réalisées ci-dessus permettent de constater que la confusion a un coefficient positif et significatif, ce qui indique qu'elle exerce effectivement une influence sur la probabilité de soulèvement du voile corporatif.

Enfin, il ne devrait pas y avoir, en principe, de soulèvement du voile corporatif en raison seulement du statut d'*alter ego* d'un actionnaire. Autrement dit, en soi, il n'y a rien de répréhensible pour un actionnaire à avoir ce statut. Pourtant, les tribunaux ont soulevé le voile corporatif dans 4 des

96. K.P. MCGUINNESS, *op. cit.*, note 7, p. 38.

97. S.W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 7, 228.

10 décisions où cet argument leur a été présenté, en l'absence de fraude, d'abus de droit ou de dérogation à une règle d'ordre public.

2.4 Un modèle économétrique général

Il existe donc potentiellement deux groupes de facteurs influant sur la décision des tribunaux de procéder à la levée du voile corporatif. Le premier groupe consiste en des facteurs de contingence qui ont trait au contexte factuel et légal. Le second concerne les motifs édictés par l'article 317. Notre hypothèse est que les motifs légaux sont les principaux déterminants de la levée du voile corporatif. Cependant, les facteurs de contingence peuvent influencer sur la nature des motifs et la levée de ce voile. Ainsi, nous postulons que la levée du voile corporatif est tributaire de ces deux groupes de facteurs. Pour tenter de mieux comprendre leur rôle, nous utilisons le modèle M5 élaboré au regard de nos résultats antérieurs. Ce modèle nous permet de prédire, grâce à certaines variables clés, la probabilité de l'occurrence d'une levée de voile corporatif :

Modèle M5

$$P(\text{Levé}) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{ Actionnaire1} + \alpha_2 \text{ Requéran} + \alpha_3 \text{ Dol} + \alpha_4 \text{ Appropriation} + \alpha_5 \text{ Confusion} + \alpha_6 \text{ Ordre public} + \alpha_7 \text{ Abus_droit} + \alpha_8 \text{ ad Mauvaise foi} + \alpha_9 \text{ Contrôle_actif} + \alpha_{10} \text{ Alter ego mentionné} + \varepsilon$$

Les résultats résumés au tableau 14 montrent que les principaux déterminants de la levée du voile corporatif sont : 1) le dol ; 2) l'appropriation de l'actif ; 3) l'ordre public ; 4) la mention de la notion d'*alter ego* ; 5) la confusion ; et 6) la domination de l'actionnaire sur l'actif.

L'aspect significatif des coefficients ne change pas si d'autres variables, telles que la juridiction du tribunal, sont ajoutées. De fait, nos différentes analyses montrent qu'aucune des autres variables n'est significative. Ces résultats indiquent que les motifs de fraude, en particulier le dol et l'appropriation d'actif, et de dérogation à l'ordre public sont les plus susceptibles de mener à un soulèvement du voile corporatif. En outre, ils font ressortir le rôle central de la domination de la personne morale par l'actionnaire par l'entremise de la notion d'*alter ego*. En terminant, nous jugeons important de signaler que le coefficient relatif à la constante dans le modèle est significatif. Cela suggère que la probabilité de la levée du voile corporatif est expliquée par d'autres facteurs que ceux qui ont été mis en évidence dans notre cadre conceptuel. Dans nos recherches à venir, nous comptons examiner davantage cette question.

TABLEAU 14

Variable	Coefficient
Constante	(-3,173)**
Actionnaire1	0,142
Requérant	0,588
Dol	(1,307)***
Appropriation	(1,819)**
Ordre public	(1,222)**
Abus_droit	0,606
Mauvaise foi	0,037
Contrôle_actif	(3,123)***
Alter ego mentionné	(1,628)***
Confusion	(1,670)**

***, **, * significatif à 1 %, 5 % et 10 %.

Note: *Actionnaire1*: variable qui prend la valeur 1 si la société est dominée par un seul actionnaire; *Requérant*: variable qui prend la valeur 1 si le demandeur est une société; *Dol*: variable qui prend la valeur 1 si le motif est le dol; *Appropriation*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer une « appropriation d'actif »; *Ordre public*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer une dérogation à l'ordre public; *Abus_droit*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a abus de droit; *Mauvaise foi*: variable qui prend la valeur 1 s'il est possible d'observer un cas de mauvaise foi; *Contrôle_actif*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a domination de l'actionnaire sur l'actif; *Alter ego mentionné*: variable qui prend la valeur 1 si la notion d'*alter ego* est mentionnée; *Confusion*: variable qui prend la valeur 1 s'il y a confusion entre la société et l'actionnaire.

Conclusion

Nous avons étudié 220 décisions rendues par les tribunaux de 1994 à 2004 où avait été appliqué l'article 317 C.c.Q. afin de mieux comprendre le fonctionnement de la levée du voile corporatif. À un niveau général, notre étude permet d'observer que les tribunaux font preuve de déférence à l'égard du principe de la responsabilité limitée et considèrent la levée du voile corporatif comme une sanction d'exception. Cela ressort du taux général de levée du voile corporatif qui est inférieur à celui qui est constaté dans d'autres juridictions de common law. Les résultats obtenus nous amènent à conclure que, durant la période étudiée, les craintes exprimées par les commentateurs relativement à l'érosion du principe de la personnalité juridique distincte de la société par actions ne reflétaient pas la réalité. Plus particulièrement, nos résultats montrent que les motifs invoqués pour

procéder à la levée du voile corporatif sont les principaux déterminants de la décision des tribunaux d'appliquer l'article 317. Pour leur part, les dimensions factuelles et légales du litige exercent une influence marginale sur la probabilité de la levée du voile corporatif. Parmi les motifs invoqués, la fraude et la dérogation à une règle d'ordre public se démarquent cependant par leur impact significatif sur la probabilité du soulèvement du voile corporatif.

ANNEXE

Fiche analytique

Numéro de fiche	Référence
Référence	
Année	Année
Parties	Parties
Nom des juges	Nom des juges
Tribunal	Tribunal
Fondement du litige	<input type="checkbox"/> Contractuel <input type="checkbox"/> Responsabilité civile <input type="checkbox"/> Propriété <input type="checkbox"/> Responsabilité criminelle <input type="checkbox"/> Droit statutaire <input type="checkbox"/> Droit procédural <input type="checkbox"/> Autre...

A-t-on soulevé le voile corporatif ?

- Oui
- Non
- s/o

Motifs invoqués pour soulever le voile corporatif

- Fausses représentations
- Se soustraire à des obligations contractuelles
- Se soustraire à des obligations légales
- Confusion de l'actif, appropriation des fonds
- Abus de droit
- Ordre public, politique législative
- Équité, bonne foi
- Mauvaise foi
- Alter ego—mentionné
- Alter ego—sous-capitalisation
- Alter ego—défaut de suivre des formalités procédurales
- Alter ego—confusion des documents et du personnel
- Alter ego—domination de l'actionnaire sur l'actif
- Alter ego—domination de l'actionnaire sur l'assemblée des actionnaires
- Aucun motif spécifique
- Autre...

Nombre d'actionnaires

Nombre d'actionnaires

Type de compagnie

- Publique
- Privée

Actionnaire

- Personne physique
- Personne morale

Demandeur

- Personne physique
- Personne morale

Redressement demandé

Redressement demandé

Redressement accordé

- Demande accueillie
- Demande accueillie en partie
- Demande rejetée

Détails sur le redressement accordé

Détails sur le redressement accordé

Commentaires

Suivi

Nouvelle fiche