
McGILL LAW JOURNAL REVUE DE DROIT DE MCGILL

Volume 39 No 1

Montréal 1994

Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec*

Caroline Pratte*

La société par actions est une institution importante du droit québécois. Cependant, son étude s'est parfois avérée ardue, car les principes qui s'y appliquent ne sont pas clairement définis ni dans les lois particulières ni dans le *Code civil du Bas-Canada*. En effet, depuis la codification de 1866, le droit des sociétés par actions au Québec s'est développé en marge des concepts du droit civil. Selon l'auteure, cela est dû notamment à l'utilisation, par les tribunaux québécois, du droit anglais comme droit supplétif. Cet emprunt n'est pas sans conséquence, car les concepts relatifs au fonctionnement de la corporation de droit anglais ne sont pas bien adaptés aux approches civilistes du droit des sociétés par actions, ce qui peut engendrer des difficultés, particulièrement quant à la définition du rapport entre la société par actions et ses dirigeants. Le *Code civil du Québec* semble toutefois permettre de remédier à cette situation.

L'auteure tente, dans une première partie, d'établir le cadre conceptuel de l'étude de la société par actions. Elle se penche d'abord sur l'histoire du droit de la société par actions afin de comprendre pourquoi on en est venu à utiliser le droit anglais comme source de droit supplétif au Québec. Puis, elle examine comment le *Code civil du Québec* clarifie la situation en introduisant des changements qui permettent d'établir clairement que le droit applicable aux sociétés par actions est le droit civil. Ces changements se manifestent tant par l'énonciation du rôle supplétif du *Code civil du Québec* pour toute matière de droit privé, que par diverses dispositions relatives aux personnes morales et à l'administration du bien d'autrui.

À partir du moment où la société par actions peut être replacée dans un cadre conceptuel civiliste, il est possible d'étudier le rapport qu'elle entretient avec ses dirigeants. Dans une deuxième partie, l'auteure explique qu'en droit français, ce rapport a subi une importante mutation, conçu d'abord selon la conception classique de représentation pour l'être ensuite selon l'autonomie du pouvoir des organes de la société. En s'inspirant du droit français et en utilisant les notions d'organe et de représentation que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*, l'auteure soutient qu'il est possible de redéfinir le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre de la théorie civiliste du pouvoir.

L'auteure analyse ensuite les limites imposées aux organes et aux dirigeants des sociétés par actions dans l'exercice des pouvoirs. Elle constate, d'une part, que le *Code civil du Québec* leur impose certaines obligations fondamentales, et que, d'autre part, plusieurs mécanismes de contrôle sont prévus afin de protéger les intérêts de la société par actions. Ces mécanismes s'avèrent nécessaires puisque le patrimoine de la société par actions est directement affecté par les actes posés par ses organes et dirigeants.

L'auteure conclut que l'étude de la société par actions pourra désormais être faite dans le cadre du droit civil grâce, entre autres, aux modifications introduites par le *Code civil du Québec*. Cette importante réforme permettra de puiser à même les sources du droit civil plutôt que d'emprunter systématiquement des techniques et qualifications propres au droit anglais.

The joint stock company (*société par actions*) is an important institution in Quebec law. However, an analysis of this institution often proves to be difficult because the applicable principles are not clearly defined either in legislation or in the *Civil Code of Lower Canada*. In fact, since the codification of 1866, Quebec company law has developed with little reference to civil law concepts. In the author's opinion, this is due most notably to the use of English law as suppletive law by Quebec courts. This practice is not without consequence, since the concepts governing the operation of the corporation under English law are not well-suited to the civil law approach to company law, which can lead to difficulties, particularly with respect to the nature of the relationship between the company and its directors and officers. However, the *Civil Code of Quebec* seems to remedy this situation.

In this article, the author attempts, first, to set out the conceptual framework within which the legal analysis of the company should take place. To do this, she begins by examining the history of company law to understand why the English common law was used as suppletive law in Quebec. She examines how the *Civil Code of Quebec* clarifies the situation by introducing amendments which establish clearly that the civil law is the law applicable to companies. These changes are manifested as much by the declaration of the suppletive role of the *Civil Code of Quebec* in all matters of private law, as by the provisions relating to moral persons and the administration of the property of another.

Once the company is situated within a civil law conceptual framework, it is possible to analyze the relationship between the company and its directors and officers. In the second part of the text, the author explains how this relationship underwent an important transformation in French law, passing from the classic conception of representation to the recognition of the autonomy of the power of the *organes* of the company. Drawing inspiration from French law and invoking the notions of *organe* and of representation found in the *Civil Code of Quebec*, the author submits that it is possible to redefine the relationship between the company and its directors and officers within the framework of the civil law *théorie du pouvoir*.

The author goes on to analyze the limits imposed on the exercise of the power of the *organes* and of the directors and officers of a company. She notes that, while the *Civil Code of Quebec* imposes certain fundamental obligations on these actors, it provides several mechanisms of control in order to protect the interests of the company. These mechanisms are necessary because the patrimony of the company is affected directly by the actions of its *organes* and its directors and officers.

In conclusion, the author suggests that analysis of the joint stock company can henceforth be conducted within a civil law framework due, in part, to the modifications brought to this area by the *Civil Code of Quebec*. This important reform will permit the use of civil law principles in this area, eliminating the need to systematically borrow techniques and terminology unique to English law.

* LL.B. (droit civil), Université Laval; LL.B. (*common law*), Université McGill; LL.M., Université McGill.

Sommaire

Introduction

- I. Le cadre conceptuel de l'étude de la société par actions
 - A. *L'état actuel du droit de la société par actions*
 - 1. Les sources du droit de la société par actions
 - a. *La codification de 1866*
 - b. *L'évolution législative*
 - 2. Le modèle conceptuel du droit anglais
 - a. *Le contenu du modèle conceptuel du droit anglais*
 - i. L'obligation fiduciaire
 - ii. Le devoir de gestion
 - b. *L'application du modèle conceptuel du droit anglais en droit québécois*
 - B. *La redéfinition du cadre conceptuel dans le Code civil du Québec*
 - 1. Le caractère supplétif du droit civil
 - 2. Le nouveau cadre de référence du droit de la société par actions et de son rapport avec ses dirigeants
 - a. *La personnalité morale*
 - i. L'application du titre, «Des personnes morales», à la société par actions
 - ii. Les attributs de la personnalité morale
 - (1) *La capacité de jouissance de droits subjectifs*
 - (2) *L'existence d'un patrimoine autonome*
 - b. *L'administration du bien d'autrui*
 - i. L'application du titre, «De l'administration du bien d'autrui», aux dirigeants de la société par actions
 - ii. La théorie du pouvoir en droit privé
- II. Les pouvoirs des organes et des dirigeants de la société par actions
 - A. *L'attribution de pouvoirs*
 - 1. De la représentation à l'autonomie du pouvoir
 - 2. Les pouvoirs du conseil d'administration et des dirigeants de la société par actions au Québec
 - a. *Le pouvoir propre du conseil d'administration*
 - b. *Le pouvoir de représentation des dirigeants*
 - B. *Les conséquences de l'attribution de pouvoirs*
 - 1. L'exercice de pouvoirs
 - a. *L'obligation de respecter les limites des pouvoirs*
 - b. *L'obligation de diligence et de prudence*
 - c. *L'obligation de loyauté*
 - 2. Le contrôle de l'exercice de pouvoirs
 - a. *La reddition de compte*
 - b. *La responsabilité civile de l'administrateur du bien d'autrui*
 - c. *La théorie de l'abus de pouvoir*

Conclusion générale

* * *

Introduction

L'étude du droit de la société par actions¹ au Québec est complexe, vu la dualité du droit commun² et la coexistence des régimes provincial et fédéral de constitution de sociétés par actions. Ces deux régimes laissent une grande place au droit supplétif, notamment quant au rapport entre la société par actions et ses dirigeants³.

En droit anglais⁴, le rapport entre la *corporation*⁵ et ses dirigeants est très développé. Il est fondé sur le concept de la *fiduciary relationship*, ou relation fiduciaire, étranger au droit civil. Cette relation soumet chaque dirigeant à une obligation de loyauté envers la *corporation*. Nous avons cherché en vain l'existence d'une obligation équivalente dans le droit civil québécois.

Notre recherche nous a permis de constater l'absence, dans l'état actuel du droit québécois, d'une qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants qui satisfasse aux exigences de fonctionnement de celle-ci.

En effet, le droit québécois envisage simultanément deux qualifications du rapport entre la société par actions et ses dirigeants : celle de fiduciaire selon le droit anglais et celle de mandataire, telle qu'elle est connue dans le *Code civil du Bas-Canada*. Parfois même, on cumule ces deux qualifications⁶. Or, on connaît l'importance de la qualification en droit civil : elle détermine le régime juridique et renvoie au droit supplétif.

¹Nous employons l'expression «société par actions» dans son sens générique, telle qu'elle est connue en droit civil. Voir l'art. 1864, al. 4 C.c.B.-C. et l'art. 2188 C.c.Q. Elle inclut la compagnie constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38 [ci-après L.C.Q.] et la société par actions constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 [ci-après L.S.A.].

²Sur la dualité du droit commun au Québec, voir J.E.C. Brierley, «Quebec's 'Common Laws' (droits communs): How Many Are There?» dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 109.

³Nous employons l'expression «dirigeants» pour désigner uniquement les personnes qui assument une fonction élective au sein de la société par actions. Nous excluons de cette définition les employés en position d'autorité ou employés cadres qui sont liés à la société par actions par un contrat de travail bien qu'ils assument souvent, en plus, une fonction élective. Nous n'envisageons pas non plus le cas du dirigeant *de facto* qui exerce une fonction élective sans avoir été régulièrement élu.

⁴Nous employons l'expression «droit anglais» pour représenter la famille du droit de tradition anglaise comprenant le droit d'Angleterre et les droits qui se sont développés à partir de ce modèle, par exemple aux États-Unis ou dans les provinces canadiennes autres que le Québec. Le droit anglais se distingue conceptuellement du droit civil appliqué dans la famille de droit romano-germanique. Voir, quant à la distinction entre ces deux familles juridiques, R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10^e éd. par C. Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 1992 au n° 16 et s.

⁵Nous employons l'expression «*corporation*» dans son sens générique, telle qu'elle est connue en droit anglais pour l'opposer à la société par actions du droit civil.

⁶Selon M. Martel et P. Martel :

L'administrateur occupe un poste de quasi-fiduciaire vis-à-vis de la compagnie, en ce sens qu'il est chargé de la conservation et de la préservation de son patrimoine et de ses intérêts. Il doit s'efforcer d'accroître et de faire fructifier ce patrimoine et d'agir dans l'intérêt de la compagnie ; en ce sens, on peut dire qu'il est mandataire de la compagnie (*La compagnie du Québec : Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 aux pp. 493-94).

L'absence d'une qualification adéquate du rapport entre la société par actions et ses dirigeants nous a amenée à considérer, dans un premier temps, les sources du droit québécois de la société par actions. Or, l'interprétation de ces sources et du rôle de l'État dans la formation de la société par actions semble avoir conduit à envisager le droit applicable à cette société dans le cadre conceptuel du droit anglais.

Cette pratique entraîne notamment la difficulté de qualifier de façon satisfaisante, en droit civil, le fonctionnement de la société par actions ainsi que son rapport avec ses dirigeants. Nous croyons néanmoins qu'il est possible d'effectuer cette qualification. Pour ce faire, il faut mettre fin à tout emprunt au droit anglais dans ce domaine et redéfinir le cadre conceptuel de la société par actions à partir de notions significatives pour le droit civil. Nous nous sommes inspirée du *Code civil du Québec*⁷, adopté le 18 décembre 1991, et dont l'entrée en vigueur était fixée au 1^{er} janvier 1994⁸. Il rétablit le cadre conceptuel de la société par actions en droit civil et semble prévenir tout emprunt aux concepts de droit anglais. Il tend à établir la théorie de la personnalité morale propre aux juridictions civilistes. De plus, il codifie et organise la notion de pouvoir de nature privée au sein d'un nouveau titre intitulé «De l'administration du bien d'autrui».

Les effets de la personnalité morale et de l'attribution de pouvoirs nous ont permis, dans un deuxième temps, de tirer les éléments théoriques nécessaires à la qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants de façon à satisfaire les exigences de son fonctionnement.

Les sources françaises de notre droit privé sont connues, mais elles ont eu peu d'influence sur le développement québécois de la société par actions. Il s'avère utile de s'inspirer de la théorie française de la personnalité morale et du pouvoir en droit privé afin d'approfondir les notions nécessaires à la qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants, notions qui sont d'ailleurs codifiées dans le *Code civil du Québec*.

La présentation de cette nouvelle approche dénonce une politique d'emprunt établie et semble embrouiller les assises juridiques actuelles. On nous reprochera d'avoir exposé des difficultés sans parvenir à les résoudre, mais là n'était pas notre but. L'objectif de cet article est plutôt de définir le cadre conceptuel du droit de la société par actions afin d'envisager une qualification satisfaisante du rapport entre la société par actions et ses dirigeants qui ne nécessitera plus le recours aux concepts de droit anglais.

I. Le cadre conceptuel de l'étude de la société par actions

Au Québec, la personnalité morale fait partie de la branche du droit corporatif et est liée, plus particulièrement, à l'étude de la société par actions. Cette dernière étant assimilée à la *corporation* du droit anglais, il en résulte un réflexe de recourir au cadre conceptuel de ce droit. Cet automatisme a permis l'impor-

⁷L.Q. 1991, c. 64.

⁸D. 712-93, G.O.Q. 1993.II.3589.

tation de principes étrangers au droit civil, notamment quant au rapport entre la société par actions et ses dirigeants (A).

Il est souhaitable de redéfinir le cadre conceptuel du droit de la société par actions selon des notions civilistes. Le *Code civil du Québec* nous invite à le faire. Sa disposition préliminaire énonce que le droit civil est l'unique droit supplétif pour toute matière de droit privé et permet d'établir la théorie de la personnalité morale en droit québécois sans recourir au droit anglais. L'étude des principaux attributs de la personnalité morale permet d'envisager le rapport entre la société par actions et ses dirigeants (B).

A. L'état actuel du droit de la société par actions

Au Québec, l'analyse traditionnelle des sources du droit de la société par actions a porté à considérer le droit anglais comme étant le droit commun applicable à cette société et à appliquer des règles similaires à celles des juridictions avoisinantes (1).

La conception de la société par actions à partir du droit anglais empêche le droit québécois de recourir aux qualifications propres au droit civil. Elle introduit à leur place des notions et des mécanismes difficilement compatibles avec ceux du droit civil, voire peu compréhensibles, dans une juridiction de droit privé civiliste (2).

1. Les sources du droit de la société par actions

En se basant sur l'interprétation des codificateurs du *Code civil du Bas-Canada* quant au rôle de l'État dans la formation de la société par actions (a) et sur l'origine anglaise des lois constitutives de sociétés par actions (b), on a soutenu que l'étude de la société par actions relevait du droit anglais plutôt que du droit civil⁹.

a. La codification de 1866

Notre droit privé est fondé sur le droit civil français, plus particulièrement sur la *Coutume de Paris* dont l'application fut décrétée en 1663¹⁰. À la suite de la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre, l'unité de notre droit devait être bouleversée. L'*Acte de Québec de 1774*¹¹ décréta que le droit commun dans

⁹Voir à ce sujet le récent article de M. Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 C. de D. 1021. Le texte de la présente sous-section est inspiré de cet article et des sources qui y sont citées. Voir également Y. Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec» dans J.S. Ziegel, dir., *Studies in Canadian Company Law – Études sur le droit canadien des compagnies*, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967, 102 ; L. Lilkoff, «Le Code civil et l'autonomie du droit commercial» (1966) 44 R. du B. can. 443 à la p. 461.

¹⁰«L'Édit de création du Conseil supérieur de Québec» dans *Édits et Ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, vol. 1, Québec, 1854 à la p. 37, cité par Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 1025. La *Coutume de Paris* ou l'ancien droit français, telle que cette expression est comprise au Québec, s'oppose au nouveau droit civil français introduit par le *Code Napoléon*.

¹¹*An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (R.-U.), 14 Geo. 3, c. 83.

le domaine du droit public serait désormais le droit anglais tandis qu'en droit privé, le droit commun résultant de l'interprétation de l'expression «property and civil rights» demeurerait le droit civil. C'est donc à juste titre que les codificateurs s'inspirèrent des sources françaises, notamment de la *Coutume de Paris*¹², lors de la rédaction du *Code civil du Bas-Canada*.

Cependant, le développement du droit de la société par actions s'est effectué par le biais du droit anglais plutôt que du droit français. En effet, le titre VI du livre premier du *Code civil du Bas-Canada* intitulé «Des corporations»¹³ ne connaissait pas de contrepartie dans le *Code Napoléon*. Toutefois, cette absence ne forçait pas nécessairement les codificateurs à ignorer l'existence de la théorie de la personnalité morale. De cette absence d'équivalent dans le *Code Napoléon* et du nombre important de références aux auteurs de tradition anglaise par les codificateurs¹⁴, Yves Caron a déjà observé qu'il s'est développé une opinion selon laquelle ce titre codifiait le droit d'Angleterre concernant la *corporation*¹⁵.

Pourtant, les codificateurs ont évoqué leur souci de légiférer uniquement quant à des entités régies par le droit civil : «L'on sent qu'il a fallu se contenter uniquement des corporations qui tombent sous le contrôle du droit civil ; celles régies par le droit public et administratif n'étant pas du ressort des Commissaires»¹⁶. Les articles 355 et 356 du *Code civil du Bas-Canada* le reflètent explicitement, le titre, «Des corporations», se voulant le régime supplétif des personnes morales de droit privé¹⁷.

Concurremment au titre, «Des corporations», les codificateurs ont rédigé le titre onzième, «De la société», embrassant ainsi toute la matière des sociétés tant civiles que commerciales¹⁸. La société par actions se retrouve parmi les sociétés commerciales.

Lors de cette rédaction, les codificateurs se sont fondés sur le *Code de commerce français* de 1808¹⁹. Ce code permet la création de deux sortes de sociétés par actions : la société en commandite par actions et la société ano-

¹²Contrairement au *Code Napoléon*, le C.c.B.-C. maintient l'ancien droit français, à moins d'une disposition expresse contraire ou incompatible. Voir l'art. 2712 C.c.B.-C.

¹³*Code civil du Bas-Canada : Premier, second et troisième rapport*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 228 [ci-après *Rapport des codificateurs*].

¹⁴Notamment Blackstone, Warton, Grant, Arnold et Wickstead.

¹⁵«De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec», *supra* note 9. Voir *Senex c. Chambre d'immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555 à la p. 561 et s., 35 N.R. 545 [ci-après *Senex* avec renvois aux R.C.S.].

À titre d'illustration récente, voir le commentaire de A. Laverdière : «L'origine anglaise de notre droit corporatif n'est pas mise en doute ; le terme 'corporation' utilisé au Québec comporte une signification équivalente tant en Angleterre qu'en Amérique du Nord, y compris dans les autres provinces du Canada» («Disparition du mot 'corporation' dans le droit civil du Québec – Réflexions et commentaires» (1989) 49 R. du B. 851 à la p. 861).

¹⁶*Rapport des codificateurs*, *supra* note 13 à la p. 230.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸*Code civil du Bas-Canada : Cinquième, sixième et septième rapport*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 25 et s.

¹⁹J.G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France : Code de commerce français, t. 1, livre 1 – Du commerce en général*, t. 17, Paris, Treuttel et Würtz, 1829 [ci-après *Code de commerce français*].

nyme. La création de la société en commandite par actions est permise sans intervention étatique, car il y a dans celle-ci un commandité personnellement responsable de ses dettes. La création de la société anonyme, quant à elle, est soumise à l'autorisation de l'État, car aucun associé n'est personnellement responsable au-delà de son apport²⁰.

L'expression «société anonyme» rompt avec l'ancien droit français où elle désignait une association en participation²¹. Les codificateurs du *Code civil du Bas-Canada* ont substitué l'expression «société par actions» à «société anonyme» afin d'éviter la confusion avec la notion de l'ancien droit français, qu'ils ont préservée dans le *Code civil du Bas-Canada*²². Cependant, les codificateurs n'ont pas exclu le concept juridique que représente la société anonyme française. En effet, la société par actions du *Code civil du Bas-Canada* est une personne morale à responsabilité limitée comparable à la société anonyme du *Code de commerce français*.

Selon l'article 1864, deuxième alinéa du *Code civil du Bas-Canada*, le titre, «De la société», constitue le droit supplétif applicable à toutes les sociétés, y compris la société par actions. On peut en conclure que le droit supplétif est le droit civil. On peut douter que les codificateurs aient voulu faire la distinction entre deux entités légales d'utilité similaire, l'une régie par le droit anglais, l'autre par le droit civil. Si ce n'était que de l'interprétation du *Code civil du Bas-Canada*, il y aurait lieu de conclure que les codificateurs ont légiféré en matière de droit privé et que le titre, «Des corporations», énonce les principes du droit civil concernant la personnalité morale²³. Ainsi, le droit supplétif applicable à la société par actions serait le droit civil. Seulement, la nécessité de l'intervention étatique pour la création de la société par actions a renforcé l'opinion voulant qu'elle soit une création du droit public, son étude relevant alors du droit anglais²⁴.

À l'époque de la codification, la création de la personnalité juridique de la société par actions dépendait de la volonté de l'État. La technique utilisée dans le *Code civil du Bas-Canada* correspondait à celle utilisée en Angleterre²⁵. Il en était de même en France, bien que, dès le 24 juillet 1867, le législateur reconnut la liberté totale de création de la société anonyme sans intervention étatique²⁶.

²⁰*Code de commerce français*, art. 19, 29 et s.

²¹G. Ripert, *Traité de droit commercial*, t. 1, 14^e éd. par R. Roblot, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991 au n° 1002.

²²Voir l'art. 1864, al. 2 C.c.B.-C. ; *Rapport des codificateurs*, supra note 13 à la p. 31.

²³Une certaine jurisprudence s'est développée en ce sens. Voir *Lamontagne Ltée. c. Girard* (1911), 39 C.S. 179 ; *Windsor Hotel c. Date* (1881), 27 L.C. Jur. 7 (C.S.) cité dans J. Smith, «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec» (1973) 75 R. du N. 530 à la p. 536.

²⁴Voir notamment l'opinion de P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Whiteford et Théorêt, 1896 à la p. 327 ; F. Langelier, *Cours de droit civil*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906 à la p. 59 ; G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942 à la p. 453.

²⁵Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», supra note 9 à la p. 1029.

²⁶*Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, D.P. 1867.4.98, art. 21 [ci-après *Loi du 24 juillet 1867*] ; Ripert, supra note 21 au n° 1005.

Pourtant, les codificateurs ont concédé que bien que les sociétés par actions soient créées par l'État, «[u]ne fois créées, elles deviennent des *personnes morales et fictives*, capables de certains droits et privilèges et tenues à certains devoirs et obligations»²⁷. Le *Rapport des codificateurs* sur le titre, «Des corporations», semble avoir laissé planer un doute quant au droit régissant le rapport interne de la société par actions avec ses dirigeants. Les codificateurs ont expliqué qu'«[u]ne fois créées et organisées»²⁸, les sociétés par actions deviennent des êtres fictifs dont les règles visant leur rapport «avec les autres membres de la société»²⁹ trouvent leurs fondements en droit civil. Certains en ont conclu que la création de la société par actions et son rapport interne avec ses dirigeants relevaient du droit public alors que ses rapports externes avec des personnes ou des biens étaient régis par le droit civil³⁰.

Récemment, la doctrine québécoise a expliqué, selon la théorie de la fiction, l'intervention de l'État dans la création de la société par actions comme étant un phénomène lié au développement de la personnalité morale en droit civil³¹. La nécessité d'une intervention étatique pour la création d'une personne morale est invoquée, depuis la République de Rome, afin de contrôler l'existence et les activités des groupements d'individus³². Pour ce faire, l'État leur dote de la personnalité juridique et leur donne des droits reconnus à la personne physique. C'est ainsi que la personnalité morale est qualifiée de fiction. À l'époque de la codification, la théorie de la fiction prévalait tant dans les juridictions de droit civil que dans celles de droit anglais. Qu'elle ait été prévue au titre, «Des corporations», n'est donc pas incompatible avec le cadre conceptuel civiliste.

Par ailleurs, à la même période, se développait en France une législation spécifique à la société anonyme, soit la *Loi du 24 juillet 1867*. Cette loi a été modernisée par une série de lois particulières jusqu'à la législation actuelle, la *Loi du 24 juillet 1966*³³. Cette législation régit la création, le fonctionnement et la dissolution de la société anonyme. Elle repose sur des notions de droit civil, mais elle a eu peu d'influence sur l'analyse de la société par actions au Québec.

²⁷*Rapport des codificateurs*, *supra* note 13 à la p. 228.

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.*

³⁰Voir R.L. Beaulieu qui est de cet avis («La capacité, les objets et les pouvoirs des corporations dans le Québec» dans J.S. Ziegel, dir., *supra* note 9, 207 à la p. 208). Voir également R. Gaudreau, qui fait état de cette ambiguïté dans «Les compagnies et les tiers contractants : Étude des doctrines de la 'constructive notice' et de l'indoor management» (1982) 42 R. du B. 485 aux pp. 508-509.

³¹Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», *supra* note 9 aux pp. 1027-30 ; M. Lizée, «Deux fictions de droit corporatif» (1983) 43 R. du B. 649. Voir également en droit français Ripert, *supra* note 21 au n° 682.

³²Cantin Cumyn, *ibid.*

³³*Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966*, J.O., 26 juillet 1966, 6402, Gaz.Pal. 1966. 2° sem. Lég.59 [ci-après *Loi du 24 juillet 1966*] prévoit deux types facultatifs de société anonyme qui se distinguent par leur fonctionnement. Au type traditionnel de la société à conseil d'administration s'ajoute la société à directoire inspirée du droit allemand. Étant donné la similarité de fonctionnement entre la société à conseil d'administration et la société par actions connue en droit québécois, seule cette dernière est étudiée dans le présent essai. Voir Ripert, *supra* note 21 au n° 1258.

b. *L'évolution législative*

Au Québec, il existe une loi générale, la *Loi sur les compagnies*³⁴, qui pourvoit à la création, au fonctionnement et à la dissolution de la société par actions. De plus, une multitude de lois particulières régissent les sociétés par actions et en prévoient également la création, telle la *Loi sur les compagnies de flottage*³⁵. Depuis leurs origines, toutes ces lois se sont inspirées de modèles appartenant à la famille du droit anglais. Elles ont d'abord suivi le modèle législatif anglais pour être ensuite influencées par la législation américaine, celle des autres provinces canadiennes ainsi que par la législation fédérale³⁶.

En outre, l'acte de confédération de 1867³⁷ a ajouté une difficulté à l'étude du droit québécois de la société par actions en permettant également à l'autorité législative fédérale de constituer des sociétés par actions ayant pour objet l'exercice d'une activité dans un champ de compétence fédéral ou provincial pourvu, dans ce dernier cas, qu'elles n'aient pas l'intention d'agir dans une seule province³⁸. Puisque la législation fédérale relève du cadre conceptuel du droit anglais, les règles d'interprétation ainsi que les règles supplétives sont puisées à même ce système juridique.

Le Parlement fédéral a adopté, en 1970, la *Loi sur les corporations canadiennes*³⁹. Il a par la suite effectué une refonte considérable de cette législation en 1975 et a adopté la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*⁴⁰. En 1978, on a changé le nom de cette loi pour la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*⁴¹. Cette loi fédérale, plusieurs fois modifiée, est maintenant connue sous le titre *Loi sur les sociétés par actions*. L'objet de cette loi est de promouvoir l'uniformisation du droit de la société par actions au Canada⁴² et ses règles semblent appliquées uniformément au Québec, tout comme ailleurs au Canada.

Bref, l'emprunt au droit anglais semble légitimé par l'origine anglaise de la législation concernant la société par actions tant sous le régime fédéral que

³⁴La loi prévoit quatre régimes différents. La Partie I s'applique à la société par actions constituée suivant l'émission de lettres patentes, la Partie IA à celle constituée suivant le dépôt de ses statuts constitutifs, la Partie II à celle créée par loi spéciale et la Partie III à la société sans but lucratif. Les art. 31 *in fine* (Partie I) et 123.16 (Partie IA) L.C.Q. renvoient aux règles du *Code civil du Bas-Canada* sur les corporations.

³⁵L.R.Q. c. C-42.

³⁶Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», *supra* note 9 aux pp. 1036-38. Voir l'historique de la législation par Y. Renaud et J. Smith, *Droit québécois des corporations commerciales : Les corporations commerciales*, vol. 1, Montréal, Judico, 1974 au c. 1. Voir également Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec», *supra* note 9 à la p. 103 et s.

³⁷*Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [ci-après *Loi constitutionnelle*].

³⁸*Loi constitutionnelle, ibid.*, art. 91(2).

³⁹L.R.C. 1970, c. C-32.

⁴⁰L.C. 1974-75, c. 33 [ci-après L.C.C.C.]. Cette loi a été adoptée à la suite des recommandations du groupe de travail présidé par R.W.V. Dickerson (Canada, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, Ottawa, Information Canada, 1971).

⁴¹L.C. 1978-79, c. 9.

⁴²Art. 4 L.S.A.

sous le régime provincial⁴³. De plus, la pratique commerciale a accentué le réflexe de puiser à même les sources du droit anglais, voire de copier ses précédents. Enclavé dans un monde de tradition anglaise, on a ainsi cru qu'il n'était pas dans l'intérêt commercial du Québec d'appliquer des règles de droit différentes de celles des juridictions avoisinantes⁴⁴.

2. Le modèle conceptuel du droit anglais

Un regard sur l'élaboration du modèle conceptuel de la *corporation* anglaise qui a servi de fondement aux lois régissant la société par actions au Québec permet de constater que celle-ci est fondée sur des notions propres au droit anglais (a). Cet emprunt conceptuel n'est pas sans conséquence quant à l'organisation du droit québécois concernant la société par actions (b).

a. Le contenu du modèle conceptuel du droit anglais

La personnalité morale est conçue par le droit anglais comme une exception qui ne résulte que de l'incorporation⁴⁵ et qui s'oppose à la société de personnes (ou *partnership*), laquelle, en droit anglais, n'est pas considérée comme une personne morale⁴⁶.

Outre sa conception, le modèle de fonctionnement de la personne morale est le produit d'une évolution historique propre au droit de l'Angleterre. Il fait appel à des notions dont on ne retrouve pas l'équivalent en droit civil. Contrairement à l'unité systémique qui caractérise le droit civil, le droit anglais se distingue par la dualité de son système juridique, la *common law* et l'*equity*. Bien qu'en 1873 les deux systèmes juridiques aient été réunis par le *Supreme Court of Judicature Act, 1873*⁴⁷, le droit anglais conserve aujourd'hui la distinction historique entre les deux corps de règles de fond.

Le droit anglais a également une conception de la propriété marquée par un dédoublement, soit le *legal ownership*, régi par la *common law*, et le *beneficial ownership*, régi par l'*equity*. Ce dédoublement est né de l'élaboration du *trust*, mécanisme auquel la législation moderne relative à la *corporation* a recours⁴⁸.

⁴³C. Fortin, «De la nature juridique de la fonction d'administrateur et d'officier en droit québécois des compagnies» (1970) 1 R.D.U.S. 129 aux pp. 143, 144, 147. Seules les parties I et IA de la L.C.Q., la *Loi sur les compagnies de flottage*, supra note 35 et la L.S.A. sont étudiées dans le présent essai à titre d'illustration de législation constitutive de sociétés par actions.

⁴⁴M. Giguère dénonce ce phénomène (*Les devoirs des dirigeants de sociétés par actions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1967 à la p. 14 et s.). Voir également D.H. Sohmer, «Protecting the Minority Shareholder in Letters Patent Jurisdictions» (1971) 31 R. du B. 388 à la p. 393.

⁴⁵Voir Ripert : «Le droit anglais admit que, pour les *compagnies*, la personnalité résultait de l'*incorporation*, accordée tout d'abord par charte royale ou par un *Act* du Parlement et, à partir de 1844, résultant d'un simple enregistrement. L'expression est imagée, la société *prend corps*» (supra note 21 au n° 683).

⁴⁶L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1992 à la p. 19 et s.

⁴⁷(R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66.

⁴⁸D.W.N. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 3-16. Nous employons les mots «*trust*» et «*trustee*» selon leur sens courant au Québec, sens qui se rapporte à l'institution du droit anglais.

En 1720, un scandale relatif à la spéculation sur des valeurs mobilières éclata en Angleterre. Cette affaire conduisit le Parlement britannique à réagir par l'adoption du *Bubble Act*⁴⁹, permettant l'incorporation uniquement par prérogative royale.

Le *partnership* fut toutefois exempté de l'application du *Bubble Act*. Afin de profiter de cette exemption, les juristes anglais se sont prévalus de la liberté contractuelle du *partnership* pour créer une entité offrant des avantages similaires à ceux de la *corporation*⁵⁰. Il s'agissait de l'*unincorporated joint stock company*, dont l'existence dépendait de la conclusion d'un contrat de société, le *deed of settlement*. Selon ce contrat, les investisseurs consentaient à devenir associés et, en contrepartie de leur apport, chacun recevait un nombre fixe d'actions du capital-actions de l'*unincorporated joint stock company*⁵¹. Le *deed of settlement* comprenait également la création d'un *trust* exprès. Or, l'étude du droit anglais nous enseigne que le *trust* exprès est l'institution par laquelle le constituant dispose de certains biens en faveur d'un *trustee* et exprime son intention que ceux-ci soient détenus par le *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire. Le *trustee* détient un titre sur les biens faisant l'objet du *trust*, le *legal title*. Il en est le véritable propriétaire aux yeux de la *common law*. Seulement, aux yeux de l'*equity*, le *trustee* détient ces biens pour le compte du bénéficiaire à qui elle reconnaît l'*equitable title*.

Selon le mécanisme du *trust* exprès, le *deed of settlement* prévoyait le transfert de la propriété des biens de l'*unincorporated joint stock company* à un ou plusieurs *trustees*. La personnalité juridique de la société n'étant pas reconnue en droit anglais, l'*unincorporated joint stock company* ne pouvait détenir un titre de propriété. Les *trustees* détenaient le titre de propriété des biens de l'*unincorporated joint stock company*, le *legal title*, pour le compte des associés qui, quant à eux, détenaient l'*equitable title*.

Le *deed of settlement* prévoyait également la délégation de certains pouvoirs des associés à un conseil d'administration pour assurer la gestion des biens de l'*unincorporated joint stock company*. Enfin, le *deed of settlement* pouvait prévoir le cumul des fonctions de *trustee* et de membre du conseil d'administration, et les membres de ce conseil étaient alors qualifiés de mandataires (*agents*) des associés.

Peu après l'abolition du *Bubble Act* en 1825⁵², l'État permit l'incorporation de la *joint stock company* par l'enregistrement du *deed of settlement*⁵³ sans exi-

⁴⁹*An Act for Better Securing Certain Powers and Privileges Intended to Be Granted by His Majesty by Two Charters for the Assurance of Ships and Merchandizes at Sea, and for Lending Money upon Bottomry; and for Restraining Several Extravagant and Unwarrantable Practices Therein Mentioned* (R.-U.), 6 Geo. 1, c. 18 [ci-après *Bubble Act*].

⁵⁰Gower, *supra* note 46 à la p. 30.

⁵¹Le *deed of settlement* prévoit une restriction au transfert des actions puisque le *Bubble Act* interdit le libre transfert de ces dernières. Voir Gower, *ibid.* à la p. 26.

⁵²*An Act to Repeal So Much of an Act Passed in the Sixth Year of His Late Majesty King George the First, as Relates to the Restraining Several Extravagant and Unwarrantable Practices in the Said Act Mentioned; and for Conferring Additional Powers upon His Majesty, with Respect to the Granting of Charters of Incorporation to Trading and Other Companies* (R.-U.), 6 Geo. 4, c. 91. Voir également Gower, *ibid.* à la p. 34.

⁵³*An Act for the Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock Companies* (R.-U.),

ger l'émission d'une charte royale ou l'adoption d'une loi spéciale. En 1855, le droit anglais reconnaissait la responsabilité limitée des membres de la *joint stock company*⁵⁴. En 1856, l'enregistrement d'un *memorandum of association* et des *articles* fut substitué au *deed of settlement*⁵⁵.

Puis, en 1896, le droit anglais commença à s'éloigner de la conception contractuelle de la *joint stock company* en reconnaissant sa personnalité autonome et distincte de celle de ses membres⁵⁶. Les membres du conseil d'administration ont alors été qualifiés de mandataires (*agents*) de la *joint stock company*⁵⁷.

En droit anglais, la doctrine de l'*ultra vires* contrôle la capacité de toute *corporation*. Dans le cas de la *corporation* constituée par l'émission d'une charte royale ou de lettres patentes, sa capacité tend à être aussi large que celle d'une personne physique. Au contraire, dans le cas de la *joint stock company*, incorporée suivant l'enregistrement de ses documents constitutifs, sa capacité fut limitée à l'étendue des pouvoirs qui y étaient prévus. Les actes excédant ces pouvoirs étaient donc sans effet⁵⁸. De plus, les documents constitutifs de la *joint stock company* prévoyaient la délégation de certains pouvoirs des actionnaires au conseil d'administration. Leur exercice était contrôlé par la doctrine de l'*ultra vires* à laquelle se greffaient les règles du *constructive notice* et de l'*indoor management* qui constituaient des exceptions aux principes généraux d'*agency*⁵⁹.

En ce qui concerne le rapport interne entre toute *corporation* et les membres de son conseil d'administration, il s'explique par la notion de devoir (*directors' duties*)⁶⁰. Ce rapport comporte un double aspect, vu la dualité qui caractérise le droit anglais. En effet, chaque membre du conseil d'administration a un devoir général de loyauté envers la *corporation* (*fiduciary duty*) qui relève de l'*equity*; on emploie également l'expression «obligation fiduciaire» pour désigner ce devoir (i). Par ailleurs, il a un devoir de gestion des biens de la *corporation* qui relève de la *common law* (ii). L'analyse de ces devoirs doit prendre en compte leurs sources distinctes.

7 & 8 Vict., c. 110.

⁵⁴*An Act for Limiting the Liability of Members of Certain Joint Stock Companies* (R.-U.), 18 & 19 Vict., c. 133.

⁵⁵*The Joint Stock Companies Act, 1856* (R.-U.), 19 & 20 Vict., c. 47.

⁵⁶*Salomon c. Salomon & Co.* (1896), [1897] A.C. 22 (H.L.).

⁵⁷*Gramophone & Typewriter Ltd. c. Stanley*, [1908] 2 K.B. 89. Suivant quelques réformes législatives, l'expression «*joint stock company*» devient «*company*». Voir M. Lizée, «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droits anglais et comparé» (1989) 34 R.D. McGill 653 à la p. 657.

⁵⁸*Ashbury Railway Carriage and Iron Co. c. Riche* (1875), [1874-75] 7 A.C. 653 (H.L.).

⁵⁹Gower, *supra* note 46 à la p. 165 et s.

⁶⁰Comme le remarque J. Calais-Auloy :

La différence est surtout doctrinale : les auteurs de culture anglo-américaine mettent l'accent sur les devoirs des administrateurs, ceux de culture française traitent principalement de la responsabilité des administrateurs. Dans la pratique, les deux attitudes se rejoignent, tout devoir étant sanctionné par une responsabilité, et toute responsabilité supposant la violation d'un devoir préexistant («Devoirs et responsabilité des administrateurs de compagnie dans la province de Québec» (1971) 23 R.I.D.C. 591 à la p. 592).

Voir également Gower, *ibid.* à la p. 550 et s.

i. L'obligation fiduciaire

Jusqu'à l'abolition du *Bubble Act*, l'*equity* assimilait chaque membre du conseil d'administration à un *trustee* quant à la gestion des biens de l'*unincorporated joint stock company*, même s'il ne cumulait pas les deux fonctions⁶¹. Certes, nous savons par l'étude du *trust* que l'*equity* qualifie traditionnellement le rapport entre le *trustee* et le bénéficiaire du *trust* de relation fiduciaire puisqu'il est fondé sur la confiance placée en la personne du *trustee*. Tout en détenant le *legal title* sur les biens faisant l'objet du *trust*, le *trustee* est chargé d'agir pour le compte du bénéficiaire. Ainsi, lors de l'évolution du droit relatif à l'*unincorporated joint stock company*, avant l'abolition du *Bubble Act*, chaque membre du conseil d'administration, comme le *trustee*, était tenu par l'*equity* à une conduite guidée uniquement par l'intérêt du bénéficiaire. Ni le membre du conseil d'administration ni le *trustee* ne pouvait profiter personnellement de sa fonction⁶², car cette conduite constituait l'objet de la relation fiduciaire.

À la suite de l'abolition du *Bubble Act*, alors qu'on permit l'incorporation de la *joint stock company*, les tribunaux ne qualifièrent plus les membres du conseil d'administration de *trustees*, puisque la *joint stock company* détenait elle-même le *legal title* de ses biens. Les membres du conseil d'administration seront désormais simplement qualifiés de fiduciaires (*fiduciaries*)⁶³.

Les membres du conseil d'administration devaient aussi exercer en conseil les pouvoirs qui leur étaient délégués en vertu des documents constitutifs afin de lier la *joint stock company*. Néanmoins, chaque membre du conseil d'administration était soumis individuellement à l'obligation fiduciaire, tel un *trustee* devant agir conjointement avec d'autres *trustees*⁶⁴. En droit anglais, la conception moderne du rapport interne entre la *corporation* et les membres du conseil d'administration repose sur le respect de l'obligation fiduciaire. Cette obligation est traditionnellement décomposée en quatre devoirs fiduciaires : agir dans l'intérêt de la *corporation*, exercer les pouvoirs (*powers*) qui lui sont dévolus dans les limites de leurs fins, ne pas aliéner son indépendance en exerçant ses pouvoirs et ne pas se placer en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations⁶⁵. L'*equity* sanctionne le non-respect de ces devoirs par le membre fautif sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve que la *corporation* ou ses actionnaires aient souffert un préjudice.

⁶¹Voir Gower :

It is often stated that directors are trustees and that the nature of their duties can be explained on this basis. It is easy to see how this idea arose. Prior to 1844 most joint stock companies were unincorporated and depended for their validity on a deed of settlement vesting the property of the company in trustees. Often the directors were themselves the trustees and even when a distinction was drawn between the passive trustees and the managing board of directors the latter would quite clearly be regarded as trustees in the eyes of a court of equity in so far as they dealt with the trust property (*ibid.* à la p. 550).

⁶²L'arrêt de principe est *Keech c. Sanford* (1729), 2 Eq. Cas. Abr. 741 (H.L.).

⁶³Voir T. Frankel, «Fiduciary Law» (1983) 71 Calif. L. Rev. 795. Voir aussi Gower, *supra* note 46 à la p. 550.

⁶⁴Gower, *ibid.* à la p. 551 et s.

⁶⁵*Ibid.* à la p. 553 et s.

En 1974, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*⁶⁶, réitère que l'obligation fiduciaire commande la bonne foi, la loyauté et l'absence de conflit d'intérêts et d'obligations. De plus, la Cour étend l'application de cette obligation aux dirigeants tels que définis dans la L.C.C.C. et aux «fonctionnaires supérieurs», c'est-à-dire aux employés en position d'autorité qui peuvent agir au nom de la *corporation*⁶⁷.

Aujourd'hui, la relation fiduciaire est reconnue comme une notion générale qui s'applique par analogie au *trust* quant à l'objet de la relation lorsqu'une personne est dans l'obligation d'agir pour le compte d'une autre personne. Elle constitue le fondement du régime d'administration du bien d'autrui du droit anglais⁶⁸.

ii. Le devoir de gestion

Chaque membre du conseil d'administration est traditionnellement soumis à un devoir de gestion des biens de la *corporation*, c'est-à-dire un devoir d'agir avec soin et habileté (*duty of care and skill*)⁶⁹. Ce devoir ne découle pas de l'*equity*, mais plutôt de la *common law*. Ainsi, l'analogie avec le *trust* n'est plus pertinente. Le devoir de gestion peut être présent lors d'une relation fiduciaire, mais il ne semble pas découler de celle-ci étant donné la dualité systémique du droit anglais⁷⁰. Le civiliste ne doit pas oublier cette distinction lorsqu'il emprunte à la tradition anglaise puisque le devoir de gestion et l'obligation fiduciaire n'ont pas la même source et n'offrent pas les mêmes recours. Traditionnellement, la norme de conduite du membre du conseil d'administration est peu

⁶⁶[1974] R.C.S. 592, 40 D.L.R. (3^e) 371 [ci-après *Canaero* avec renvois aux R.C.S.] (jugement unanime de la Cour suprême du Canada rendu sous la plume de M. le juge Laskin). Voir également le jugement récent de M. le juge La Forest dans *LAC Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.* :

La nature particulière de cette obligation [fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés, bien que, sommairement, on puisse dire qu'il s'agit de l'obligation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoir ou d'intérêts et de celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ([1989] 2 R.C.S. 574 aux pp. 646-47).

Voir P.D. Maddaugh, «Definition of Fiduciary Duty» dans Law Society of Upper Canada, *Fiduciary Duties*, Toronto, De Boo, 1991, 15.

⁶⁷*Canaero*, *ibid.* à la p. 606 et s.

⁶⁸Voir Frankel, *supra* note 63 ; L.S. Sealy, «Fiduciary Relationships» [1962] Camb. L.J. 69 ; E.J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975) 25 U.T.L.J. 1 ; J.C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, Toronto, Carswell, 1981 aux c. 5-6 ; J.R.M. Gautreau, «Demystifying the Fiduciary Mystique» (1989) 68 R. du B. can. 1 ; le jugement de M. le juge Dickson dans *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 aux pp. 383-84, 13 D.L.R. (4^e) 321 et celui de Mme le juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99 à la p. 136, 42 D.L.R. (4^e) 81.

⁶⁹Gower, *supra* note 46 à la p. 585 et s.

⁷⁰Voir Shepherd :

The duty of care is basically a management duty. It requires that the person under this duty, in performing certain actions, meets a specified minimum of skill, judgment, competence, etc. The duty of care arises not only in fiduciary situations, but also in contractual and tortious situations. In addition, we suggest that not all fiduciary relationships (consider the parent receiving a gift from his child) have related duties of care. Our hypothesis [...] is that the duty of care has absolutely no necessary connection with fiduciary relationships (*supra* note 68 aux pp. 48-49).

contraignante. Il doit faire preuve d'un degré de soin et d'habileté auquel on pourrait raisonnablement s'attendre de lui compte tenu de ses connaissances et de son expérience⁷¹, sous peine de recours en dommages en vertu de la *common law*.

Lors de la réforme de la législation fédérale en 1975, la L.C.C.C. a reconnu les deux types de devoirs des dirigeants⁷². Le législateur consacra partiellement les règles de droit concernant l'obligation fiduciaire et le devoir de gestion, laissant les tribunaux puiser dans le droit supplétif anglais afin de déterminer les règles applicables⁷³.

Bref, le droit anglais a subi de nombreuses modifications⁷⁴. Cependant, il demeure fondé sur l'évolution de l'*unincorporated joint stock company* et sur le principe d'une délégation de pouvoirs des actionnaires au conseil d'administration en vertu des documents constitutifs. En droit anglais, les pouvoirs du conseil d'administration relèvent de l'organisation interne de la *corporation*. Toutefois, ni la législation fédérale ni la législation provinciale ne suivent cette tendance. En effet, au Canada, la personnalité juridique est attribuée par l'État et les pouvoirs du conseil d'administration, par la loi⁷⁵. Néanmoins, on continue, au Québec, à concevoir la société par actions à partir du modèle législatif anglais⁷⁶.

b. L'application du modèle conceptuel du droit anglais en droit québécois

Au Québec, les personnes, les droits civils et la propriété sont régis par un système juridique unique, le droit civil, dont l'équité fait partie intégrante⁷⁷. Le droit civil n'admet pas le dédoublement du droit de propriété⁷⁸. Ainsi, un cadre conceptuel fondé sur une dualité systémique étrangère au droit civil ne peut manquer d'être difficile à manier pour le juriste civiliste.

⁷¹*Re Equitable Fire Insurance Co.* (1924), [1925] 1 Ch. 407. Voir le jugement de M. le juge Rohmer à la p. 424 et s.

⁷²Art. 117(1) L.C.C.C., maintenant l'art. 122 L.S.A.

⁷³*Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, supra note 40 au n° 19. Quant à l'obligation fiduciaire, cette loi rompt avec le droit antérieur. Elle abolit le contrôle de la finalité de l'exercice des pouvoirs. L'appréciation des meilleurs intérêts de la société par actions est laissée à la discrétion de celui qui agit pour elle. Le tribunal veille à apprécier le respect des meilleurs intérêts, tels que définis par la personne qui agit pour la société par actions (voir *ibid.* au n° 239 et s.). Par ailleurs, le devoir de gestion est haussé à un standard minimum, soit celui de l'administrateur raisonnablement prudent (voir *ibid.* au n° 242). *Contra* B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991 à la p. 332 et s., qui affirme que seule l'intensité du devoir de diligence est augmentée.

⁷⁴Voir Ripert, supra note 21 au n° 1016.

⁷⁵Welling, supra note 73 à la p. 318.

⁷⁶Voir par ex. Martel et Martel : «Les administrateurs [...] occupent donc leur poste en vertu d'une délégation de pouvoir (ce sont les pouvoirs de la compagnie qui sont délégués par la loi) [...]» (supra note 6 à la p. 593).

⁷⁷Voir David, supra note 4 au n° 113 et s. Voir également R.A. Newman, *Equity and Law: A Comparative Study*, New York, Oceana, 1961 ; B. Jeanneau, «The Reception of Equity in French Private and Public Law» dans R.A. Newman, dir., *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1973, 223.

⁷⁸*Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 40 N.R. 361.

La doctrine québécoise situe la société par actions dans la théorie civiliste de la personnalité morale. Cependant, on ne semble pas tirer de cette qualification les éléments théoriques utiles à l'étude de la société par actions. On réfère aux lois constitutives des sociétés par actions et on cultive le réflexe de puiser concurremment dans le cadre conceptuel anglais⁷⁹.

La capacité de la société par actions dépend, comme en droit anglais, de son mode d'incorporation. La capacité de la société par actions constituée par l'émission de lettres patentes tend à être aussi vaste que celle de la personne physique⁸⁰. Cependant, en ce qui concerne la société par actions créée suivant le dépôt de documents constitutifs, sa capacité doit être limitée aux pouvoirs qui y sont spécifiés, telle la *joint stock company* du droit anglais. La doctrine anglaise de l'*ultra vires* a été reçue en droit québécois pour contrôler l'exercice des pouvoirs de la société par actions⁸¹.

D'ailleurs, lors de l'adoption de la Partie IA de la L.C.Q., qui prévoit un régime d'incorporation par le dépôt des statuts constitutifs, le législateur québécois a dû conférer de façon ponctuelle une personnalité juridique quasi illimitée à la société par actions pour tenter d'éviter l'application de la doctrine de l'*ultra vires*⁸². À l'application de cette doctrine, le droit québécois ajoute la doctrine de la légalité des pouvoirs qui suppose la capacité de la société par actions et qui contrôle l'exercice par ses dirigeants de ses pouvoirs⁸³. Finalement, on y retrouve l'application des règles de la *constructive notice* et de l'*indoor management* qui sont importées en droit québécois sous le couvert du mandat⁸⁴.

De même, l'emprunt au droit anglais de la relation fiduciaire quant à l'analyse du rapport entre la société par actions et ses dirigeants constitue une illustration frappante de l'impasse dans laquelle se trouve le droit québécois. Vu cet emprunt, le rapport entre la société par actions et ses dirigeants ne semble pas avoir pu être expliqué de façon satisfaisante par la doctrine québécoise⁸⁵.

⁷⁹A. Bohémier et P.-P. Côté, *Droit commercial général*, t. 2, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1985 aux pp. 5 et s., 37 et s.; Martel et Martel, *supra* note 6 aux pp. 3 et s., 177 et s.; A. Perrault, *Traité de droit commercial*, vol. 2, Montréal, Albert Lévesque, 1936 aux n^o 1036 et s., 1228 et s.; J. Smith, *Cours de droit commercial général*, vol. 2, Montréal, Centre d'édition juridique, 1979 à la p. 416 et s.; Y.E. Lauzon et J.L. Perron, *Droit des compagnies et des sociétés*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1978 à la p. 15 et s.

⁸⁰*Bonanza Creek Gold Mining Co. c. R.*, [1916] 1 A.C. 566 (P.C.).

⁸¹Voir Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec»: «Il semble que cette doctrine [*ultra vires*] ait été reçue dans le droit de la province de Québec parce que les tribunaux sentaient le besoin d'assimiler le droit des compagnies de Québec à celui des juridictions de Common Law» (*supra* note 9 à la p. 109).

⁸²Art. 123.29 L.C.Q. Voir aussi J. Smith, *La Partie IA de la Loi sur les compagnies: Les commentaires*, vol. 3, 2^e éd., Montréal, Centre d'édition juridique, 1981 à la p. 63 et s.

⁸³Renaud et Smith, *supra* note 36 au c. 12, p. 237, n^o 1 et s.

⁸⁴Voir Gaudreau:

C'est cette dualité de droit au Québec qui explique que l'on puisse d'une part référer à des théories originant de la common law telles la «constructive notice» et l'«indoor management» et d'autre part aux règles de droit civil comme le mandat. Une conséquence de cette dualité est la confusion qui peut parfois survenir lorsque les théories de common law côtoient les règles de droit civil (*supra* note 30 à la p. 509).

⁸⁵Voir L.-H. Richard: «[L]es relations entre l'administrateur et la compagnie sont inclassables, elles n'adhèrent parfaitement à aucune des institutions juridiques existantes en droit civil»

Initialement, la législation québécoise permettant la constitution de sociétés par actions s'est peu intéressée au statut juridique des membres du conseil d'administration. La doctrine, quant à elle, a toujours été divisée sur ce sujet. Alors que plusieurs soutiennent l'application de l'obligation fiduciaire du droit anglais aux membres du conseil d'administration⁸⁶, d'autres prônent l'application des règles du mandat à titre supplétif⁸⁷.

En 1980, lors de l'adoption de la Partie IA de la L.C.Q., le législateur québécois a cru mettre fin à ce débat en favorisant l'application de la théorie du mandat⁸⁸. Il énonça, à l'article 123.83, que «[l]es administrateurs, officiers et autres représentants de la compagnie sont considérés comme des mandataires de la compagnie». L'expression est malheureuse. Si le législateur avait voulu conférer à ces derniers le statut de mandataire, pourquoi ne pas l'avoir fait expressément au lieu d'utiliser la conjonction «comme». L'article laisse ainsi place à l'interprétation. Malgré la référence au mandat, le raisonnement des tribunaux québécois s'est élaboré comme si le droit supplétif n'était toujours pas le droit civil. Les tribunaux ont endossé l'application de l'obligation fiduciaire du droit anglais telle que formulée dans l'affaire *Canaero*. On ne compte plus les jugements qui y font référence⁸⁹.

(«L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle» (1990) 50 R. du B. 925 à la p. 936).

⁸⁶Voir Calais-Auloy, *supra* note 60 ; Fortin, *supra* note 43 à la p. 147 ; J. Chouinard, Chronique de jurisprudence : *Ringuet c. Bergeron* (1962) 39 R. du B. can. 469 ; R. Charlton, «The Unwritten Obligations of a 'Key' Employee to a Former Employer – A Developing Body of Law in Canada» dans *Relations avec les employés possédant des informations confidentielles*, Toronto, Canadian Institute, 1987, B1 aux pp. B88-B89.

⁸⁷Perrault, *supra* note 79 à la p. 493 ; Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec», *supra* note 9 à la p. 114 et s. ; Smith, «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23 à la p. 531 et, du même auteur, *Corporate Executives in Québec*, Montréal, Centre d'édition juridique, 1978 à la p. 118 et s. ; Lauzon et Perron, vol. 2, *supra* note 79 à la p. 773.

⁸⁸Richard, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 à la p. 935 et, du même auteur, «Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : Réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire» (1988) 48 R. du B. 785 à la p. 793 ; Smith, *supra* note 82 aux pp. 284-87.

⁸⁹Voir notamment *Brimarriere Inc. c. Laplante* (24 novembre 1983), Saint-Hyacinthe 750-05-000323-81, J.E. 84-78 (C.S.) ; *Piché, Charron & Associés c. Perron* (11 juillet 1984), Montréal 500-05-005486-848, J.E. 84-756 (C.S.) ; *Morest c. Marier* (19 mars 1985), Québec 200-05-000724-810, J.E. 85-363 (C.S.), inf. par (*sub nom. Marier c. Lavoie*) (23 juillet 1987), Québec 200-09-000287-851, 200-09-000298-858, 200-09-000289-857, 200-09-000299-856, J.E. 88-289 (C.A.) ; *Resfab manufacturier de ressort Inc. c. Bruno Archambault et Baultier Inc.*, [1986] R.D.J. 32, 10 C.P.R. (3^e) 102 (C.A.) ; *National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Limited*, [1986] R.D.J. 164 (C.A.) [ci-après *N.F.B.C.*] ; *Picard c. Johnson & Higgins Willis Faber Ltée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.) ; *Marque d'or Inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706, 21 C.P.R. (3^e) 490 (C.S.) ; *Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.) [ci-après *Positron Inc.*] ; *157079 Canada Inc. c. Ste-Croix*, [1988] R.J.Q. 2842, 28 C.C.E.L. 192 (C.S.).

Voir également, quant à l'analyse de ce courant jurisprudentiel, Richard, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 ; F. Guay, «Les obligations contractuelles des employés vis-à-vis leur ex-employeur : La notion d'obligation fiduciaire existe-t-elle en droit québécois ?» (1989) 49 R. du B. 739 ; P. Martel, «Les cadres d'entreprises peuvent-ils être infidèles ? La montée des devoirs 'fiduciaires' dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1989, 49 ; M. Bourgeois, «La protection juridique de l'informa-

L'emprunt au droit anglais a entraîné une qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le domaine du contrat individuel de travail. Partant de l'application de l'obligation de loyauté imposée à tous les employés indépendamment de leurs fonctions en vertu du contrat de travail⁹⁰, les tribunaux reconnaissent qu'étant donné leur position hiérarchique dans la société par actions, certains employés ainsi que les dirigeants doivent respecter une obligation de loyauté plus exigeante en application des critères dégagés dans l'affaire *Canaero*⁹¹.

Notons toutefois qu'on a recours à la qualification d'«employé», bien qu'aucun contrat de travail ne lie les dirigeants à la société par actions puisqu'ils assument une fonction élective⁹². La source de l'obligation implicite de loyauté ne peut donc pas se trouver dans ce contrat.

Puis, suite à un effort pour empêcher l'application de l'affaire *Canaero*⁹³, effort qui s'est avéré être un échec, les tribunaux québécois se sont résignés à situer l'obligation fiduciaire dans un contexte civiliste. Or, il semble conceptuellement impossible de concevoir cette obligation en vertu du droit civil. Ainsi, au lieu de chercher l'équivalent de l'obligation fiduciaire en droit civil, les tribunaux n'ont fait que s'interroger sur la possibilité d'appliquer les principes de l'affaire *Canaero* au Québec⁹⁴.

Les tribunaux ont appliqué sans discernement les principes d'*equity* qu'ils intègrent aux obligations du dirigeant envers la société par actions en vertu des règles du mandat. Ils font l'analogie avec les obligations du mandataire envers le mandant : «La règle formulée dans *O'Malley [Canaero]* a sa place dans notre droit civil, parce qu'elle incorpore au droit des sociétés une règle morale nécessaire pour la protection de l'actif des sociétés contre la cupidité des administrateurs et des officiers»⁹⁵. Les critères d'appréciation de la relation fiduciaire, tels que discutés dans l'affaire *Canaero*, ont été importés pour mesurer la conduite

tion confidentielle économique : Étude de droits québécois et français» [1988] R.I.D.C. 113 ; Charlton, *supra* note 86 ; É. Groffier, «L'importance croissante du mandat en droit québécois : Les développements récents» (1985) 15 R.D.U.S. 445 ; B. Landy, «Investments by Professional Partners with Firm Clients : A Legal Analysis of a Moral and Ethical Problem» (1989) 49 R. du B. 433 à la p. 444 et, du même auteur, «L'achalandage en droit québécois et les obligations implicites le protégeant» dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1991, 155.

⁹⁰Art. 1665a, 1024 C.c.B.-C. Voir A.E. Aust et L. Charette, *Le contrat d'emploi*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 à la p. 121 et s.

⁹¹Voir aussi le jugement unanime de la Cour d'appel du Québec, sous la plume de M. le juge Chevalier, dans l'affaire *N.F.B.C.*, *supra* note 89 à la p. 170 et s.

⁹²*Supra* note 3.

⁹³Voir *Compagnie des attractions de Montréal c. Van Godbouï*, [1977] C.S. 365 ; *Depanago Inc. c. Houde* (23 janvier 1986), Québec 200-05-002367-857, J.E. 86-317 (C.S.) ; *Agfor Inc. c. Laliberté*, [1986] R.J.Q. 581 (C.S.).

⁹⁴*Re Entreprises Rock Ltée*, [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.) ; *Montour Ltée c. Jolicoeur*, [1988] R.J.Q. 1323, 19 C.I.P.R. 25 (C.S.) ; *Scandia Shipping Agencies Ltd. c. Ashraf* (18 avril 1988), Montréal 500-05-003769-880, J.E. 88-867, D.T.E. 88T-590 (C.S.) ; *Positron Inc.*, *supra* note 89. L.-H. Richard partage cette opinion («L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 aux pp. 940-41).

⁹⁵*Re Entreprises Rock Ltée*, *ibid.* à la p. 2673.

du bon père de famille en vertu de l'article 1710 du *Code civil du Bas-Canada* au chapitre du mandat : «Un bon père de famille règle sa conduite suivant la règle formulée dans *O'Malley [Canaero]*»⁹⁶.

Nous remarquons qu'en droit québécois, on n'a pas recherché les principes devant gouverner la société par actions et son rapport avec ses dirigeants dans la théorie générale du droit civil. Au contraire, sous le couvert d'institutions civilistes, tel le mandat, on a emprunté des principes du droit anglais — que ce soit l'*ultra vires*, la *constructive notice*, l'*indoor management* ou le *fiduciary relationship* — qu'on a tenté d'intégrer tant bien que mal dans les notions du droit civil. D'ailleurs, cette pratique avait déjà été notée par Robert Demers à l'égard d'autres sujets, notamment les actes préconstitutifs, l'utilisation du recours extraordinaire, la responsabilité en cas de divulgation d'informations fausses ou trompeuses dans un prospectus et la liquidation judiciaire de la société par actions pour motifs justes et équitables⁹⁷.

Une des raisons de la difficulté de qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants provient de l'application des règles du mandat comme régime supplétif. D'ores et déjà, certains auteurs québécois conviennent que le mandat ne saurait suffire⁹⁸. En effet, le mandant exprime sa volonté par le biais du mandataire. Mais, à l'inverse du mandataire, le dirigeant exprime et traduit la volonté de la société par actions de façon contraignante pour celle-ci. La restriction de la liberté d'action d'un mandataire ne peut être conciliée avec la complexité des transactions commerciales menées par les dirigeants de la société par actions⁹⁹. De plus, la notion de mandat ne couvre pas la situation juridique du dirigeant qui gère les affaires de la société par actions sans représentation.

On doit donc redéfinir la société par actions et son rapport avec ses dirigeants selon des principes permettant de satisfaire les particularités de son fonctionnement. Un regard neuf sur les sources du droit de la société par actions permet de prétendre que ce fonctionnement relève du droit privé et se trouve dans le champ du droit civil. Les difficultés que pose l'organisation du droit québécois dans le cadre conceptuel du droit anglais nous convainquent de la nécessité de redéfinir le droit de la société par actions dans une conception civiliste. Cette démarche suit d'ailleurs une nouvelle tendance jurisprudentielle voulant que les tribunaux puisent dans les notions du droit civil plutôt que de s'inspirer systématiquement du droit anglais¹⁰⁰. De même, la doctrine québécoise récente semble vouloir replacer le droit de la société par actions dans le cadre du droit civil. C'est ainsi, notamment, que le professeur Louise-Hélène Richard déplore

⁹⁶*Ibid.*

⁹⁷R. Crête et S. Normand, «L'œuvre de Robert Demers» (1990) 31 C. de D. 989 à la p. 992.

⁹⁸Voir Richard, «Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : Réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire», *supra* note 88 aux pp. 792-93 ; M. Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui» (1988) 3 C.P. du N. 293 au n° 7 ; Groffier, *supra* note 89 à la p. 486.

⁹⁹Voir l'art. 1703 C.c.B.-C.

¹⁰⁰Voir *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.) [ci-après *Nadeau*] ; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 62 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Leong* avec renvois aux R.C.S.] ; *Caisse populaire de Charlesbourg c. Michaud*, [1990] R.R.A. 531, 30 Q.A.C. 23.

l'application au Québec de l'obligation fiduciaire du droit anglais et recherche le fondement de l'obligation de loyauté des membres du conseil d'administration en droit civil¹⁰¹.

Afin d'en assurer la cohérence et l'efficacité, il y a lieu de situer le droit de la société par actions dans le cadre d'un seul droit supplétif. Comme le droit civil est un système complet, autosuffisant, il convient d'y rechercher les principes directeurs, notamment pour élaborer le rapport entre la société par actions et ses dirigeants. L'adoption récente du *Code civil du Québec* nous invite à entreprendre cette démarche, car il semble redéfinir le cadre conceptuel de l'étude du droit de la société par actions.

B. La redéfinition du cadre conceptuel dans le Code civil du Québec

Le *Code civil du Québec* nous permet d'expliquer de façon nouvelle le rapport juridique entre la société par actions et ses dirigeants. Il a recours à des notions et à une terminologie civilistes. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* établit expressément que le droit supplétif pour toute matière de droit privé est le droit civil (1).

Par ailleurs, le *Code civil du Québec* contient des dispositions générales sur la personne morale qui s'appliquent à la société par actions ; l'actuel titre, «Des corporations», est ainsi remplacé par le nouveau titre, «Des personnes morales». Il introduit un nouveau titre, «De l'administration du bien d'autrui», qui nous éclaire sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants. C'est en opposant le droit à la notion de pouvoir que la redéfinition du cadre conceptuel peut être élaborée (2).

1. Le caractère supplétif du droit civil

Fidèle à la méthode civiliste de codification, le *Code civil du Québec* contient des dispositions qui forment un ensemble complet et qui ont une portée générale. Son interprétation se veut large par opposition à l'interprétation restrictive appliquée aux lois particulières. De plus, il établit un lien substantiel avec toutes les lois particulières relatives au droit privé¹⁰². Sa disposition préliminaire énonce qu'il constitue le droit commun. Il y est donc expressément énoncé que le droit civil fournit le droit supplétif en matière de droit privé.

Ainsi, le *Code civil du Québec* est appelé à compléter la L.C.Q. et toute autre loi québécoise constitutive de société par actions. En conséquence, à titre

¹⁰¹Le professeur Richard affirme à ce sujet :

Partant du principe qu'il est impensable que le droit québécois tolère que des actes déloyaux de telle nature soient commis par des administrateurs de compagnies, il nous semble pressant que soit cerné le fondement de leur obligation de loyauté afin d'éviter que le droit anglo-canadien, largement développé sur le sujet, ne soit insidieusement importé sans que l'on se soit soucié d'attribuer à cette obligation une base juridique qui soit propre à notre système de droit («L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 à la p. 928).

¹⁰²Par contre, pour que le *Code civil du Québec* s'applique à l'État, il faut qu'une disposition législative le prévoie, tel l'art. 1376 C.c.Q.

d'illustration, la relation fiduciaire du droit anglais ne peut plus qualifier de manière supplétive le rôle du dirigeant en faveur de la société par actions constituée en vertu de la L.C.Q. Il faudra maintenant chercher la qualification du dirigeant à même le *Code civil du Québec*.

Il y a aussi lieu de considérer l'application de la L.S.A. à la société par actions constituée en vertu de cette loi, dont le siège social se trouve au Québec et qui exerce ses activités dans cette juridiction. Doit-elle être complétée par les règles supplétives du *Code civil du Québec* ? Cette question illustre le présent conflit entre l'application d'une loi fédérale de droit privé et le droit provincial d'application générale¹⁰³. Elle met en doute l'application au Québec d'un droit commun relevant de la tradition anglaise en matière de sociétés par actions.

À la suite de l'entrée en vigueur de la L.C.C.C., Yves Caron a émis l'opinion que le droit provincial supplée au droit fédéral lorsque celui-ci empiète, de façon accessoire, sur le droit privé et que toute loi fédérale valide en vertu du droit constitutionnel doit être interprétée selon le droit provincial¹⁰⁴. Ces deux propositions ont été confirmées à maintes reprises par les tribunaux dans des domaines autres que celui de la société par actions¹⁰⁵.

Or, dans le cas de la L.S.A., doit-on suivre l'opinion traditionnelle voulant que son interprétation relève nécessairement du droit anglais, puisque la législation se veut une codification partielle du droit commun de tradition anglaise ? Suivant la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* qui n'envisage pas l'application d'un droit commun autre que le droit civil en matière de droit privé, il est possible de prétendre que toutes les lois de droit privé, tant fédérales

¹⁰³Dans une optique générale, voir J.-M. Brisson, «L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : Une problématique» (1992) 52 R. du B. 345.

¹⁰⁴«L'interprétation de la Loi sur les corporations commerciales canadiennes en fonction du droit provincial : Aspects constitutionnels et interaction du droit civil et du Common Law» dans *Meredith Memorial Lectures : Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, Toronto, De Boo, 1975, 54 à la p. 65. Voir aussi J. Smith, «La législation régissant les nouvelles sociétés commerciales canadiennes» [1980] C.P. du N. 337 au n° 29 et s. Dès 1937, Perrault avait émis une opinion en ce sens quant au rapport entre la société par actions et ses dirigeants (*supra* note 79 au n° 1050).

¹⁰⁵Voir notamment *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée* (1976), [1977] 2 R.C.S. 1054, 71 D.L.R. (3^e) 111 où il fut décidé qu'il n'existe pas de droit commun fédéral en matière contractuelle. Cependant, sous le couvert de l'uniformisation à travers le Canada du droit fédéral en matière de navigation et de marine marchande (*Loi constitutionnelle, supra* note 37, art. 91(10)), et devant l'absence de législation fédérale applicable à certaines situations juridiques, la Cour suprême du Canada a créé un droit commun fédéral issu du droit anglais au détriment du droit supplétif des provinces et plus particulièrement du droit civil. Voir *Sivaco Wire & Nail Co. c. Atlantic Lines & Navigation Company*, [1979] 2 R.C.S. 157, 99 D.L.R. (3^e) 235 ; *ITO - International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 28 D.L.R. (4^e) 641 ; *Q.N.S. Paper Company c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, 62 D.L.R. (4^e) 36 ; *Monk Corporation c. Island Fertilizers Limited*, [1991] 1 R.C.S. 779, 80 D.L.R. (4^e) 58.

Il y a lieu de se demander si cette tendance pourra s'étendre à d'autres champs de compétence fédérale suite à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Voir notamment A. Braën, «L'arrêt *ITO - International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec» (1987) 32 R.D. McGill 386 ; G. Lefebvre, «Droit maritime - Compétence de la Cour fédérale - Contenu de l'expression 'Droit maritime canadien' : *The Monk Corporation v. Island Fertilizers Limited*» (1992) 71 R. du B. can. 166.

que provinciales, relèvent de ce code. L'application et l'interprétation de la L.S.A. relèvent du droit civil, tant en ce qui concerne le rapport externe de la société par actions envers les autres personnes, qu'en ce qui touche son administration, son fonctionnement interne et sa dissolution. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs conclu de la sorte relativement à la dissolution de la société par actions dans une décision rendue dans le cadre du *Code civil du Bas-Canada*¹⁰⁶.

Prétendre appliquer le *Code civil du Québec* comme droit supplétif à la société par actions constituée en vertu de la L.S.A. ne peut se faire sans soulever de nombreuses difficultés qui dépassent le cadre du présent article. Néanmoins, étant donné les commentaires qui précèdent, nous nous devons d'envisager simultanément l'application de la L.S.A. et celle de la L.C.Q.

2. Le nouveau cadre de référence du droit de la société par actions et de son rapport avec ses dirigeants

Le *Code civil du Québec* nous invite à situer le droit de la société par actions, notamment le rapport de cette dernière avec ses dirigeants, dans le cadre d'un seul droit supplétif. Il présente une hiérarchie interne élaborée dont il faut tenir compte. Étant donné son caractère supplétif, il faut également prévoir son interaction avec les lois d'application particulière telles la L.C.Q. ou la L.S.A.

Il convient d'envisager successivement le titre cinquième, «Des personnes morales», du livre premier, «Des personnes», qui définit les attributs de la personnalité morale (a) et le titre septième, «De l'administration du bien d'autrui», du livre quatrième, «Des biens», qui constitue le droit commun applicable à toute personne qui administre le patrimoine d'autrui (b).

a. La personnalité morale

En droit civil, la personnalité morale correspond à une catégorie de droit susceptible d'application sous diverses formes¹⁰⁷. Elle constitue un mécanisme de regroupement de personnes ayant pour objet la poursuite d'intérêts collectifs dont la reconnaissance ne dépend pas nécessairement de l'intervention de l'État¹⁰⁸. La doctrine civiliste moderne préconise l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques capables de droits et d'obligations¹⁰⁹.

Le *Code civil du Québec* suit la théorie générale du droit civil à cet égard. Il reconnaît la personnalité juridique à la personne physique comme à la per-

¹⁰⁶Nadeau, *supra* note 100. Voir à la p. 2065 l'opinion de M. le juge Chevalier à laquelle souscrivent MM. les juges Jacques et Rothman.

¹⁰⁷G. Goubeaux, «Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens» dans *Aspects actuels du droit commercial français : Études dédiées à René Roblot*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, 199.

¹⁰⁸Ripert, *supra* note 21 au n° 680 et s.

¹⁰⁹J. Carbonnier, *Droit civil : Les personnes*, t. 1, 18^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1992 au n° 207 et s. ; A. Weill et F. Terré, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1983 au n° 173 et s. ; M. de Juglart et B. Ippolito, *Cours de droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen*, vol. 2, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1988 au n° 390 ; Ripert, *ibid.* au n° 683.

sonne morale¹¹⁰. Le législateur semble toutefois conserver le recours à la fiction quant à la reconnaissance de la personne morale¹¹¹. En France, on reconnaît la personnalité morale tant à la société de capitaux, c'est-à-dire la société anonyme, qu'à la société de personnes¹¹². Au Québec, on ressent le besoin de garder le droit dans le cadre conceptuel anglais puisque la société par actions est la seule société à laquelle le *Code civil du Québec* reconnaît expressément la personnalité juridique¹¹³.

Même si le *Code civil du Québec* distingue entre la personne morale de droit public et celle de droit privé, il rend le droit civil applicable tant à l'une qu'à l'autre¹¹⁴. L'intervention de l'État dans la création de la société par actions ne peut donc pas justifier l'application du droit public de source anglaise (i).

Le titre, «Des personnes morales», renvoie à la théorie civiliste de la personnalité morale qui diffère de la conception de la *corporation* du droit anglais (ii).

i. L'application du titre, «Des personnes morales», à la société par actions

La société par actions est d'abord soumise aux lois applicables à son espèce. L'article 300 du *Code civil du Québec* énonce qu'elle est aussi soumise au titre, «Des personnes morales», de façon supplétive. Le chapitre premier du titre cinquième, qui codifie les grands traits de la théorie de la personnalité morale, s'applique à toutes les personnes morales. Le chapitre deuxième, quant à lui, prévoit un régime de fonctionnement et de dissolution ou liquidation des personnes morales créées en vertu du *Code civil du Québec*, de même que celles dont la loi constitutive le prévoit ou lorsque cette loi n'indique aucun autre

¹¹⁰Art. 1, 298 C.c.Q. Voir Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 200 et s. [ci-après *Commentaires du ministre*]; P. Martel, «Les personnes morales» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy (Qué.), Presses de l'Université Laval, 1993, 187 à la p. 189 et s.

¹¹¹Art. 299, al. 1 C.c.Q. Voir aussi Québec, Ministère de la Justice, *Projet de loi 125* (Document de travail) (septembre 1991); J.C. Thivierge, «Le débat sur la personnalité morale de la société est-il clos?» dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993, 105 à la p. 110.

¹¹²Y. Caron, «The Trust in Quebec» (1980) 25 R.D. McGill 421 à la p. 437.

¹¹³Art. 2188, al. 2 C.c.Q. Voir les *Commentaires du ministre* :

L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés ne comptait pas d'avantages réels particuliers, mais risquait, par contre, de créer une disparité de traitement par rapport aux sociétés constituées ailleurs en Amérique du Nord, qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique, sans compter les incidences fiscales possibles d'une telle attribution (t. 2, *supra* note 110 à la p. 1379).

Voir aussi Y. Lauzon, «Du contrat de société et d'association» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *supra* note 110, 955 à la p. 959 et s.

¹¹⁴Art. 298, al. 2, 300 C.c.Q. Voir aussi *Commentaires du ministre*, t. 1, *ibid.* à la p. 203. Le législateur n'a eu d'autre intention que de suivre l'art. 356 C.c.B.-C. Voir Québec, Ministère de la Justice, *Projet de loi 20, Code civil du Québec, Livre I, Titre cinquième* (Document de travail) (mars 1985) à l'art. 322, cité dans R. Demers : «Cet article reprend essentiellement le premier alinéa de l'article 356 C.c.B.-C. qui distingue les personnes morales politiques ou de droit public et les personnes morales civiles ou de droit privé» («Des personnes morales» (1988) 1 C.P. du N. 203 au n° 35).

régime applicable¹¹⁵. L'article 334, deuxième alinéa établit que les personnes morales peuvent déroger par règlement aux règles établies dans le *Code civil du Québec*, à condition que les droits des membres soient préservés lorsque leur fonctionnement le commande. Le chapitre deuxième vient combler les lacunes et proposer des solutions applicables si le régime prévu par règlement s'avère incomplet.

Illustrons par des exemples l'application du nouveau titre, «Des personnes morales» :

La société par actions constituée en vertu de la Partie IA de la L.C.Q. est d'abord régie par cette loi. Le chapitre premier lui est applicable puisqu'elle est reconnue comme une personne morale constituée suivant les formes juridiques prévues par la loi. Or, dans la mesure où la L.C.Q. est silencieuse, par exemple quant à l'obligation de loyauté du dirigeant, il y a lieu de puiser au chapitre premier les solutions applicables. On peut envisager que le chapitre deuxième s'applique dans la mesure où la L.C.Q. n'offre pas de règles satisfaisantes¹¹⁶.

La société par actions constituée en vertu d'une loi particulière, telle la *Loi sur les compagnies de flottage*, est d'abord régie par cette loi. Le chapitre premier lui est applicable puisque cette société par actions est une personne morale constituée suivant les formes juridiques prévues par la loi. Le chapitre deuxième lui est également applicable pour combler les lacunes de la *Loi sur les compagnies de flottage* qui ne prévoit que très peu de règles quant à son fonctionnement¹¹⁷ et dans les cas de dissolution ou de liquidation puisque cette loi ne prévoit aucune règle à cet égard.

ii. Les attributs de la personnalité morale

La section II du chapitre premier, «Des effets de la personnalité juridique», codifie les principaux attributs de la personne morale, attributs qui sont semblables à ceux de la personne physique¹¹⁸. Les effets de la personnalité morale peuvent varier d'un groupement à l'autre. Néanmoins, certains attributs sont communs à toutes les personnes morales¹¹⁹ et peuvent être regroupés en deux catégories : la capacité de jouissance de droits subjectifs (1) et l'existence d'un patrimoine autonome (2).

(1) La capacité de jouissance de droits subjectifs

La loi attribue à la personne la capacité de jouissance de droits. Cette capacité est conférée tant à la personne morale qu'à la personne physique par le *Code civil du Québec*¹²⁰. Elles sont toutes deux capables de jouir des droits rat-

¹¹⁵Art. 334 C.c.Q.

¹¹⁶Voir Martel, «Les personnes morales», *supra* note 110 à la p. 196.

¹¹⁷Voir l'art. 16 de la *Loi sur les compagnies de flottage*, *supra* note 35, quant à l'élection des administrateurs et à l'étendue de leurs fonctions et l'art. 25 quant à l'élection des officiers et des serviteurs.

¹¹⁸Voir les art. 1-9 C.c.Q.

¹¹⁹Ripert, *supra* note 21 au n° 680.

¹²⁰Art. 1, 301 C.c.Q. L'art. 329 du P.L. 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 1^{re} sess., 33^e lég., Québec, 1987, excluant la société

tachés à la personne pour leur propre compte. En droit civil, ces prérogatives sont qualifiées de droits subjectifs. Toute personne titulaire de droits subjectifs est un sujet de droit. Selon l'état du droit québécois avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le législateur devait conférer de façon ponctuelle la capacité de jouissance de droits à la société par actions. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait pour la société par actions créée en vertu de la Partie IA de la L.C.Q.¹²¹. Dorénavant, quelle que soit son mode de constitution, la société par actions détiendra la capacité de jouissance de droits subjectifs.

Selon la théorie de la personnalité morale, la capacité d'exercice des droits de la personne morale est évaluée selon sa nature et selon la loi¹²². Cette capacité de la personne morale est limitée en raison de sa nature abstraite. Ainsi, il y a des droits qu'elle ne peut exercer, faute d'attributs physiques ou intellectuels. L'article 303, premier alinéa du *Code civil du Québec* énonce d'ailleurs que les dispositions relatives à l'exercice des droits civils par les personnes physiques lui sont applicables *mutatis mutandis*¹²³.

Le *Code civil du Québec* énonce que les activités de la personne morale sont limitées par la loi, son acte constitutif et ses règlements¹²⁴. Au Québec, la doctrine de l'*ultra vires* et la théorie de la délégation des pouvoirs tirées du droit anglais ont traditionnellement servi à définir les limites de la capacité de la société par actions. En ayant recours à la notion civiliste de capacité de jouissance, le *Code civil du Québec* devrait mettre fin à cette pratique. Toute personne morale a la capacité de jouissance à l'intérieur des paramètres définis par la loi, son acte constitutif et ses règlements. Elle peut donc être titulaire de droits subjectifs qui tombent dans le patrimoine autonome qui lui appartient.

(2) L'existence d'un patrimoine autonome

Dans la tradition civiliste, les biens d'une personne sont le gage commun de ses créanciers : tous les droits à valeur économique¹²⁵ d'une personne servent à garantir l'exécution de ses obligations. Cette règle est définie par la théorie du patrimoine¹²⁶.

La constitution d'une personne morale permet au citoyen de diviser la masse de ses biens et d'en affecter une partie à une activité spécifique pour évi-

par actions constituée en vertu de la L.S.A., a été modifié. Cet article allait comme suit : «Les personnes morales constituées suivant les lois du Québec ont la pleine jouissance des droits civils du Québec et hors du Québec». Cependant, voir l'art. 3083, al. 2 C.c.Q. : «L'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle s'exerce».

¹²¹Art. 123.29 L.C.Q. Voir ci-dessus, la partie IA.2.b.

¹²²Art. 303, al. 2 C.c.Q.

¹²³Voir l'art. 304 C.c.Q. concernant la tutelle et la curatelle, qui remplace l'art. 365 C.c.B.-C.

¹²⁴Art. 310 C.c.Q.

¹²⁵Le *Code civil du Québec* reconnaît aussi explicitement des droits extra-patrimoniaux, notamment le nom et le domicile (art. 302, 305-308 C.c.Q.).

¹²⁶Carbonnier, *supra* note 109 au n° 223 et s. La théorie du patrimoine fait également partie intégrante du droit civil québécois. Voir l'art. 1980 C.c.B.-C. repris au titre premier, «Du gage commun des créanciers», du livre sixième, «Des priorités et des hypothèques» ; art. 2644 et s. C.c.Q. Voir également l'art. 2 C.c.Q. ; *Commentaires du ministre*, t. 1, *supra* note 110 à la p. 5 ; Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», *supra* note 9 à la p. 1033.

ter l'application de la théorie du patrimoine à la totalité de ses biens. Cette théorie est étrangère au droit anglais. En effet, le *trust* offre au droit anglais la flexibilité que la division du patrimoine, par la création d'une personne morale, offre au droit civil¹²⁷.

Le *Code civil du Québec* énonce que les personnes morales sont titulaires d'un patrimoine qui peut, dans la seule mesure prévue par la loi, faire l'objet d'une division ou d'une affectation¹²⁸. En principe, la personne morale a un patrimoine autonome distinct du patrimoine personnel de chacun de ses membres. Il en résulte pour ces derniers une responsabilité limitée à leur apport au patrimoine de la personne morale¹²⁹. La société par actions dispose d'un patrimoine autonome dont font partie les capitaux fournis par les actionnaires.

Le *Code civil du Québec* énonce que l'administration du patrimoine de la personne morale est régie par la loi, son acte constitutif et ses règlements ou par convention unanime des membres, dans la mesure où la loi le permet¹³⁰. La personne morale étant une fiction juridique, l'administration de son patrimoine est nécessairement confiée à des personnes physiques.

Quelle que soit la forme de la personne morale, on retrouvera, normalement¹³¹, d'une part, une assemblée des membres qui exprime la volonté de la personne morale dans les décisions les plus graves et, d'autre part, des dirigeants, personnes physiques considérées isolément ou en conseil d'administration, qui administrent quotidiennement le bien d'autrui, soit le patrimoine de la personne morale¹³².

b. *L'administration du bien d'autrui*

Le titre, «De l'administration du bien d'autrui», constitue un nouveau régime d'application générale à toute personne qui administre un bien, une masse de biens ou un patrimoine qui n'est pas le sien¹³³. Il y a lieu d'envisager

¹²⁷Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 1035.

¹²⁸Art. 302 C.c.Q.

¹²⁹Art. 309, 315 C.c.Q. Voir cependant l'exception quant à la responsabilité limitée des membres de la personne morale prévue à l'art. 317 C.c.Q.

¹³⁰Art. 310 C.c.Q.

¹³¹Voir les exceptions envisagées par Martel, «Les personnes morales», *supra* note 110 à la p. 209.

¹³²Art. 311, 312, 335 C.c.Q. Voir Carbonnier, *supra* note 109 au n° 224.

¹³³Voir Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, t. 1, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978 au livre 4, art. 487 et s.; Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 1; Y. Caron, «L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial québécois» dans Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, t. 28, Paris, Economica, 1977, 193; L.I. Beaudoin, «La gestion de portefeuille pour autrui et les dispositions nouvelles du Code civil du Québec» (1989) 68 R. du B. can. 480; R. Crête, «Les investisseurs institutionnels et leurs conflits d'intérêts dans le contexte des mesures défensives» dans R. Crête, dir., *Les mesures défensives en matières d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1991, 193 à la p. 217 et s.; F. Rainville, «De l'administration du bien d'autrui» dans *La réforme du Code civil*, t. 1, *supra* note 110 à la p. 785; *Commentaires du ministre*, t. 1, *supra* note 110 à la p. 774 et s.; G. Lauzon, «L'administration du bien d'autrui dans le contexte du nouveau Code civil du Québec» (1993) 24 R.G.D. 107.

son application aux dirigeants de la société par actions (i). L'administration du bien d'autrui confère le pouvoir d'agir à l'égard d'un bien¹³⁴, par opposition à l'exercice de droits subjectifs qui relèvent de l'étude des effets de la personnalité juridique (ii).

i. L'application du titre, «De l'administration du bien d'autrui», aux dirigeants de la société par actions

Suivant la disposition préliminaire de *Code civil du Québec* énonçant le caractère supplétif de ces dispositions en droit québécois, l'interprétation de tout régime d'administration du bien d'autrui relève nécessairement du titre, «De l'administration du bien d'autrui». *A fortiori*, l'article 1299 du *Code civil du Québec* énonce expressément que ce titre constitue le droit supplétif de l'administration du bien d'autrui. Il remplace le renvoi traditionnel au mandat¹³⁵ comme régime d'administration du bien d'autrui.

Les règles applicables sont d'abord celles prévues par le régime d'administration spécifique à l'entité légale concernée. Cependant, dès lors que le régime spécifique souffre d'une lacune, ou en l'absence d'un tel régime, on trouvera les solutions à même ce titre.

Une version antérieure de l'article 1299 du *Code civil du Québec* excluait le dirigeant de la société par actions de l'application de ce titre. Le législateur aurait préféré le renvoi au mandat¹³⁶. Pourtant, l'Office de révision du Code civil, à qui l'on attribue l'origine de ce titre, soumettait le dirigeant de la société par actions à son application¹³⁷.

Le texte de l'article 1299 C.c.Q. a été modifié afin d'éviter qu'il ne soit trop restrictif et qu'il ne fasse ainsi échec au caractère supplétif du titre. Malheureusement, les *Commentaires du ministre de la Justice* signalent que les règles du titre, «De l'administration du bien d'autrui», ne s'appliquent pas aux administrateurs d'une personne morale; ceux-ci étant régis par les règles du titre «Des personnes morales»¹³⁸. Or, l'article 321 du *Code civil du Québec* à la section III du chapitre premier, «Des personnes morales», réfère à la notion de mandat.

Malgré ce renvoi au mandat, nous croyons que l'on peut quand même assimiler le dirigeant d'une société par actions à un administrateur du bien d'autrui

¹³⁴Art. 911, al. 2 C.c.Q.

¹³⁵Voir Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 6; C. Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *supra* note 110 à la p. 883 et s.

¹³⁶Voir P.L. 20, *supra* note 120, art. 1338, repris par P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1990, art. 1296 (maintenant désigné comme étant l'art. 1299 C.c.Q.) :

Toute personne qui est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien assume la charge d'administrateur du bien d'autrui, si la loi ou l'acte constitutif de son administration le prévoit, ou si la loi ou l'acte n'indique aucun autre régime d'administration.

Pour les raisons qui seraient à l'origine de cette exclusion, voir Cantin Cumyn, *ibid.* au n° 13.

¹³⁷Cantin Cumyn, *ibid.* au n° 14.

¹³⁸T. 1, *supra* note 110 aux pp. 775-76.

puisque le mandat n'est qu'une manifestation particulière du mécanisme de l'administration du bien d'autrui¹³⁹. D'ailleurs, les principes généraux de ce mécanisme codifiés au titre, «De l'administration du bien d'autrui», se retrouvent également dans les dispositions concernant l'administrateur de la personne morale et dans celles concernant le mandataire¹⁴⁰.

Le but du titre, «De l'administration du bien d'autrui», est de fournir le droit supplétif à tout régime d'administration du bien d'autrui. À cet égard, les *Commentaires du ministre de la Justice* précisent que ce titre regroupe un ensemble de règles qui peuvent servir à l'interprétation d'autres régimes, tel le mandat¹⁴¹.

Il est malheureux que le *Code civil du Québec* n'ait pas prévu au titre, «Des personnes morales», un renvoi au titre, «De l'administration du bien d'autrui». Il y a lieu de croire que ce dernier titre permette de qualifier le dirigeant de la société par actions d'administrateur du bien d'autrui. Selon nous, le régime applicable au dirigeant devrait être d'abord celui de la loi constitutive de la société par actions. Dans la mesure où il y a une lacune, la solution devrait être recherchée dans le chapitre premier du titre cinquième, «Des personnes morales», et ensuite dans le titre, «De l'administration du bien d'autrui». C'est ainsi que l'on peut qualifier de doublement supplétif le titre, «De l'administration du bien d'autrui», à l'égard des dirigeants de la société par actions. Néanmoins, la solution serait recherchée dans les règles du mandat lorsque le dirigeant agit véritablement comme mandataire de la société par actions, à l'égard d'un tiers, dans l'accomplissement d'un acte juridique¹⁴².

L'application du titre, «De l'administration du bien d'autrui», ne fait pas échec aux particularités du rapport entre la société par actions et ses dirigeants. Au contraire, elle permet de qualifier celui-ci selon des notions du droit civil. Les dirigeants de la société par actions administrent le patrimoine de la société par actions. Ce faisant, ils n'exercent pas les droits subjectifs individuels dont ils peuvent être titulaires ; ils exercent plutôt des pouvoirs d'agir pour le compte de la société par actions¹⁴³. Quelles que soient les particularités de l'administration étudiée, en droit civil, toute administration du bien d'autrui relève de l'application de la même notion, soit le pouvoir en droit privé.

ii. La théorie du pouvoir en droit privé

La doctrine française moderne, tout comme la législation québécoise, évolue vers la reconnaissance de l'autonomie du pouvoir. Les juristes français Emmanuel Gaillard¹⁴⁴ et Michel Storck¹⁴⁵ reconnaissent l'autonomie du pouvoir

¹³⁹Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 15. Voir aussi l'art. 2135 C.c.Q.

¹⁴⁰Voir ci-dessous, la partie II.B.1.

¹⁴¹T. I, *supra* note 110 à la p. 776.

¹⁴²Voir ci-dessous, la partie II.A.2.b.

¹⁴³M. Cantin Cumyn et R. Crête semblent partager cet avis. Voir Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 15 ; Crête, *supra* note 133 à la p. 223.

¹⁴⁴*Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.

¹⁴⁵*Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982.

dans leurs thèses respectives. Celles-ci permettent une meilleure compréhension du droit et du pouvoir comme catégories juridiques distinctes¹⁴⁶.

Alors que le droit subjectif a été défini comme la prérogative juridique rattachée à la personne et qui peut être exercée dans l'intérêt de cette dernière, le pouvoir est une prérogative juridique exercée par son titulaire dans un intérêt distinct du sien. C'est cet intérêt distinct de celui de son titulaire qui transforme le droit en pouvoir. Le pouvoir est une prérogative attribuée par une norme prédéterminée, qu'elle soit conventionnelle, légale ou judiciaire. La norme attributive du pouvoir confère à son titulaire une fonction lui permettant de décider pour le bénéficiaire et de gérer ses biens dans l'intérêt de celui-ci. Le pouvoir peut être exercé pour le compte d'un sujet de droit ou d'un patrimoine d'affectation¹⁴⁷. Il donne la compétence pour agir pour le compte du bénéficiaire¹⁴⁸.

Le pouvoir s'exprime par la manifestation unilatérale de la volonté de son titulaire et il a une valeur contraignante pour le bénéficiaire¹⁴⁹. Son exercice permet de modifier l'ordre juridique par la création d'obligations à la charge du bénéficiaire ou de droits à son profit. Suivant la terminologie du *Code civil du Québec*, nous qualifions d'administrateur du bien d'autrui tout titulaire d'un pouvoir d'agir à l'égard du bien d'autrui¹⁵⁰.

Selon Yves Caron, l'Office de révision du Code civil aurait conçu le régime général, «De l'administration du bien d'autrui», pour tenir le rôle joué

¹⁴⁶On différencie le terme «pouvoir», à titre de notion juridique générale, du terme «pouvoirs» à titre de prérogatives. Voir Storck :

[L]e «pouvoir» est une notion qui sert à désigner l'aptitude qu'a une personne d'agir pour le compte et dans l'intérêt d'autrui ; [...] les «pouvoirs» sont des prérogatives, des moyens qui permettent à la personne qui en est attributaire de passer un acte pour le compte d'autrui (*ibid.* au n° 181).

¹⁴⁷Le *Code civil du Québec* applique restrictivement le statut de bénéficiaire au sujet de droit et le distingue du patrimoine fiduciaire (art. 1260 et s.). Celui-ci constitue un patrimoine d'affectation. Le fiduciaire est titulaire du pouvoir quant à l'administration du patrimoine fiduciaire affecté à une fin spécifique. Pour faciliter la compréhension de la matière, nous appliquons l'expression «bénéficiaire» dans un sens général, sans tenir compte de la distinction entre «sujet de droit» et «patrimoine fiduciaire».

¹⁴⁸Gaillard, *supra* note 144 au n° 64 et s.

¹⁴⁹Pour E. Gaillard (*ibid.* au n° 216 et s.) le pouvoir s'exprime nécessairement par l'émission d'actes juridiques. Pour M. Storck (*supra* note 145 au n° 164 et s.) le pouvoir engage le bénéficiaire par l'exercice soit d'actes juridiques, soit de faits juridiques source de responsabilité civile. Nous employons le terme «acte» pour désigner l'acte juridique, bien qu'il faille envisager que le pouvoir peut avoir une portée plus large. Les doctrines française et québécoise semblent en accord quant à la définition de l'acte juridique, tel que le démontrent M. Storck et J.-L. Baudouin. Voir Storck :

[U]n fait juridique consiste en la survenance d'un événement, d'origine humaine ou non, qui engendre des effets de droit ; si cette source génératrice de lien de droit a pour fondement l'exercice intentionnel de droits subjectifs, l'opération est qualifiée non de fait juridique *stricto sensu* mais d'acte juridique (*ibid.* au n° 159).

Voir aussi J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 au n° 47 et s. Si la situation sous étude vise de simples gestes matériels, elle est exclue de la théorie du pouvoir en droit privé. Les solutions doivent être puisées ailleurs.

¹⁵⁰E. Gaillard qualifie d'agent juridique le titulaire d'un pouvoir d'agir (*ibid.* au n° 328 et s.). Il faut envisager la possibilité que l'intérêt de l'administrateur du bien d'autrui ne soit que partiellement distinct de l'intérêt du bénéficiaire lorsqu'il est à la fois administrateur du bien d'autrui et l'un des bénéficiaires désignés. Voir l'art. 1310, al. 2 C.c.Q.

par la relation fiduciaire en droit anglais¹⁵¹. Cependant, le *Rapport de l'Office de révision du Code civil* ne semble pas présenter ce régime comme une codification des règles de la relation fiduciaire.

Le titre, «De l'administration du bien d'autrui», est fondé sur la notion de pouvoir, notion qui appartient à la théorie générale du droit civil et qui fait partie intégrante du droit civil québécois. Le *Code civil du Bas-Canada* ne définit pas le pouvoir par des dispositions générales, mais consacre cette notion par différents moyens, tel qu'en font foi de multiples illustrations¹⁵². Ce titre, «De l'administration du bien d'autrui», constitue une codification des règles de l'administration du bien d'autrui qui sont présentement éparses dans le *Code civil du Bas-Canada*, la législation québécoise, la jurisprudence¹⁵³ et la doctrine¹⁵⁴. Certes, le *Rapport de l'Office de révision du Code civil* mentionne certaines règles particulières inspirées du droit anglo-américain¹⁵⁵. Néanmoins, l'esprit du nouveau titre et la majorité des sources citées proviennent du droit civil.

Les juristes québécois qui ont étudié le mandat pour en tirer des règles utiles à la qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants se sont concentrés sur l'étude de la volonté contractuelle du mandant constatée par les termes du mandat au lieu d'y reconnaître la manifestation du pouvoir¹⁵⁶. Le cadre restrictif du mandat pouvait les amener à considérer la portée générale de l'obligation fiduciaire du droit anglais¹⁵⁷. Mais, même en l'absence du titre, «De l'administration du bien d'autrui», le civiliste aurait tout aussi bien pu affir-

¹⁵¹«L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial québécois», *supra* note 133 à la p. 202. Voir également, du même auteur, «L'abus de pouvoir en droit commercial québécois» (1978) 19 C. de D. 7 à la p. 19.

¹⁵²Art. 91 (curatelle aux absents), 269 (subrogé tuteur), 290a (tuteur), 360 (corporation), 913 (exécuteur testamentaire), 981e (fiduciaire), 1705, 1711, 1717 (mandat), 1849 (société) C.c.B.-C.

¹⁵³Voir surtout l'opinion dissidente de M. le juge Pratte de la Cour d'appel dans l'affaire *Bergeron c. Ringuet* quant à la qualification du membre du conseil d'administration :

Le directeur est désigné par les actionnaires, mais il n'est pas à proprement parler leur mandataire ; il est un administrateur chargé par la loi de gérer un patrimoine qui n'est pas le sien, ni celui de ses codirecteurs, ni celui des actionnaires, mais celui de la compagnie, une personne juridique absolument distincte à la fois de ceux qui la dirigent et de ceux qui en possèdent le capital-actions ((1957), [1958] B.R. 222 à la p. 236 [ci-après *Bergeron*]).

¹⁵⁴M. Giguère n'avait-il pas sagement avancé, dès 1967, que l'on devait cesser de se référer au concept de mandat ou *agency* pour qualifier le dirigeant et utiliser plutôt la notion de pouvoir (*supra* note 44 à la p. 8) ?

¹⁵⁵Office de révision du Code civil, *supra* note 133 à la p. 523 et s. Aux notes 250 et 253 du livre portant sur les biens, ce texte nous renvoie à la L.C.C.C., au *Restatement, Trusts*, 2^e au n^o 241, et au *Uniform Principal and Income Act*, American Law Institute, 1962 Revision, art. 8(a).

¹⁵⁶Voir Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec», *supra* note 9 à la p. 128 ; Fortin, *supra* note 43 à la p. 144 et s. ; Richard, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 à la p. 938.

¹⁵⁷Voir Caron :

L'obligation du mandataire d'agir en bon père de famille s'applique à l'exécution du mandat comme contrat, et ne comprend pas l'obligation de poser ou de s'abstenir de poser tous les actes qui pourraient être répréhensibles suivant les normes de l'*Equity*, mais qui ne dérogent pas au contrat. Le droit civil s'en tient le plus souvent à la lettre des contrats, au contraire de l'*Equity* (*ibid.* à la p. 128).

mer l'existence de la notion de pouvoir à partir du mandat qui est une illustration particulière de cette notion du droit privé.

L'articulation des pouvoirs de la *corporation* de droit anglais est propre à ce système juridique. Ces pouvoirs correspondent, en droit civil, aux droits et obligations de la personne morale, et sont des concepts inconnus en droit anglais. La personnalité morale ne constitue pas une catégorie du droit anglais¹⁵⁸ et les notions de droits et obligations lui sont étrangères. L'attribution de pouvoirs à la *corporation* n'a d'intérêt que pour le droit anglais qui ne fait pas la distinction entre le droit privé et le droit public¹⁵⁹. En droit québécois, il n'y a pas de lien conceptuel entre les pouvoirs de la *corporation* de droit anglais, qui, par le biais de notre droit public, correspondent à une notion «anglaise» du pouvoir, et l'exercice des droits subjectifs par la personne morale ou l'exercice de pouvoirs par ses dirigeants, ceux-ci relevant du droit privé et étant régis par le droit civil. Le *Code civil du Québec* met fin à ce genre de confusion.

* * * * *

Depuis la codification du *Code civil du Bas-Canada*, le droit québécois de la société par actions s'est développé en marge du droit civil. Plutôt que puiser à même les sources civilistes de notre droit privé, les tribunaux québécois ont emprunté au droit anglais des concepts fondés sur sa dualité systémique qui sont inconnus en droit civil. Le fonctionnement de la société par actions et la qualification de son rapport avec ses dirigeants sont calqués sur le droit anglais. Celui-ci propose un régime très développé concernant les obligations des dirigeants et des employés supérieurs envers la *corporation* en ayant recours au concept de la relation fiduciaire qui découle du *trust*.

Traditionnellement, en droit civil, la division et l'administration du patrimoine d'une personne ne relevaient pas d'un concept analogue au *trust*. Vu l'emprunt fréquent de ce concept au droit anglais par les juristes québécois, il n'a donc pas été possible de qualifier le rapport entre la société par actions et ses dirigeants de façon satisfaisante en droit civil. Cependant, d'ores et déjà, une certaine doctrine québécoise signale ce phénomène et tend à replacer le droit de la société par actions dans un cadre conceptuel civiliste. Il est possible de redéfinir le droit de la société par actions et de qualifier son rapport avec ses dirigeants selon des principes civilistes sans faire échec aux particularités de son fonctionnement. Le *Code civil du Québec* nous invite à le faire puisqu'il établit expressément que le droit supplétif, pour toute matière de droit privé, est le droit civil. Au lieu de recourir au cadre conceptuel anglais, il tend à établir une théorie de la personnalité morale fondée sur des notions civilistes.

La société par actions y est reconnue comme une personne morale de droit privé, capable de jouir de ses droits subjectifs. Son fonctionnement est assuré par l'assemblée de ses membres et par ses dirigeants qui administrent son patrimoine. Ces personnes physiques exercent des pouvoirs d'agir à l'égard du patrimoine de la société par actions qui s'opposent à l'exercice de leurs droits sub-

¹⁵⁸Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec», *supra* note 9 à la p. 1023.

¹⁵⁹David, *supra* note 4 au n° 290.

jectifs individuels. On peut utiliser la notion de pouvoir en droit privé pour qualifier le rapport entre la société par actions et ses dirigeants et puiser dans la théorie civiliste du pouvoir les principes généraux applicables à son étude.

II. Les pouvoirs des organes et des dirigeants de la société par actions

Le *Code civil du Québec* énonce que la personne morale agit par ses organes et est représentée par ses dirigeants¹⁶⁰. La notion d'organe est connue en droit québécois¹⁶¹, mais elle est peu développée par la doctrine¹⁶². La représentation fait également partie intégrante du droit québécois. Ces notions d'organe et de représentation permettent d'expliquer le fonctionnement de la société par actions suivant l'attribution des pouvoirs aux organes et aux dirigeants sociaux (A).

Dans son état actuel, le droit québécois suppose que le dirigeant de la société par actions assume les obligations d'un mandataire envers son mandant. La redéfinition conceptuelle du rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre de la théorie du pouvoir permet d'analyser l'exercice des pouvoirs par les organes et les dirigeants sociaux ainsi que d'envisager leur contrôle par la société par actions en dehors du mécanisme du mandat (B).

A. L'attribution de pouvoirs

Le droit civil français a longtemps fait face à la même difficulté que le droit québécois dans l'articulation du rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du mandat. Cependant, la doctrine française est passée de la conception classique de la représentation, telle qu'illustrée par le mandat, à la reconnaissance de l'autonomie du pouvoir sans représentation. Il convient de s'intéresser à cette évolution qui situe le rapport entre la société anonyme et ses organes d'une part et ses dirigeants d'autre part dans la théorie du pouvoir en droit privé (1).

Le droit québécois peut utilement tirer de cette doctrine les éléments théoriques permettant de faire la distinction entre le rapport de la société par actions

¹⁶⁰Art. 311-12 C.c.Q.

¹⁶¹Voir *inter alia* l'opinion de M. le juge Pratte dans l'affaire *Cloutier c. Dion* : «Les directeurs sont le cerveau de la compagnie ; ils constituent le seul organe par lequel la compagnie puisse agir» ([1954] B.R. 595 aux pp. 605-606) et dans l'affaire *Bergeron* :

La compagnie à fonds social est une créature de la loi, une personne morale qui ne peut manifester de vie que par les organes dont la loi prévoit la constitution et auxquels elle attribue des fonctions déterminées : le bureau de direction, dont les membres sont désignés par les actionnaires, et l'assemblée des actionnaires (*supra* note 153 à la p. 235).

¹⁶²Voir M.-L. Beaulieu, «La responsabilité civile des organes de sociétés et de régie et les règles générales de la responsabilité civile» (1964) 24 R. du B. 74 ; A. Nadeau et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971 à la p. 58 et s. ; Caron, «De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec», *supra* note 9 à la p. 114 ; Y. Lauzon, «Un aspect particulier de la théorie organique de la personnalité corporative : Une corporation peut-elle être atteinte de folie ?» (1973) 8 R.J.T. 535 ; Renaud et Smith, vol. 4, *supra* note 36 au c. 29, p. 1359 et s.

Cependant, voir l'ouvrage récent de M. Lizée, *La responsabilité sociale de la société commerciale*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1991 [non publiée], qui explique la capacité d'exercice des droits de la société par actions par la théorie organique.

et ses organes, qui agissent sans représentation — notamment le conseil d'administration qui établit les politiques de la société par actions et qui élabore la volonté sociale de cette dernière — et ses dirigeants, qui la représentent à l'égard des tiers dans l'accomplissement d'actes juridiques (2).

1. De la représentation à l'autonomie du pouvoir

Dans la France du XIX^e siècle, l'origine contractuelle de la société anonyme a entraîné le recours au principe de l'autonomie de la volonté comme source première de toute obligation juridique issue du contrat¹⁶³.

L'expression de la volonté sociale s'est d'abord manifestée par le mécanisme de la représentation¹⁶⁴. Cette représentation caractérise une relation tripartite en vertu de laquelle le représentant agit au nom du représenté et pour le compte de ce dernier dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers. Elle s'explique par une scission temporaire du droit subjectif entre son titulaire et son contenu ; de là découle l'exercice du droit subjectif par le représentant au nom du représenté¹⁶⁵. L'action accomplie pour le compte du représenté relève de l'exercice du pouvoir¹⁶⁶.

Le mandat a traditionnellement illustré ce mécanisme. Toute personne physique gérant le patrimoine de la société anonyme fut d'abord considérée comme étant mandataire des associés suivant une délégation de leurs pouvoirs¹⁶⁷. L'article 22 de la *Loi du 24 juillet 1867* déclarait que la société anonyme était administrée par un ou plusieurs mandataires faisant aussi partie des associés. Cette loi prévoyait la désignation d'administrateurs sans pour autant définir leurs pouvoirs¹⁶⁸. Or, cette conception allait à l'encontre du principe de la responsabilité limitée des associés puisque l'exécution du mandat engage nécessairement la responsabilité du mandant¹⁶⁹. Plus tard, la situation fut corrigée par la doctrine, et les dirigeants étaient alors considérés comme les mandataires de la société anonyme et non les mandataires des associés.

Puis, la doctrine mit fin à l'application du mandat conventionnel puisque, par la *Loi du 24 juillet 1867*, le législateur semblait préciser la structure juri-

¹⁶³Voir Ripert, *supra* note 21 au n° 670 et s.

¹⁶⁴Il s'agit de la représentation dans l'établissement d'un lien de droit, ou représentation dans l'action, qui est applicable à cette étude. Voir Storck, *supra* note 145 au n° III. À l'origine, en droit romain, le titulaire du droit subjectif devait agir pour son propre compte et en son nom propre. Seul le titulaire du droit pouvait s'engager personnellement puisque la modification de l'ordre juridique allait affecter son patrimoine ; la représentation était un mécanisme exceptionnel. Les juristes de l'ancien droit français ont légitimé l'application de ce mécanisme qui depuis a acquis une place importante au cœur du droit civil. La représentation fait obstacle à l'autonomie de la volonté suivant laquelle une personne peut être liée uniquement par les effets d'un acte auquel elle a consenti. Voir Storck, *ibid.* au n° 91 et s.

¹⁶⁵*Ibid.* au n° 135 et s.

¹⁶⁶*Ibid.* au n° 161 et s.

¹⁶⁷Ripert, *supra* note 21 au n° 695 ; P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres (Fr.), Imprimerie moderne, 1950 à la p. 308 et s.

¹⁶⁸Ripert, *ibid.* au n° 1257.

¹⁶⁹Lizée, *La responsabilité sociale de la société commerciale*, *supra* note 162 à la p. 120.

dique de la société anonyme¹⁷⁰. Le dirigeant fut alors considéré comme le représentant légal de la société anonyme.

Or, la représentation, qu'elle soit conventionnelle ou légale, suppose toujours au moins deux personnes : le représentant, auteur de l'acte, et le représenté, titulaire du droit exercé et sujet d'imputation de l'acte exécuté. La représentation suppose que la société anonyme exprime sa volonté de façon indépendante et antérieure à l'intervention du dirigeant. Il en résulte une impossibilité conceptuelle pour la société anonyme d'exprimer sa volonté puisque cette fonction relève de ses dirigeants.

C'est ainsi que les notions de mandat et de représentation légale furent rejetées. Les membres du conseil d'administration ne devaient plus être considérés individuellement mais envisagés en collégialité, à titre d'organe de la société anonyme, permettant à celle-ci d'exprimer elle-même sa volonté¹⁷¹. Cet organe incarne donc la société anonyme dans la vie juridique.

La théorie de l'organe fut introduite en France par Léon Michoud¹⁷², mais ses origines sont plus anciennes puisqu'on la retrouvait en droit romain¹⁷³. Cette théorie établit un rapport étroit entre la société anonyme et ses principaux intéressés. Il y a représentation pleine et immédiate de la société anonyme par ses organes¹⁷⁴.

La théorie de l'organe entraîne une conception nouvelle de la société anonyme : la société institution¹⁷⁵. Cette conception est l'œuvre de deux juristes français, Maurice Hauriou¹⁷⁶ et Georges Renard¹⁷⁷. L'institution marque la fin de

¹⁷⁰Ripert, *supra* note 21 au n° 1257.

¹⁷¹Voir Storck :

L'organe s'identifie à la personne pour le compte de qui il agit :

Quand il y a organe, c'est la personne juridique qui agit elle-même ; son organe n'est pas quelque chose de distinct d'elle ; il est une partie d'elle-même, dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main. «L'organe ne possède, comme tel, aucune personnalité distincte de celle de la personne morale», il naît en même temps que celle-ci (*supra* note 145 au n° 282 et s.).

Voir aussi Coulombel, *supra* note 167.

¹⁷²*La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1-2, 2^e éd. par L. Trotabas, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1924. Voir aussi Carbonnier, *supra* note 109 au n° 59.

¹⁷³Lizée discutant du droit romain : «Le représentant devient ainsi l'organe de la capacité juridique et administrative de la corporation ; c'est en définitive l'entité corporative qui agit par l'entremise de ses représentants» (*La responsabilité sociale de la société commerciale*, *supra* note 162 à la p. 105). Voir également B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, Sirey, 1942 aux pp. 131, 148 (cité également dans Lizée, *ibid.* à la p. 105, n. 351).

¹⁷⁴Les auteurs classiques ont résolu que le pouvoir de l'organe était inclu dans le pouvoir plus général de la représentation, soit la représentation organique, pleine et immédiate. Selon eux, la représentation est une nécessité organique, le seul moyen par lequel la société anonyme puisse poser des actes. Voir Coulombel qui discute de ce phénomène, *supra* note 167 aux pp. 312-15. Voir également les auteurs Mestre, Rouast et Gierke, cités dans Coulombel, *ibid.* aux pp. 311-12.

¹⁷⁵*Ibid.* à la p. 313.

¹⁷⁶«L'institution et le droit statutaire» [1906] Rec. ac. leg. Toulouse 134, cité dans Gamache, *infra* note 178.

¹⁷⁷*La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, vol. 1-2, Paris, Sirey, 1930 ; *La philosophie de l'institution*, Paris, Sirey, 1939.

la conception contractuelle de la société anonyme puisque c'est la loi qui établira dorénavant sa structure et son mode de fonctionnement¹⁷⁸.

Quels que soient son mode de constitution et sa structure, une fois formée, la société institution doit être envisagée selon l'ensemble de ses organes hiérarchisés et indépendants, entre lesquels sont répartis ses pouvoirs d'administration et de décision sociale, de contrôle de l'administration et de vérification des comptes sociaux.

La société institution a une finalité autonome¹⁷⁹. Les intérêts des divers organes sont subordonnés à la fin poursuivie par l'institution qui en constitue l'intérêt social. Contrairement au modèle de l'*unincorporated joint stock company* du droit anglais ou du contrat de société du droit civil, qui expliquent leur fonctionnement par la délégation de pouvoirs, la théorie de l'institution conduit à un partage de pouvoirs plutôt qu'à une délégation.

Lors des modifications à la législation française sur la société anonyme, les 16 novembre 1940¹⁸⁰ et 4 mars 1943¹⁸¹, le législateur a prévu que la société anonyme serait administrée par un conseil d'administration et que la direction, qui comprend l'exécution des décisions du conseil d'administration, serait attribuée à un président-directeur général¹⁸². De même, la théorie de l'organe a été confirmée par un jugement de la Cour de cassation rendu le 4 juin 1946¹⁸³.

La théorie de l'organe permet d'affirmer la capacité volitive¹⁸⁴ de la société anonyme ainsi que sa responsabilité tant sur le plan civil que sur le plan pénal¹⁸⁵. Quant à la question de la faute contractuelle, la représentation la solutionnait

¹⁷⁸La théorie de l'institution est discutée en droit québécois de la société par actions. Voir Smith, «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23 à la p. 621 et s. Récemment, M. Gamache a démontré que la structure de la société par actions relevait de l'institution (*Les mécanismes structureux et la conception institutionnelle de la compagnie*, Montréal, Thémis, 1985).^a Voir également Lizée qui affirme :

Il est indéniable que ce concept d'institution décrit très bien la réalité corporative et rend évident l'insuffisance de l'explication contractuelle. Il corrobore la théorie des systèmes et fait mieux comprendre ce qui provoque le phénomène d'entité et de finalité distinctes du «tout», par rapport aux membres qui le composent. Ce phénomène résulte de la conjonction de l'*intérêt social* et de l'*organisation* du groupement qui polarisent les énergies vers un but commun, suscitant ainsi un tout supérieur à la somme des éléments qui le composent (*La responsabilité sociale de la société commerciale*, *supra* note 162 aux pp. 84-85).

¹⁷⁹Ripert, *supra* note 21 au n° 671 ; de Juglart et Ippolito, *supra* note 109 au n° 419 et s.

¹⁸⁰Loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes, J.O., 26 novembre 1940, 5828, Gaz. Pal. 1940. 2^e sem. Lég.548.

¹⁸¹Loi n° 145 du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions, J.O., 6 mars 1943, 642, Gaz. Pal. 1943. 1^{er} sem. Lég.349.

¹⁸²Voir Ripert, *supra* note 21 au n° 1257 ; de Juglart et Ippolito, *supra* note 109 au n° 708.

¹⁸³Cass. civ, 4 juin 1946, J.C.P. 1947.II.3518 (note D. Bastian), cité dans Lizée, *La responsabilité sociale de la société commerciale* :

La société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil, élu par l'assemblée générale. Il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration (*supra* note 162 à la p. 122, n. 427).

¹⁸⁴L'expression est empruntée à M. Lizée, *ibid.* à la p. 102.

¹⁸⁵Ripert, *supra* note 21 au n° 700.

déjà. La faute s'assimile à l'acte exécuté par le représentant pour et au nom du représenté qui en devient alors responsable. L'organe engage ainsi le patrimoine de la société anonyme. Quant à l'imputation à la société anonyme d'un fait juridique, source de responsabilité civile, la question était problématique. En effet, comme la représentation ne permettait pas de légitimer l'imputation de la faute à une personne fictive et d'en exonérer l'auteur, il fallait considérer le dirigeant comme un commettant pour pouvoir imputer la faute à la société anonyme, alors qu'il n'existait pas de lien de subordination entre la société anonyme et ses dirigeants¹⁸⁶. Toutefois, par la théorie de l'organe, il est facile pour le droit positif, en vertu de l'article 1382 du *Code civil* français, d'imputer directement à la société anonyme la faute des membres de l'organe commise dans l'exercice de leurs fonctions puisque l'organe fait partie intégrante de la société anonyme¹⁸⁷.

La théorie de l'organe permet d'assurer la protection des tiers par l'imputabilité à la société anonyme des actes et des fautes de l'organe. Cependant, elle ne permet pas de clarifier le rapport interne entre la société anonyme et ses dirigeants.

Afin d'analyser ce rapport interne, il faut distinguer la société anonyme de ses dirigeants, ce qui est impossible dans le cadre de la conception de la représentation organique. L'institution implique le respect des compétences respectives de chaque organe et suppose que les organes agissent dans l'intérêt social. Elle élabore les devoirs des dirigeants envers la société anonyme, mais n'offre aucune règle juridique permettant de contrôler la prise de décision par chaque membre des organes¹⁸⁸.

Heureusement, la doctrine française récente¹⁸⁹ reconnaît que le pouvoir puisse comporter une réalité indépendante du mécanisme de la représentation ; il s'agit de la notion de pouvoir propre. Le pouvoir propre caractérise une relation bipartite : il est directement attribué par la norme au titulaire, qui l'exerce en son nom propre, pour le compte du bénéficiaire et non au nom d'un représenté.

L'application de la notion de pouvoir propre est plus juste que celle de la représentation organique pleine et immédiate de la société anonyme. L'organe fait partie intégrante de la société anonyme, ce qui exclut la présence des deux

¹⁸⁶L'imputation de la faute délictuelle des membres de l'organe à la société anonyme se faisait, en droit français, par l'application de l'art. 1384, al. 5 C. civ. : «Les maîtres et les commettants, [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés». Cet article trouve son équivalent à l'art. 1054, al. 7 C.c.B.-C.

¹⁸⁷La doctrine québécoise adopte le même raisonnement fondé sur l'art. 1053 C.c.B.-C. Voir Nadeau et Nadeau, *supra* note 162 aux pp. 58-59.

¹⁸⁸En droit québécois, M. Giguère a fait état des devoirs des dirigeants envers la société par actions en vertu de la théorie de l'institution (*supra* note 44). Par ailleurs, Renaud et Smith sont incapables d'appliquer les règles de l'institution pour établir un régime applicable au rapport interne entre la société par actions et ses dirigeants qui soit indépendant du mandat : «Les principes du mandat et de la responsabilité en droit civil et la théorie institutionnelle permettent d'imposer des devoirs semblables à ceux imposés aux administrateurs en *common law*» (vol. 4, *supra* note 36 au c. 33, p. 1531, n° 30).

¹⁸⁹Voir ci-dessus, la partie I.B.2.b.ii.

acteurs nécessaires pour qu'il y ait représentation. De plus, l'administration quotidienne du patrimoine de la société anonyme par ses organes ne relève pas du mécanisme de la représentation ; elle ne se limite pas à l'exercice des droits de la société anonyme à l'égard des tiers. On doit opposer le pouvoir propre au pouvoir de représentation¹⁹⁰. Ainsi, le fonctionnement de la société anonyme relève de deux pouvoirs différents qui sont parfois cumulés par les mêmes personnes.

Premièrement, la *Loi du 24 juillet 1966* attribue des pouvoirs propres à divers organes de la société anonyme, notamment à l'assemblée des actionnaires et au conseil d'administration.

Deuxièmement, elle attribue au président du conseil d'administration un pouvoir de représentation qui a pour objet l'exécution à l'égard des tiers des décisions autorisées par les organes compétents. Il ne peut renoncer à l'exercice de ce pouvoir en le déléguant totalement. Il peut, par contre, attribuer à des personnes déléguées spécifiquement, des pouvoirs de représentation ou mandats spéciaux, pour un objet déterminé¹⁹¹.

La théorie de l'organe inpute à la société anonyme la décision de l'organe. L'identité de chaque membre de l'organe s'efface devant sa fonction. La notion d'organe inet en lumière les droits et les obligations de la société anonyme et s'avère utile pour protéger les droits des tiers vis-à-vis la société anonyme grâce à l'imputation des actes et des fautes de l'organe à cette dernière. Par contre, l'étude du pouvoir comme réalité indépendante de la théorie de l'organe est plus appropriée à la discussion du rapport entre la société anonyme et les membres de ses organes¹⁹².

¹⁹⁰Voir Storck :

Les pouvoirs des organes d'une société ont également une double nature, de pouvoirs propres et de pouvoirs de représentation : les auteurs qui ont tenté d'établir que l'organe de la société a la qualité uniquement de représentant de la société ou des sociétés, ont conclu à l'inadaptation du mécanisme en l'espèce. J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat relèvent ainsi dans leur ouvrage sur les sociétés commerciales l'évolution à propos de la compétence du conseil d'administration des sociétés anonymes, du mandat conventionnel en un mandat légal puis une théorie de l'organe ayant des *pouvoirs délégués* et des *pouvoirs propres*. Les pouvoirs de l'organe se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers (*supra* note 145 au n° 284).

Voir également Ripert, *supra* note 21 au n° 695.

¹⁹¹*Loi du 24 juillet 1966, supra* note 33, art. 113 et s., mod. par *Loi n° 67-559 du 12 juillet 1967*, J.O., 13 juillet 1967, 7015, Gaz.Pal. 1967. 2^e sem. Lég.70, art. 17. Voir Ripert, *supra* note 21 aux n° 1301, 1308 et s. Le directeur général assiste le président du conseil d'administration. Face aux tiers, il dispose des mêmes pouvoirs que ce dernier (*Loi du 24 juillet 1966, ibid.*, art. 117). Le cadre est généralement engagé par le président du conseil d'administration qui définit ses fonctions. Il est lié par un lien de subordination envers le président du conseil d'administration envers qui il doit faire preuve de loyauté. Le cadre n'est pas titulaire d'un pouvoir légal de représentation pour et au nom de la société par actions sauf que c'est à lui que le président du conseil d'administration va généralement déléguer partiellement son pouvoir de représentation. Voir Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989 au n° 139.

¹⁹²Voir Gaillard, *supra* note 144 au n° 344.

L'étude du pouvoir et celle du droit subjectif offrent chacune leur intérêt puisqu'elles peuvent traduire le même phénomène sous des angles opposés¹⁹³. Dans l'étude des effets de la personnalité juridique, tout comme dans la théorie de l'organe, on considère le dirigeant comme représentant (ou organe) exerçant les droits subjectifs de la société anonyme. La reconnaissance de l'autonomie du pouvoir par le droit civil ajoute une nouvelle dimension à l'étude de l'organe ; elle révèle une dichotomie entre la société anonyme et ses dirigeants qui agissent en organe, afin de concevoir leur conduite au sein de l'organe dans l'exercice d'un pouvoir propre ou d'un pouvoir de représentation.

2. Les pouvoirs du conseil d'administration et des dirigeants de la société par actions au Québec

La société par actions constituée en vertu de la L.C.Q. est soumise à un régime de fonctionnement interne semblable à celui de la société par actions constituée en vertu de la L.S.A. Le fonctionnement de la société par actions est assuré par ses organes sociaux. Individuellement, les actionnaires ont des droits représentés par les actions qu'ils possèdent dans le capital-actions de la société par actions ; en assemblée, par contre, ils forment un organe ayant trois pouvoirs propres : 1° organe électoral qui nomme les membres du conseil d'administration et le vérificateur aux comptes, 2° organe de contrôle de l'administration sociale et 3° organe d'approbation des décisions les plus importantes. Cependant, dans les affaires quotidiennes, ce sont le conseil d'administration (a) et quelques dirigeants (b) qui assurent l'administration de la société par actions.

a. Le pouvoir propre du conseil d'administration

La L.C.Q. prévoit que les affaires de la société par actions sont administrées par un conseil d'administration¹⁹⁴. La L.S.A. est à peine plus précise ; elle prévoit que les administrateurs gèrent les affaires commerciales et internes de la société par actions¹⁹⁵. Les affaires internes y sont définies comme étant «[l]es relations, autres que d'entreprise, entre la société, les personnes morales appartenant au même groupe et leurs actionnaires, administrateurs et dirigeants»¹⁹⁶. Ce pouvoir du conseil d'administration peut lui être retiré par convention unanime des actionnaires¹⁹⁷.

¹⁹³Voir Gaillard :

[L]a représentation jette un pont entre les notions de droit subjectif et de pouvoir et permet de passer de l'une à l'autre par un curieux jeu de traduction. Ainsi, la proposition «le tuteur, titulaire du pouvoir, oblige le mineur par la décision prise dans son intérêt» devient «le mineur, sujet de droit, est représenté par le tuteur, qui exerce ses droits subjectifs en son nom et pour son compte» (*ibid.* au n° 252).

¹⁹⁴Art. 83, 91(1) (Partie D), 123.72 (Partie IA) L.C.Q.

¹⁹⁵Art. 102(1) L.S.A.

¹⁹⁶Art. 2(1) L.S.A.

¹⁹⁷Art. 310 C.c.Q. Seuls le fonctionnement de la société par actions constituée en vertu de la Partie IA de la L.C.Q., et celui de la société par actions constituée en vertu de la L.S.A., peuvent être régis par une convention unanime des actionnaires. Voir l'art. 123.91 L.C.Q. et les art. 146(2)-146(5) L.S.A.

Le *Code civil du Québec* énonce, par ailleurs, que le conseil d'administration gère les affaires de la personne morale¹⁹⁸. Les termes «administration» et «gestion» illustrent mal la nature des pouvoirs du conseil d'administration ; ils évoquent trop facilement le carcan du mandat¹⁹⁹.

Le législateur français éprouve la même difficulté à définir les pouvoirs du conseil d'administration. Il a séparé le pouvoir central de la volonté sociale et attribue un pouvoir propre d'administration au conseil d'administration qui est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société anonyme²⁰⁰. Il les exerce dans les limites de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi à l'assemblée d'actionnaires. Les administrateurs n'ont plus aucun pouvoir personnel²⁰¹. Le législateur attribue également un pouvoir général de direction de la société anonyme au président du conseil d'administration²⁰² ; ce dernier constitue l'organe de direction investi d'un pouvoir propre. Les pouvoirs d'administration et de direction ne sont pas définis dans la *Loi du 24 juillet 1966*. Mme Françoise Cherchouly-Sicard observe que «[d]es recherches ont été faites en droit pour tenter de distinguer 'l'administration' de la 'direction' ; tous les efforts se sont avérés stériles»²⁰³. On utilise donc les deux termes comme s'ils étaient synonymes²⁰⁴.

Le titre, «De l'administration du bien d'autrui», distingue deux niveaux d'administration : la simple administration²⁰⁵, qui vise la conservation du bien ou le maintien de l'usage auquel le bien est normalement destiné, et la pleine administration²⁰⁶, qui y ajoute la fructification et l'accroissement du patrimoine ou la réalisation de l'affectation du bien. L'objet de la gestion — ou de l'administration — du conseil d'administration se veut plus large puisque ce dernier est l'organe central de la société par actions²⁰⁷. Outre les pouvoirs particuliers conférés par le législateur, il détient les pouvoirs les plus étendus pour exercer les droits de la société par actions ; on ne saurait les restreindre à l'application de la simple, voire de la pleine administration.

Le *Code civil du Québec* énonce que la personne morale «agit» par ses organes²⁰⁸. En pratique, toutefois, le conseil d'administration n'agit pas ; il défi-

¹⁹⁸Art. 335 C.c.Q.

¹⁹⁹Voir l'art. 1703 C.c.B.-C.

²⁰⁰*Loi du 24 juillet 1966*, *supra* note 33, art. 98, al. 1.

²⁰¹Ripert, *supra* note 21 au n° 1260 ; de Juglart et Ippolito, *supra* note 109 aux n° 709, 714.

²⁰²*Loi du 24 juillet 1966*, *supra* note 33, art. 113, al. 1. Avant l'adoption de la *Loi du 24 juillet 1966*, le président du conseil d'administration était désigné le «président-directeur général» (voir ci-dessus, la partie II.A.1.). Voir Ripert, *ibid.* au n° 1297.

²⁰³*La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris II, 1982 [non publiée] au n° 113.

²⁰⁴*Contra* de Juglart et Ippolito :

Il y a lieu, en effet, de distinguer des fonctions bien différentes : «gérer» n'est pas forcément «diriger» ou «contrôler». «Gérer» c'est choisir une politique de l'entreprise. «Diriger» ou «contrôler» c'est voir si la politique choisie et décidée est bien exécutée (*supra* note 109 au n° 708).

²⁰⁵Art. 1301 et s. C.c.Q.

²⁰⁶Art. 1306 et s. C.c.Q.

²⁰⁷Smith, *Corporate Executives in Québec*, *supra* note 87 à la p. 32.

²⁰⁸Art. 311 C.c.Q.

nit les orientations de la politique de la société par actions et exerce un contrôle sur ses affaires²⁰⁹.

La théorie du pouvoir en droit civil enseigne que tout pouvoir de nature privée doit être exercé par son titulaire et ne peut être délégué totalement. Le conseil d'administration ne peut ni limiter ses pouvoirs ni renoncer à les exercer entièrement. Il peut les déléguer en partie à d'autres organes ou à des dirigeants²¹⁰. La L.C.Q. et la L.S.A. permettent au conseil d'administration de déléguer certains de ses pouvoirs. En effet, la L.C.Q. permet au conseil d'administration de déléguer certains de ses pouvoirs à des «officiers» parmi lesquels on retrouve un président d'assemblée, un président de la société par actions, un vice-président, un trésorier, un secrétaire et autres titulaires²¹¹. Par ailleurs, la L.S.A. permet au conseil d'administration une délégation limitée de ses pouvoirs²¹² à un administrateur-gérant choisi parmi les membres du conseil d'administration ou à un comité du conseil d'administration²¹³ de même qu'à des dirigeants qui portent les mêmes titres que les «officiers» visés par la L.C.Q.²¹⁴.

Tel que mentionné précédemment, l'assemblée des actionnaires constitue l'organe qui désigne les membres du conseil d'administration²¹⁵. Il s'agit d'une désignation des titulaires de pouvoirs propres attribués par la loi et non d'une délégation de pouvoirs²¹⁶. À la suite de leur élection et de l'acceptation de leur fonction, les membres du conseil d'administration sont investis du pouvoir collégial d'administration des biens et des affaires de la société par actions. Ils ne sont pas titulaires d'un pouvoir personnel²¹⁷, mais font partie de l'organe d'administration de la société par actions²¹⁸.

Le professeur James Smith a considéré le statut juridique des membres du conseil d'administration de la société par actions québécoise dans le cadre du droit civil et en distingue le double rôle: Premièrement, la gestion des affaires de la société par actions constitue l'objet du rôle interne des membres du conseil

²⁰⁹de Juglart et Ippolito, *supra* note 109 au n° 720.

²¹⁰Voir les art. 335 (personnes morales), 1337 (administration du bien d'autrui) C.C.Q. Le *Code civil du Québec* crée une exception à la théorie du pouvoir en droit privé, puisque l'art. 1337 prévoit, à titre supplétif, la délégation générale entre coadministrateurs.

²¹¹Art. 89(4), 91(2)d), 100 L.C.Q. Voir aussi l'art. 92 L.C.Q. en ce qui a trait au comité exécutif.

²¹²Art. 115(1), 115(3) L.S.A.

²¹³Art. 115(1) L.S.A.

²¹⁴Art. 121, 189(2) L.S.A. En droit français, le conseil d'administration nomme, sur proposition de son président, un directeur général et détermine les pouvoirs qu'il lui délègue en vertu des art. 115 à 117 de la *Loi du 24 juillet 1966*, *supra* note 33. L'art. 90 du *Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales*, J.O., 24 mars 1967, 2843, D.1967.Lég.137 prévoit que le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres, ou à des tiers, des mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. Les intéressés pourront représenter la société anonyme bien que le conseil d'administration ne possède pas lui-même de pouvoir de représentation. Voir Ripert, *supra* note 21 au n° 1301.

²¹⁵Art. 88-89 L.C.Q. ; art. 106(3) et s. L.S.A.

²¹⁶Lizée, *La responsabilité sociale de la société commerciale*, *supra* note 162 à la p. 122, n. 422.

²¹⁷Il est regrettable que la Partie IA de la L.C.Q. supporte l'idée que le conseil d'administration est titulaire de droits, puisque les membres du conseil d'administration n'exercent pas leurs droits personnels, mais un pouvoir d'administration pour le compte de la société par actions. Voir les art. 123.82 et 123.92 L.C.Q.

²¹⁸Art. 311 C.c.Q.

d'administration qui sont alors qualifiés de fonctionnaires de la société par actions, puisqu'ils exercent une fonction d'administration pour le compte de cette dernière²¹⁹. Deuxièmement, le membre du conseil d'administration est qualifié de mandataire de la société par actions lorsqu'il la représente. La représentation constitue le rôle extérieur du rapport juridique interne²²⁰.

Cette affirmation d'un double rôle est juste ; néanmoins sa définition peut être reformulée de façon à tenir compte de la théorie du pouvoir. Dans sa relation interne avec la société par actions, le membre du conseil d'administration est un administrateur du bien d'autrui qui fait partie d'un organe doté par la loi d'un pouvoir propre d'administration. Les coadministrateurs agissent en collégialité au nom de l'organe, pour le compte de la société par actions. Dans son rapport externe, le membre du conseil d'administration peut, au même titre que tout autre dirigeant, se voir attribuer un pouvoir de représentation de la société par actions, à l'égard d'un tiers, dans l'accomplissement d'un acte juridique.

b. *Le pouvoir de représentation des dirigeants*

Le *Code civil du Québec* dispose que toute personne, physique ou morale, est apte à exercer ses droits civils. Ces droits peuvent également être exercés suivant le mécanisme de la représentation²²¹. Le représentant exerce, à l'égard des tiers, les droits subjectifs de la personne représentée au nom et pour le compte de cette dernière. Le représentant doit alors manifester la volonté de créer un lien de droit avec le tiers. La représentation ne s'applique qu'à la volonté d'accomplir un acte juridique²²². Cette volonté correspond à l'exercice du droit subjectif par le biais de l'exercice du pouvoir de représentation, lequel peut être de source légale, judiciaire, voire conventionnelle, tel qu'illustré par le mandat.

Le *Code civil du Québec* prévoit que la personne morale est représentée par ses dirigeants²²³. Le terme générique «dirigeant» est substitué à celui d'«officier» utilisé par le *Code civil du Bas-Canada*²²⁴. Le *Code civil du Québec* attribue aux dirigeants un pouvoir légal de représentation. Les règles concernant l'exercice de ce pouvoir à l'égard d'un tiers sont codifiées par le régime, «De l'administration du bien d'autrui»²²⁵. Elles correspondent aux règles applicables au mandat²²⁶. D'ailleurs, la doctrine québécoise explique traditionnellement par

²¹⁹«Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23 à la p. 621.

²²⁰*Ibid.* à la p. 534.

²²¹Art. 4 C.c.Q.

²²²Il semble exister une controverse en droit québécois à savoir si le mécanisme de la représentation s'applique aux faits matériels accessoires à l'exécution de l'acte juridique. Certains auteurs excluent les faits matériels du mécanisme de la représentation. Voir *inter alia* C. Fabien, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois» (1978) 19 C. de D. 55 à la p. 60. *Contra* Groffier, *supra* note 89 à la p. 448.

²²³Art. 312 C.c.Q.

²²⁴Art. 359-60 C.c.B.-C. Les *Commentaires du ministre*, t. 1, *supra* note 110 à la p. 211, précisent que le terme dirigeant «comprend les titulaires de postes de direction et, le cas échéant, les administrateurs».

²²⁵Art. 1319 et s. C.c.Q.

²²⁶Art. 2157 et s. C.c.Q.

les règles du mandat le rapport externe entre la société par actions et ses dirigeants à l'égard des tiers dans l'accomplissement d'un acte juridique²²⁷. Ce rapport externe est parfois qualifié de mandat légal, par opposition au mandat conventionnel²²⁸.

Les limites des pouvoirs attribués aux dirigeants autres que les membres du conseil d'administration sont généralement définies dans les règlements de la société par actions ou par une résolution du conseil d'administration. Par ailleurs, la L.C.Q. et la L.S.A. prévoient que les membres du conseil d'administration détiennent en collégialité un pouvoir légal de représentation²²⁹. En pratique, pour des raisons d'efficacité dans l'accomplissement des transactions commerciales, il est extrêmement rare que les administrateurs exercent en collégialité ce pouvoir de représentation à l'égard des tiers. Ils constituent cependant l'organe qui décidera d'exécuter l'acte et déléguera, par la création d'un mandat spécial en faveur du représentant de leur choix — un membre du conseil d'administration ou toute autre personne —, le pouvoir de représenter la société par actions pour l'exécution proprement dite de l'acte juridique. En acceptant cette charge, le représentant parfait la création de ce mandat²³⁰.

Bref, le fonctionnement de la société par actions relève de l'attribution de deux types de pouvoirs aux organes et aux dirigeants sociaux, soit le pouvoir propre et le pouvoir de représentation. Par contre, les conséquences de l'attribution de pouvoirs sont identiques, qu'il s'agisse de l'un ou l'autre de ces pouvoirs.

B. Les conséquences de l'attribution de pouvoirs

L'attribution de pouvoirs confère une liberté d'agir pour le compte d'autrui. Cette liberté d'action n'est pas sans contrainte. Au contraire, la qualifica-

²²⁷Smith, «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23. M. Paquin (*Le droit de l'environnement et les administrateurs d'entreprises*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992) étudie également les effets juridiques de l'accomplissement d'un simple geste matériel. Pour une analyse de l'art. 123.87 L.C.Q., voir Richard, «Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : Réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire», *supra* note 88 et voir également, du même auteur, «Considérations sur l'étendue des pouvoirs de représentation des administrateurs et officiers de compagnies québécoises» (1992) 26 R.J.T. 87.

²²⁸Voir Perrault, *supra* note 79 à la p. 493 ; Smith, *ibid.* à la p. 531 ; Caron, «L'abus de pouvoir en droit commercial québécois», *supra* note 151 à la p. 10. C. Fabien affirme, dans son article, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222 à la p. 59, que la représentation de l'administrateur de la société par actions est conventionnelle. Il cite à cet égard, *inter alia*, l'article précité de J. Smith. Or, ce dernier affirme : «Le but de cet article est d'établir qu'en droit québécois les administrateurs et les officiers sont les mandataires légaux et les fonctionnaires de la compagnie» (*ibid.*). Peut-être C. Fabien voulait-il avancer qu'on applique à l'administrateur de la société par actions les règles applicables au mandataire envers son mandant en vertu du mandat conventionnel.

²²⁹Art. 91(1) (Parties I et IA) L.C.Q. ; art. 102(1) L.S.A.

²³⁰L'objectif de la présente section se limitait à présenter la distinction entre le pouvoir propre et le pouvoir de représentation. À cet égard, il est intéressant de noter que la doctrine québécoise récente s'intéresse à l'articulation des pouvoirs de représentation des dirigeants. Quant à l'étude de la portée de ces pouvoirs, nous référons le lecteur au récent article de L.-H. Richard sur l'analyse des pouvoirs de représentation du dirigeant de la société par actions constituée en vertu de la L.C.Q. («Considérations sur l'étendue des pouvoirs de représentation des administrateurs et officiers de compagnies québécoises», *supra* note 227).

tion du rapport entre la société par actions et ses organes et dirigeants, à partir de la notion du pouvoir en droit privé, entraîne l'application des normes d'exercice du pouvoir (1).

Puisque l'exercice du pouvoir affecte le patrimoine du bénéficiaire, il est légitime que ce dernier puisse le contrôler. L'exercice de pouvoirs entraîne la mise en application d'un mécanisme de contrôle par le bénéficiaire. La société par actions peut ainsi contrôler l'exercice des pouvoirs par ses organes et dirigeants (2).

1. L'exercice de pouvoirs

Le *Code civil du Québec* codifie les trois obligations générales qui découlent de l'exercice de pouvoirs. Elles correspondent aux obligations que reconnaît la doctrine française : l'obligation de respecter les limites des pouvoirs (a), l'obligation de diligence et de prudence (b) et l'obligation de loyauté (c)²³¹. Ces obligations sont énoncées dans le cadre des règles sur le mandat²³², de celles sur l'administration du bien d'autrui²³³ ainsi qu'à la section III du chapitre premier, «Des personnes morales», relative aux obligations des administrateurs²³⁴.

Il convient tout d'abord de préciser la portée du terme «administrateur» employé dans cette section. Vise-t-il uniquement les membres du conseil d'administration, à l'exclusion des autres dirigeants, telle que la formulation de l'article 316 du *Code civil du Québec* le suggère ? Le terme choisi peut porter à confusion. Il nous semble qu'il aurait dû viser toute personne qui est titulaire de pouvoirs devant être exercés pour le compte d'une personne morale. Les trois obligations générales que doit assumer ledit administrateur se manifestent sous diverses formes et se trouvent, pour la plupart, mentionnées parmi les obligations de l'administrateur du bien d'autrui envers le bénéficiaire dans le titre, «De l'administration du bien d'autrui».

Le conseil d'administration d'une société par actions exerce ses pouvoirs propres à travers la prise de décision de ses membres. À l'inverse, d'autres dirigeants seront appelés à exercer individuellement des pouvoirs propres ou des pouvoirs de représentation. L'état actuel du droit québécois démontre que ce sont généralement les dirigeants autres que les membres du conseil d'administration qui ont le plus d'occasions de contrevenir aux obligations découlant de l'exercice de pouvoirs.

Si le législateur entend soumettre aux articles 321 et suivants du *Code civil du Québec* uniquement les administrateurs membres du conseil d'administration, les autres dirigeants seront soumis à des obligations comparables par l'application des dispositions supplétives prévues au titre, «De l'administration du bien d'autrui». Mais, par une interprétation restrictive du mot «administrateur» utilisé dans cette section, les autres dirigeants pourraient, entre autres, être malencontreusement exclus de l'application de la règle d'exception prévue en

²³¹P. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988 au n° 11 et s.

²³²Art. 2138 et s. C.c.Q.

²³³Art. 1308 et s. C.c.Q.

²³⁴Art. 321 et s. C.c.Q.

faveur des administrateurs des personnes morales quant à l'acquisition de droits dans les biens gérés et la conclusion de contrats avec la personne morale²³⁵.

Par ailleurs, l'article 321 C.c.Q. énonce que l'«administrateur» est considéré «comme mandataire de la personne morale»²³⁶. Cette disposition rappelle l'expression consacrée à l'article 123.83 L.C.Q.²³⁷. Le professeur Louise-Hélène Richard, qui a récemment étudié la portée de l'expression de la L.C.Q., est d'avis que celle-ci ne confère pas le statut de mandataire aux membres du conseil d'administration dans l'exercice des fonctions internes qui n'impliquent pas de représentation²³⁸. Néanmoins, le professeur Richard soutient que l'article 123.83 L.C.Q. entraîne l'application des règles du mandat dans le rapport interne entre la société par actions et le membre du conseil d'administration. Cette opinion est corroborée par celle du professeur James Smith²³⁹ et peut être complétée par la reconnaissance de l'autonomie de la notion de pouvoir.

Le dirigeant qui exerce un pouvoir propre, individuellement ou en conseil, pour le compte de la société par actions, ne peut être qualifié de mandataire puisqu'il ne la représente pas. Cependant, les obligations qu'il assume envers la société par actions doivent être analysées par analogie aux obligations d'un mandataire envers son mandant lors de l'exercice d'un pouvoir de représentation. Ils peuvent tous deux être qualifiés d'administrateurs du bien d'autrui, titulaires de pouvoirs qu'ils exercent pour le compte d'un bénéficiaire. L'exercice d'un pouvoir, qu'il s'agisse d'un pouvoir propre ou d'un pouvoir de représentation, les assujettit aux mêmes obligations.

Cette opinion semble confirmée par le jugement unanime de la Cour suprême du Canada rendu sous la plume de M. le juge Gonthier, dans l'affaire *Leong* où il affirme :

Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs [«directors and senior officers»] leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables mandataires de leur société ou de leurs actionnaires, mais en raison du contrôle qu'ils exercent sur

²³⁵Art. 325 C.c.Q. Voir la règle d'interdiction générale à l'art. 1312 C.c.Q., au titre «De l'administration du bien d'autrui». La règle d'exception est absente de la L.C.Q. La procédure d'exception du C.c.Q. ressemble à celle que l'on retrouve à l'art. 120(1) et s. L.S.A., qui s'appliquent tant à l'administrateur membre du conseil d'administration qu'au dirigeant, suivant la définition de ces termes dans cette loi.

²³⁶Paradoxalement, malgré l'effort doctrinal pour s'écarter du mandat, le législateur français y réfère également dans la *Loi du 24 juillet 1966*, *supra* note 33. Voir les art. 92, al. 3, 95, al. 3, 115 et 246, al. 2 de la *Loi du 24 juillet 1966*. Ces dispositions portent P. Bézard à qualifier le membre du conseil d'administration de «mandataire social» de la société anonyme (*La société anonyme*, Paris, Montchrestien, 1986 au n° 137).

²³⁷Voir ci-dessus, la partie I.A.2.b. Il est malheureux que les *Commentaires du ministre* suggèrent que l'administrateur de la personne morale est un mandataire, puisque les codificateurs ne lui ont pas conféré cette qualification expressément; l'art. 321 C.c.Q. semble prévoir plutôt que cet administrateur doit être considéré comme un mandataire. Voir *Commentaires du ministre*, t. 1, *supra* note 110 à la p. 776. Voir aussi Martel, «Les personnes morales», *supra* note 110 à la p. 211.

²³⁸«Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : Réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire», *supra* note 88 à la p. 791 et s. et, du même auteur, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 à la p. 934 et s.

²³⁹«Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23 à la p. 531.

les affaires de la société. Ce contrôle ressemble, à bien des égards, au contrôle que peut exercer le mandataire sur les affaires de son mandant, et ainsi donc les responsabilités et les obligations imposées aux cadres supérieurs correspondent à celles que le *Code civil* prescrit dans le cas des mandataires.²⁴⁰

Il y a lieu de considérer la portée de ces trois obligations.

a. *L'obligation de respecter les limites des pouvoirs*

La norme attributive du pouvoir fixe les limites de l'exercice de cette prérogative²⁴¹. Elle confère à l'administrateur du bien d'autrui une charge ou fonction lui permettant d'agir pour le compte du bénéficiaire, à l'intérieur des limites ainsi fixées et selon les instructions prévues à la norme. Il en découle une obligation d'agir à l'intérieur de ces limites, laquelle est codifiée dans le *Code civil du Québec*²⁴². L'exercice de pouvoirs par un organe ou un dirigeant de la société par actions suppose que celui-ci, organe ou dirigeant, ait été régulièrement nommé et qu'il agisse à l'intérieur des limites de ces pouvoirs²⁴³.

L'étendue des pouvoirs varie selon leurs limites respectives. Dans le cadre de la société par actions, il faut tenir compte des limites légales des pouvoirs des organes et des dirigeants ainsi que de celles qui découlent de l'acte constitutif de la société par actions et de ses règlements²⁴⁴ : l'étendue du pouvoir propre d'administration du conseil d'administration est très large. Selon la théorie de l'institution²⁴⁵, les limites de ce pouvoir se situent là où débutent les compétences attribuées aux autres organes de la société par actions. À l'intérieur de ce champ de compétence, les administrateurs en conseil ont toute liberté pour définir les actes qu'ils peuvent exécuter dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir. L'interprétation téléologique de l'étendue du pouvoir propre d'administration est laissée à l'appréciation du tribunal.

L'étendue des pouvoirs de représentation des dirigeants est déterminée par la loi, l'acte constitutif et les règlements de la société par actions²⁴⁶.

L'exercice du pouvoir comporte également une limite temporelle qui dépend de la norme attributive. La limite temporelle de la mission du membre du conseil d'administration dépend, *inter alia*, de la durée fixée par la loi constitutive de la société par actions²⁴⁷, de sa destitution par les actionnaires²⁴⁸, de sa démission²⁴⁹ ou de son inhabileté à exercer ses fonctions²⁵⁰.

²⁴⁰Supra note 100 aux pp. 442-43.

²⁴¹Voir, en droit français, Pétel, supra note 231 au n° 14, qui discute du respect des instructions du mandant. Voir généralement, en droit québécois, Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», supra note 98 au n° 21 et s.

²⁴²Art. 321 (personnes morales), 1308 (administration du bien d'autrui), 2136-38 (mandat) C.c.Q.

²⁴³Voir l'art. 328 C.c.Q.

²⁴⁴Voir au titre dixième, «Du droit international privé», les art. 3087, 3116 C.c.Q.

²⁴⁵Voir ci-dessus la partie II.A.1.

²⁴⁶Art. 312 C.c.Q. Voir également l'art. 36 (Parties I et IA) L.C.Q. et l'art. 122(2) L.S.A.

²⁴⁷Voir les art. 88, 91(2)c) (Parties I et IA) L.C.Q. et l'art. 106 L.S.A.

²⁴⁸Art. 123.77-123.79 (Partie IA) L.C.Q. ; art. 109 L.S.A.

²⁴⁹Art. 123.76, al. 2 L.C.Q. ; art. 108(1a) L.S.A.

²⁵⁰Art. 86, 123.73, 123.74 L.C.Q. ; art. 105, 108(1c) L.S.A. ; art. 327, 329 C.c.Q.

b. *L'obligation de diligence et de prudence*

L'exercice de pouvoirs nécessite l'expression libre et indépendante de la volonté de l'administrateur du bien d'autrui qui agit pour le compte du bénéficiaire, contrairement au sujet de droit qui décide pour son propre compte²⁵¹. Quelle que soit la limitation des pouvoirs attribués, l'administrateur du bien d'autrui doit, lors de la prise de décision, définir les intérêts du bénéficiaire selon sa propre appréciation. À l'extrême, si la norme attributive ne laisse aucun choix quant aux actes à être exécutés par l'administrateur du bien d'autrui, il n'en demeure pas moins que ce dernier exprime sa propre volonté, ne serait-ce que pour prendre des mesures de conservation ou de sauvegarde des intérêts du bénéficiaire²⁵².

De cette indépendance d'action découle l'obligation de diligence et de prudence dans l'exécution des actes pour le compte du bénéficiaire²⁵³. Le *Code civil* français vise la même obligation lorsqu'il traite de la faute de gestion du mandataire²⁵⁴. Cette obligation correspond à l'obligation d'agir en bon père de famille requise de tous les titulaires de pouvoirs dans le *Code civil du Bas-Canada*²⁵⁵. Cette obligation impose une norme minimale de conduite dans l'exercice du pouvoir et vise à contrôler l'opportunité et les risques encourus lors de la mise en œuvre du pouvoir pour le compte du bénéficiaire.

c. *L'obligation de loyauté*

Le pouvoir est une prérogative qui a nécessairement pour objet un acte orienté vers un but qui en détermine la finalité²⁵⁶. Dans la tradition civiliste, la finalité du pouvoir n'est pas fixée arbitrairement par l'administrateur du bien d'autrui, mais plutôt par le but prédéterminé par la loi ou par la jurisprudence d'une façon générale et abstraite.

La doctrine française enseigne que l'exercice du pouvoir entraîne de façon inhérente l'obligation de respecter la finalité, c'est-à-dire d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire de cet exercice du pouvoir. Ce principe du respect de la finalité du pouvoir fait aussi partie du droit civil québécois. La Cour suprême du Canada l'a confirmé dans l'affaire *Leong*²⁵⁷, décision rendue dans le cadre du *Code civil*

²⁵¹Gaillard, *supra* note 144 au n° 216 et s.

²⁵²Voir Pétel, *supra* note 231 au n° 144 et s. En droit québécois, voir Giguère, *supra* note 44 à la p. 117 et s. *Contra* Smith, «Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec», *supra* note 23 à la p. 623 et, du même auteur, *Corporate Executives in Québec*, *supra* note 87 à la p. 266 et s.

²⁵³Pétel, *ibid.* au n° 120. L'obligation est codifiée aux art. 322, al. 1 (personnes morales), 1309, al. 1 (administration du bien d'autrui), 2138, al. 1 (mandat) C.c.Q.

²⁵⁴Art. 1992, al. 1 C. civ. : «Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion». Voir également la *Loi du 24 juillet 1966*, *supra* note 33, art. 52, 244.

²⁵⁵Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 31 ; Fabien, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222 à la p. 64.

²⁵⁶Storck, *supra* note 145 au n° 190 et s. ; Gaillard, *supra* note 144 au n° 235 et s. ; Pétel, *supra* note 231 au n° 172 et s.

²⁵⁷*Supra* note 100 aux pp. 441-42.

du *Bas-Canada*. Elle rappelle que tout administrateur du bien d'autrui doit assumer une conduite responsable envers le bénéficiaire et ce, quelle que soit sa fonction. Cette conduite ne se fonde pas sur les devoirs fiduciaires d'*equity*²⁵⁸, mais sur les adages «nul ne doit tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions» et «bien mal acquis ne profite pas». Ces adages font partie des principes généraux du droit et reçoivent application dans le *Code civil du Bas-Canada*, notamment aux articles 411, 610, 1049, 1484, 1485, 1706 et 1713²⁵⁹.

L'une des caractéristiques du droit civil est la formulation générale du droit privé qui est éventuellement complétée par le recours aux principes généraux du droit. Un code civil n'offre qu'un nombre limité de solutions formulées en termes généraux. Pour résoudre un problème non prévu par le code, il faut chercher les solutions, selon un procédé d'induction, à un niveau supérieur, à même les principes généraux du droit qui constituent une source sous-estimée du droit civil²⁶⁰. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* rappelle expressément que les principes généraux du droit constituent une source principale du droit civil. L'obligation de loyauté de l'administrateur de la personne morale, codifiée à l'article 322, deuxième alinéa, du *Code civil du Québec* découle de l'exercice du pouvoir en droit privé, bien que d'aucuns prétendent qu'il s'agisse de la codification des devoirs fiduciaires²⁶¹ du droit anglais²⁶². Cependant, l'affaire *Leong* semble éviter cet emprunt conceptuel puisqu'elle permet d'établir la source de l'obligation de loyauté en droit civil.

Les organes et les dirigeants de la personne morale recherchent l'intérêt collectif du groupement²⁶³. Le dirigeant de la société par actions, dans l'exercice d'un pouvoir de représentation, ainsi que les organes sociaux, dans l'exercice de leurs pouvoirs propres, doivent veiller aux intérêts de la société par actions, soit l'intérêt social²⁶⁴.

La loyauté est un principe fécond susceptible de se manifester sous diverses formes dont quelques-unes sont codifiées dans les règles prévues à la section III du chapitre premier, «Des personnes morales»²⁶⁵. À la lecture des *Commentaires du ministre de la Justice*, il semble que les codificateurs se soient inspirés notamment de la L.C.Q. et de la L.S.A. lors de l'élaboration de certaines de ses règles. Néanmoins, l'obligation de loyauté constitue une notion connue en droit civil. On peut puiser à même ce système juridique les solutions applicables à toute situation non prévue spécifiquement dans le *Code civil du Québec*. Cependant, il y a lieu de croire que l'obligation de loyauté soit comparable à l'interdiction faite au fiduciaire par le droit anglais de profiter person-

²⁵⁸Voir ci-dessus, la partie I.A.2.a.i.

²⁵⁹*Leong*, *supra* note 100 aux pp. 441-42.

²⁶⁰Voir David, *supra* note 4 au n° 113 et s. ; Jeanneau, *supra* note 77 à la p. 223 et s.

²⁶¹Voir ci-dessus, la partie I.A.2.a.i.

²⁶²Martel, «Les personnes morales», *supra* note 110 à la p. 212.

²⁶³Gaillard, *supra* note 144 au n° 3.

²⁶⁴Parmi les seuls intérêts personnels des dirigeants qui sont justifiés, notons leur rémunération et le remboursement de certaines dépenses. Voir par analogie Fabien, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222 à la p. 67.

²⁶⁵Art. 322 et s. C.c.Q.

nellement de la relation fiduciaire²⁶⁶. On peut s'attendre à ce que le droit civil assure le respect des mêmes valeurs fondamentales que le droit anglais puisque les préceptes de l'*equity* sont fondés notamment sur l'enseignement canonique et civiliste.

Lorsque la norme attributive du pouvoir est conventionnelle, l'obligation de loyauté est recherchée parmi les obligations contractuelles. C'est ce que fait la Cour suprême dans l'affaire *Leong*. Dans cette affaire, M. Kuet Leong Ng, cambiste en chef de la Banque de Montréal pour le Québec, jouissait d'une grande liberté d'action dans la conclusion de contrats exécutoires pour et au nom de la banque. L'autonomie résultant de sa fonction lui a permis de tirer des profits personnels secrets que la Cour suprême lui a ordonné de remettre à son employeur. La Cour situe l'obligation de loyauté dans le cadre du contrat de travail²⁶⁷.

Cette décision permet d'envisager une meilleure appréciation du statut juridique des personnes dont les fonctions ne correspondent pas aux définitions traditionnelles du contrat de travail ou du mandat, c'est le cas, notamment, des cadres d'entreprise²⁶⁸. L'employé est débiteur d'une obligation de loyauté envers son employeur²⁶⁹. La Cour suprême du Canada affirme que «l'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe»²⁷⁰. Selon nous, la loyauté est absolue dans son principe ; cependant, l'objet de cette obligation peut varier selon les tâches à accomplir. On ne doit pas considérer les différents niveaux d'intensité de l'obligation de loyauté comme autant de niveaux dans la force obligatoire de cette obligation en fonction de la qualification d'employé (ou de salarié, selon l'expression du *Code civil du Québec*), de mandataire voire de dirigeant de la société par actions²⁷¹. À l'instar du dirigeant et du mandataire, dès que l'employeur attribue un pouvoir à son employé en vertu d'un contrat de travail, on peut envisager que les intérêts de ce dernier s'assimilent à ceux de son employeur qui est le bénéficiaire de l'exercice de ce pouvoir. Ainsi, l'obligation de loyauté contractuelle ne s'oppose pas à la théorie du pouvoir en droit privé.

De plus, l'obligation de loyauté est distincte de l'obligation de diligence et de prudence qui suppose le respect de la finalité de la norme attributive du pouvoir. Le manque de diligence ou de prudence dans l'exécution d'un acte pour le compte du bénéficiaire n'équivaut pas nécessairement à la poursuite d'un but étranger à la finalité du pouvoir²⁷².

²⁶⁶Quant à la controverse au sujet de la portée de l'obligation de loyauté tant en droit civil qu'en droit anglais, voir, en droit québécois, Lizée, «Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droits anglais et comparés», *supra* note 57 et, en droit anglais, J.G. MacIntosh, «Corporations» dans Law Society of Upper Canada, *Fiduciary Duties*, Toronto, De Boo, 1991, 189.

²⁶⁷M. le juge Gonthier applique le raisonnement du droit civil français et reconnaît l'obligation de loyauté qui découle de la bonne foi dans l'exécution du contrat selon l'art. 1134, al. 3 C. civ. (*Leong*, *supra* note 100 à la p. 438).

²⁶⁸Voir Fabien, «Les règles du mandat» dans *Répertoire de droit – Mandat*, Doc. 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986 au n° 61 et s.

²⁶⁹Voir Aust et Charette, *supra* note 90. L'obligation de loyauté est codifiée à l'art. 2088 C.c.Q.

²⁷⁰*Leong*, *supra* note 100 à la p. 438.

²⁷¹Voir Martel, «Les personnes morales», *supra* note 110 à la p. 218.

²⁷²Gaillard, *supra* note 144 au n° 150.

Tel qu'exposé précédemment, suite au courant jurisprudentiel qui a voulu importer en droit québécois les règles formulées dans l'affaire *Canaero*²⁷³, les tribunaux ont semblé prêts à replacer l'obligation de loyauté du dirigeant envers la société par actions dans un contexte civiliste en la fondant sur le devoir d'agir en bon père de famille en vertu de l'article 1710 du *Code civil du Bas-Canada*.

Plus récemment, les auteurs qui se sont penchés sur la question de l'existence de l'obligation de loyauté en droit civil ont également opiné qu'elle est incluse implicitement dans l'obligation d'agir en bon père de famille de l'article 1710 du *Code civil du Bas-Canada*²⁷⁴. Selon cet article, la loyauté du dirigeant est appréciée *in abstracto*, selon la conduite d'un dirigeant prudent placé dans des circonstances similaires.

La reconnaissance de l'existence de l'obligation de loyauté du dirigeant envers la société par actions en droit civil est juste. Vouloir la fonder sur une disposition de la loi semble une préoccupation commune aux civilistes québécois. Cependant, fonder l'obligation de loyauté sur l'article 1710 du *Code civil du Bas-Canada* entraîne une certaine confusion puisque l'obligation de diligence et de prudence vise la mise en œuvre du pouvoir, alors que la loyauté garantit le respect de la finalité du pouvoir. Il est donc heureux que le *Code civil du Québec* ait pris soin de distinguer l'obligation de loyauté de l'obligation de diligence et de prudence en les énonçant séparément²⁷⁵.

2. Le contrôle de l'exercice de pouvoirs

Les pouvoirs doivent être exercés uniquement dans l'intérêt du bénéficiaire. Il est nécessaire que cet exercice fasse l'objet d'un contrôle afin de vérifier si la finalité des pouvoirs a été respectée²⁷⁶.

Certes, nous savons, par le biais de notre droit public, que le droit anglais fait la distinction entre les pouvoirs liés et les pouvoirs discrétionnaires. En droit civil, cependant, on enseigne que tout pouvoir privé doit faire l'objet d'un contrôle²⁷⁷. Le pouvoir est une prérogative qui engage le patrimoine du bénéficiaire ; il est essentiel qu'il y ait un contrôle afin d'assurer que l'intérêt de ce dernier soit respecté.

²⁷³Voir ci-dessus, la partie I.A.2.b.

²⁷⁴Charlton, *supra* note 86 à la p. B75 et s. ; Richard, «L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : Une approche extra-contractuelle», *supra* note 85 à la p. 948 et s. Voir également Smith, *Corporate Executives in Québec*, *supra* note 87 à la p. 165.

Il faut noter que le professeur Claude Fabien a affirmé l'existence d'une obligation générale de loyauté. Celle-ci serait implicitement incluse aux obligations prévues aux art. 1710 et 1713 C.c.B.-C. et aux obligations qui découlent de la nature du contrat (art. 1024 C.c.B.-C.) («L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222 aux pp. 64, 67 et s.). De plus, il estime qu'on peut la déduire des prohibitions prévues aux arts. 1484, 1706 C.c.B.-C. («Les règles du mandat», *supra* note 268 au n° 125).

²⁷⁵L'obligation de loyauté est codifiée aux art. 322, al. 2 (personnes morales), 1309, al. 2, 1310 (administration du bien d'autrui), 2138, al. 2 (mandat) C.c.Q.

²⁷⁶Storck, *supra* note 145 au n° 194 et s. ; Gaillard, *supra* note 144 au n° 144 et s.

²⁷⁷Storck, *ibid.* au n° 198 et s. ; Gaillard, *ibid.* au n° 236. Il est malheureux que le droit québécois utilise l'expression «pouvoir discrétionnaire». Voir l'art. 1337 C.c.Q. et l'art. 981v C.c.B.-C.

Le contrôle de l'exercice du pouvoir par son bénéficiaire se manifeste de trois façons : la reddition de compte (a), la responsabilité civile de l'administrateur du bien d'autrui (b) et l'application de la théorie de l'abus de pouvoir (c).

a. *La reddition de compte*

L'administrateur du bien d'autrui est comptable de ses actes envers le bénéficiaire. L'obligation de rendre compte s'applique à tous ceux qui administrent le bien d'autrui, à moins qu'ils en soient dispensés par le bénéficiaire ou par la loi. Elle permet de vérifier la loyauté de leur administration.

La doctrine traditionnelle limite la portée de cette obligation à l'apurement du compte de gestion à la fin de l'administration ou à tout autre moment dans le cadre de l'action en reddition de compte²⁷⁸.

Suivant le mécanisme propre à la société par actions, la reddition de compte par le conseil d'administration se limite à la présentation des états financiers de la société par actions aux actionnaires lors de leur assemblée annuelle²⁷⁹, et au processus de ratification des décisions importantes par l'assemblée des actionnaires.

La doctrine française récente confère à l'obligation de rendre compte une portée plus large²⁸⁰. En plus d'exécuter une reddition matérielle de son compte, l'administrateur du bien d'autrui doit aussi verser au bénéficiaire tout ce qu'il a reçu en raison de son administration.

L'article 1993 du *Code civil* français et l'article 1713 du *Code civil du Bas-Canada* prévoient l'obligation pour le mandataire de reverser au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat. Bien qu'exprimée dans le cadre du mandat, cette disposition énonce une obligation d'une portée plus générale imposée par le mécanisme de l'administration du bien d'autrui.

La Cour suprême du Canada reconnaît, dans l'affaire *Leong*, la portée générale de l'obligation de reversement devant être respectée par tout administrateur du bien d'autrui. L'administrateur du bien d'autrui n'agit pas pour son propre compte ; il doit promouvoir uniquement les intérêts du bénéficiaire et ne peut tirer un avantage personnel de cette fonction²⁸¹. Le tribunal peut ordonner à tout administrateur du bien d'autrui de rendre compte et de remettre au bénéficiaire tout ce qu'il a reçu dans l'exercice du pouvoir. L'obligation de reversement constitue un principe fécond du droit civil qui est applicable aux organes et aux dirigeants de la société par actions²⁸². Elle est codifiée dans le titre, «De

²⁷⁸Voir Pétel, *supra* note 231 au n° 530 et s. ; Cantin Cumyn, «De l'administration du bien d'autrui», *supra* note 98 au n° 34. La reddition de compte de l'administrateur du bien d'autrui se retrouve aux art. 1351 et s. (compte sommaire), 1363 et s. (compte définitif) C.c.Q.

²⁷⁹Art. 98(2), 98(3) (Parties I et IA) L.C.Q. ; art. 155 et s. L.S.A.

²⁸⁰Pétel, *supra* note 231 au n° 367 et s.

²⁸¹Voir l'affaire *Leong* : «En fait, le *Code civil* réprouve les situations qui incitent les gens à tourner à leur propre profit des activités qui doivent être exercées au profit d'autres personnes» (*supra* note 100 à la p. 442).

²⁸²*Ibid.* à la p. 444.

l'administration du bien d'autrui»²⁸³, dont nous avons conclu qu'il est applicable aux organes et aux dirigeants de la société par actions.

D'une part, l'article 1713 et, d'autre part, les articles 1706, 1484 et 1485 du *Code civil du Bas-Canada* ont aussi été invoqués comme source de l'obligation de loyauté des membres du conseil d'administration envers la société par actions²⁸⁴. Pourtant, tel que le démontre l'affaire *Leong*, l'article 1713 n'est pas la source écrite de l'obligation de loyauté, mais une conséquence parmi d'autres de cette obligation que l'on retrouve également aux articles 1484, 1485 et 1706 du *Code civil du Bas-Canada*.

Outre la reddition de compte, il y a lieu d'envisager la responsabilité civile de l'administrateur du bien d'autrui.

b. La responsabilité civile de l'administrateur du bien d'autrui

La violation des trois obligations principales découlant de l'exercice des pouvoirs entraîne, *inter alia*, la responsabilité civile de son auteur fondée sur la faute.

Si la norme attributive du pouvoir est contractuelle, comme dans le cas du mandat, la faute entraîne une responsabilité contractuelle²⁸⁵. Si, par contre, le pouvoir est conféré par une norme extra-contractuelle, l'appréciation de la faute tombe sous le principe général de la responsabilité civile²⁸⁶.

Cependant, alors qu'un dirigeant autre qu'un membre du conseil d'administration peut être appelé personnellement à exercer un pouvoir, les membres du conseil d'administration n'exercent pas, à ce titre, de pouvoir personnel. Ils exercent plutôt les pouvoirs propres du conseil d'administration uniquement lorsqu'ils agissent en collégialité comme organe.

Le conseil d'administration peut commettre des fautes qui seront imputées à la société par actions puisqu'il est un des organes faisant partie intégrante de celle-ci. Afin d'assurer la protection des transactions commerciales effectuées avec des tiers de bonne foi, il peut être légitime que la responsabilité, à l'égard des tiers, des membres du conseil d'administration soit imputée à la société par actions si le conseil d'administration exerce un pouvoir de représentation.

Or, cet objectif de sécurité des transactions commerciales vient faire échec aux règles régissant le rapport entre l'administrateur du bien d'autrui et le bénéficiaire. Le membre du conseil d'administration n'engagera sa responsabilité personnelle envers le tiers que sur preuve d'une faute personnelle autre que les fautes relevant de l'exercice du pouvoir.

L'exercice d'un pouvoir de représentation par le conseil d'administration est exceptionnel. Cependant, ce conseil d'administration exerce le très large

²⁸³Art. 1366 C.c.Q.

²⁸⁴Voir notamment Martel, «Les cadres d'entreprises peuvent-ils être infidèles ? La montée des devoirs 'fiduciaires'», *supra* note 89 à la p. 131 et s. ; Fabien, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222 aux pp. 67-68.

²⁸⁵Art. 1710, 1024 C.c.B.-C. ; art. 1991, 1992 C. civ. ; art. 1458, 1607 C.c.Q.

²⁸⁶Art. 1053, 1057 C.c.B.C. ; art. 1382 C. civ. ; art. 1457 C.c.Q.

pouvoir propre d'administration pour le compte de la société par actions. La théorie de l'organe ne permet pas à la société par actions de poursuivre en responsabilité civile son conseil d'administration dans l'exercice de ce pouvoir puisque la personnalité de l'organe est absorbée par la société par actions. C'est à ce stade que la reconnaissance de l'autonomie du pouvoir par rapport à la représentation organique devient utile. Elle permet à la société par actions de contrôler l'exercice du pouvoir propre du conseil d'administration et d'envisager la responsabilité collective de ses membres. Doit-on admettre la responsabilité solidaire des membres du conseil d'administration lorsque l'exercice du pouvoir d'administration cause préjudice à la société par actions ou à un autre de ses organes ? Le droit supplétif prévu au *Code civil du Québec* le suggère²⁸⁷.

Outre la responsabilité civile, il y a lieu d'envisager le contrôle par la théorie de l'abus de pouvoir.

c. *La théorie de l'abus de pouvoir*

Il y a abus lorsque le pouvoir n'est pas exercé conformément à la norme attributive. Le principe veut que le bénéficiaire puisse invoquer le défaut de licéité du lien de droit créé pour son compte par l'administrateur du bien d'autrui. Ce principe fait l'objet d'une réserve lorsque l'exercice du pouvoir affecte un tiers, puisqu'il faut balancer deux intérêts, soit l'effet de l'acte à l'égard du tiers et l'effet relatif de l'acte exécuté pour le compte du bénéficiaire. Ce dernier sera lié envers le tiers de bonne foi dans les circonstances où il lui a donné à croire que l'administrateur du bien d'autrui était titulaire d'un pouvoir valable. Le rapport entre le bénéficiaire et le tiers sera considéré en vertu des règles du mandat apparent, si le pouvoir apparent est considéré dans le cadre d'un mandat²⁸⁸, ou en vertu de la théorie de l'apparence si le pouvoir est considéré dans toute autre relation²⁸⁹.

L'abus de pouvoir s'oppose à l'abus de droit²⁹⁰. Contrairement à l'administrateur du bien d'autrui qui ne peut exercer le pouvoir que dans l'intérêt du bénéficiaire, le sujet de droit a la liberté d'exercer ses droits subjectifs pour ses propres intérêts, exercice dont il n'a pas, en principe, à rendre compte. Par ailleurs, le sujet de droit ne peut pas contester la licéité du droit subjectif qu'il exerce. Celui-ci n'est pas pour autant exempt de responsabilité ; si l'exercice qu'il fait du droit nuit à un tiers, il peut engager sa responsabilité pour abus de droit. L'abus de droit exige la preuve d'un préjudice subi par la victime qui s'en plaint.

L'existence de l'abus de pouvoir ne nécessite pas la preuve d'un préjudice causé au bénéficiaire²⁹¹. Il persiste une certaine confusion entre l'abus de droit et l'abus de pouvoir qui résulte de l'accent donné à l'étude de la personnalité

²⁸⁷Art. 337, 1334 C.c.Q.

²⁸⁸Art. 2163 C.c.Q.

²⁸⁹Art. 1323 C.c.Q.

²⁹⁰L'abus de droit est codifié à l'art. 7 C.c.Q. Voir *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122, (*sub nom. Canadian National Bank c. Houle*) 74 D.L.R. (4^e) 577.

²⁹¹Gaillard, *supra* note 144 au n^o 176.

juridique et de la capacité de jouissance de droits subjectifs. La thèse personnaliste ne comprend que la notion d'abus de droit²⁹².

Au début du siècle, on distinguait le droit égoïste du droit-fonction. L'abus de droit s'appliquait au détournement du droit de sa fonction²⁹³. Désormais, la doctrine française semble reconnaître que le droit-fonction est synonyme de pouvoir. L'abus de droit commis lors de l'exercice d'un droit-fonction semble équivaloir à un abus de pouvoir²⁹⁴.

La doctrine française moderne, dont MM. Emmanuel Gaillard et Michel Storck en sont des représentants, distingue le défaut de pouvoir, le dépassement de pouvoir et le détournement de pouvoir²⁹⁵.

Il y a défaut de pouvoir lorsque l'acte est posé par l'administrateur du bien d'autrui qui simule l'attribution d'un pouvoir. L'acte reproché doit constituer également une violation d'une disposition impérative du pouvoir, telle l'interdiction législative d'accomplir seul l'acte reproché. L'acte est alors nul et n'a aucun effet juridique à l'égard du bénéficiaire, à moins de confirmation de la part de ce dernier²⁹⁶.

Il y a dépassement de pouvoir lorsque l'administrateur du bien d'autrui est titulaire d'un pouvoir valablement attribué, mais qu'il en excède les limites. L'acte reproché n'est pas nul, mais ses effets sont inopposables au bénéficiaire, à moins que ce dernier ne le ratifie. À défaut de ratification, l'administrateur du bien d'autrui supporte seul les conséquences de l'acte²⁹⁷.

Il y a détournement de pouvoir dès que l'administrateur du bien d'autrui met au service d'une autre fin que celle qu'il doit servir le pouvoir qui lui est valablement attribué. Contrairement au dépassement de pouvoir, le détournement suppose le respect des limites objectives du pouvoir. L'acte reproché peut être déclaré nul à la demande du bénéficiaire, à moins de confirmation de la part de ce dernier. Les auteurs français diffèrent d'opinion quant au fondement de ce recours en nullité. MM. Philippe Pétel et Michel Storck estiment que l'on doit invoquer la sanction spécifique d'un texte légal pour demander la nullité de l'acte²⁹⁸.

L'acte exécuté suivant un pouvoir d'origine légale peut être annulé pour fraude et pour absence de cause, celle-ci étant entendue dans son sens subjectif comme l'esprit de l'administrateur du bien d'autrui animé par une intention déloyale. Il faut démontrer que cette intention déloyale est contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Quant à l'acte exécuté suivant un pouvoir

²⁹²Smith, *Corporate Executives in Québec* : «Where directors use their powers for an improper purpose, common law courts state that the directors have breached their fiduciary duties whereas the Quebec courts, following civil law principles, say that the directors have committed an *abus de droit*» (*supra* note 87 à la p. 191).

²⁹³Gaillard, *supra* note 144 au n° 8.

²⁹⁴*Ibid.* au n° 163 et s.

²⁹⁵*Supra* notes 144, 145.

²⁹⁶Storck, *supra* note 145 au n° 228. Voir aussi les art. 1321, 2145 C.c.Q.

²⁹⁷Art. 1320, 2158 C.c.Q.

²⁹⁸Pétel, *supra* note 231 ; Storck, *supra* note 145.

d'origine contractuelle, M. Philippe Pétel estime qu'il ne peut être annulé pour absence de cause puisque le détournement n'est pas un vice de formation du contrat. C'est plutôt la notion de fraude qui devrait être utilisée²⁹⁹. Quant à M. Emmanuel Gaillard, il prône l'autonomie du contrôle du détournement du pouvoir malgré l'absence de sanctions par le droit écrit³⁰⁰.

L'article 360, alinéa 2, de la *Loi du 24 juillet 1966* prévoit la nullité des actes ou délibérations qui n'entraînent aucune modification dans les statuts sociaux et qui résultent de la violation d'une disposition impérative de la loi ou des dispositions qui régissent les contrats. On retrouve, dans la doctrine, l'abus de pouvoir comme cause de nullité³⁰¹.

L'abus de pouvoir peut également engager la responsabilité civile de son auteur. Lorsque l'administrateur du bien d'autrui détourne un pouvoir, il viole son obligation de loyauté envers le bénéficiaire et lorsqu'il effectue un dépassement de pouvoir, il viole son obligation de respecter les limites du pouvoir.

L'abus de pouvoir est connu des juristes québécois, notamment de ceux qui s'intéressent à la société par actions³⁰². Le professeur Claude Fabien a étudié l'abus du pouvoir de représentation du mandataire dans le cadre de la publication des règles proposées par l'Office de révision du Code civil. Le rapport entre la société par actions et ses dirigeants est visé par son étude puisque, traditionnellement, les civilistes ont considéré ce rapport dans le cadre du mandat. Il distingue le mauvais exercice de pouvoirs de l'exercice de pouvoirs inexistant³⁰³.

Le mauvais exercice de pouvoirs présume l'attribution d'un pouvoir valable. Selon le professeur Claude Fabien, le mauvais exercice de pouvoirs comprend la faute de déloyauté tout comme la faute d'inhabileté prévue à l'article 1710 du *Code civil du Bas-Canada*³⁰⁴. Le détournement de pouvoir est aussi inclus dans la notion de mauvais exercice de pouvoirs. Les effets de toute forme d'abus de pouvoir entre le mandataire et son mandant sont envisagés uniquement sous l'angle de la faute contractuelle. Il n'envisage pas la nullité de l'acte reproché.

Il y a exercice de pouvoirs inexistant lorsque le mandataire dépasse ses pouvoirs véritables ou simule l'existence de pouvoirs³⁰⁵. Selon le professeur Fabien, le mandataire resterait cependant soumis aux mêmes obligations d'exercice du pouvoir que s'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir valable³⁰⁶. Il engagerait alors sa responsabilité délictuelle envers le pseudo-mandant.

²⁹⁹Pétel, *ibid.* au n° 203.

³⁰⁰*Supra* note 144 au n° 157 et s.

³⁰¹Ripert, *supra* note 21 au n° 1295.

³⁰²Giguère, *supra* note 44 à la p. 26 et s. ; Smith, *Corporate Executives in Québec*, *supra* note 87 à la p. 166 et s. ; Renaud et Smith, vol. 4, *supra* note 36 au c. 33, p. 1531, n° 32 et s. ; Fabien, «L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois», *supra* note 222.

³⁰³*Ibid.* à la p. 62.

³⁰⁴*Ibid.*

³⁰⁵*Ibid.* à la p. 70.

³⁰⁶*Ibid.* à la p. 100.

La section II du troisième chapitre du titre, «De l'administration du bien d'autrui», énonce certaines règles conformes à la théorie de l'abus de pouvoir que l'on retrouve également au chapitre, «Du mandat»³⁰⁷. L'administrateur du bien d'autrui qui excède ses pouvoirs est responsable envers les tiers avec qui il contracte, à moins que le tiers n'ait eu connaissance de cet excès de pouvoirs ou que le bénéficiaire n'ait ratifié l'acte ainsi exécuté³⁰⁸. L'administrateur du bien d'autrui qui exerce seul des pouvoirs qu'il est chargé d'exercer avec d'autres est réputé excéder ses pouvoirs. Le *Code civil du Québec* prévoit toutefois une exception : celui qui exerce ses pouvoirs d'une manière plus avantageuse que celle imposée n'est pas réputé excéder ses pouvoirs³⁰⁹.

Par ailleurs, le *Code civil du Québec* prévoit que les actes des administrateurs ou autres dirigeants de la personne morale ne peuvent être annulés pour le seul motif que ces derniers étaient inhabiles ou que leur désignation était irrégulière³¹⁰.

Le *Code civil du Québec* ne prévoit pas spécifiquement la nullité de l'acte exécuté suite à un détournement de pouvoir. On peut tout de même soutenir que le bénéficiaire puisse invoquer cette nullité en vertu de la théorie du pouvoir. On peut envisager, à titre d'illustration, la survenance du détournement de pouvoir par le conseil d'administration. Les membres du conseil d'administration doivent agir en collégialité pour que le pouvoir propre d'administration soit valablement exercé. Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix de ses membres. La majorité des membres peut ainsi détourner la fin que le conseil d'administration doit servir, notamment dans le cas de tactiques défensives lors d'offres publiques d'achat³¹¹.

La société par actions pourra être responsable du détournement de pouvoir par son conseil d'administration à l'égard des tiers dans les circonstances où le droit positif n'oblige pas le tiers à vérifier l'existence d'un pouvoir valable. Cependant, dans toute autre circonstance, on peut soutenir que l'acte exécuté par le conseil d'administration suivant un détournement de pouvoir, puisse être remis en cause par la société par actions par le biais d'un autre de ses organes. La théorie de l'abus de pouvoir soulève la difficulté de la mise en application du recours en nullité puisque le conseil d'administration est l'organe qui exprime normalement la volonté de la société par actions.

* * * * *

Quel que soit son mode de constitution et d'organisation, le fonctionnement de la société par actions en droit civil est assuré par une hiérarchie de dirigeants sociaux qui exercent, soit en organe, soit isolément, deux types de pouvoir : le pouvoir propre et le pouvoir de représentation.

³⁰⁷Art. 2157 et s. C.c.Q.

³⁰⁸Art. 1320 (administration du bien d'autrui), 2158 (mandat) C.c.Q.

³⁰⁹Art. 1321, al. 2 (administration du bien d'autrui), 2145 (mandat) C.c.Q.

³¹⁰Art. 328 C.c.Q. Voir aussi l'art. 116 L.S.A.

³¹¹Incidentement, les gestes posés par les membres minoritaires du conseil d'administration pour bloquer le détournement de pouvoir par la majorité constituent des gestes matériels qui sont exclus de la théorie du pouvoir de droit privé. Voir par analogie E. Gaillard qui discute de la minorité des actionnaires de sociétés (*supra* note 144 au n° 227).

La loi attribue notamment des pouvoirs propres au conseil d'administration qui les exerce en son nom pour le compte de la société par actions. Par ailleurs, les dirigeants se voient attribuer individuellement des pouvoirs de représentation par la loi, l'acte constitutif de la société par actions et ses règlements, et par des organes compétents ; ils les exercent pour le compte de la société par actions et en son nom, dans l'accomplissement d'un acte juridique à l'égard d'un tiers.

L'exercice d'un pouvoir de nature privée entraîne comme conséquence l'application de normes d'exercice du pouvoir. Trois obligations découlent de l'exercice du pouvoir : l'obligation d'en respecter les limites, l'obligation de diligence et de prudence, et l'obligation de loyauté. Elles constituent des principes féconds susceptibles de s'appliquer à des situations aussi diverses que celles envisagées en vertu du concept de la relation fiduciaire du droit anglais. Le pouvoir est une prérogative exercée par l'administrateur du bien d'autrui dans l'intérêt du bénéficiaire. Son exercice suppose le contrôle par la société par actions, puisque le patrimoine de cette dernière est affecté par l'acte exécuté pour son compte par ses dirigeants.

Finale­ment, dans un même système juridique, on peut transposer les solutions d'une branche de droit à une autre pour en faciliter la compréhension. Ainsi, les effets de l'exercice d'un pouvoir par un type d'administrateur du bien d'autrui, tel un fiduciaire ou un mandataire, pourront servir à approfondir, en y faisant les adaptations nécessaires, la qualification du rapport entre la société par actions et ses dirigeants sans être enclavés dans la qualification du mandat.

Conclusion générale

Grâce au *Code civil du Québec*, l'étude de la société par actions est replacée dans le droit civil au sein de la théorie de la personnalité morale telle qu'elle est connue dans les autres juridictions civilistes.

Le *Code civil du Québec* confère la personnalité juridique à toute société par actions. Celle-ci est reconnue comme une personne morale capable de jouir de droits subjectifs pour ses propres intérêts. De plus, la notion de pouvoir de nature privée, codifiée dans le titre, «De l'administration du bien d'autrui», permet de qualifier le rapport entre la société par actions et ses dirigeants, et entre celle-ci et ses organes, lesquels exercent des pouvoirs pour le compte et sous le contrôle de la société par actions.

La notion de pouvoir de nature privée ne résulte pas d'un emprunt au droit anglais. La théorie du pouvoir en droit civil ne peut pas être liée au développement historique de la relation fiduciaire du droit anglais qui caractérise le rapport entre la *corporation* et ses dirigeants. Néanmoins, tant la théorie du pouvoir en droit civil que la relation fiduciaire du droit anglais découlent d'une relation de confiance. Elles sont caractérisées par la confiance que le bénéficiaire place en la personne de l'administrateur du bien d'autrui ou du fiduciaire de droit anglais et par la prédominance que ceux-ci manifestent sur le bénéficiaire³¹².

³¹²Voir, dans l'affaire *Leong*, la similarité des propos de M. le juge Gonthier : «Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables

Certains pourraient craindre la redéfinition du cadre conceptuel de la société par actions au sein du droit civil ainsi que le renvoi aux sources civilistes européennes au détriment des sources issues du droit anglais telles qu'étudiées dans les juridictions nord-américaines³¹³.

Cependant, les réticences que l'on peut faire valoir à l'encontre de l'orientation prise par le *Code civil du Québec* paraissent dépassées. En effet, il faut reconnaître que le droit anglais s'est éloigné de la conception contractuelle de l'*unincorporated joint stock company* et qu'il tend à aligner les effets de l'incorporation avec ceux connus de la tradition civiliste, surtout depuis l'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté économique européenne. À titre d'illustration, on tend à s'éloigner de la doctrine de l'*ultra vires* en droit anglais³¹⁴. La théorie de l'organe, qui fait partie du droit continental européen, a fait son apparition en droit anglais³¹⁵. En outre, la première directive du Conseil des Communautés européennes pour l'harmonisation du droit de la société par actions contient la notion d'organe³¹⁶.

Cependant, malgré cette nouvelle orientation, on ressent toujours au Québec un besoin de vouloir garder le droit de la société par actions dans son état actuel. La conception étroite de la personnalité morale par le recours à la fiction³¹⁷ et le renvoi au mandat pour qualifier l'administrateur de la personne morale³¹⁸ en sont deux exemples frappants. Il en va de même du recours au contrat pour qualifier le rapport entre la personne morale et ses membres³¹⁹; cette approche conservatrice rappelle la notion de volonté contractuelle qui a été écartée en droit civil français par le recours à la notion d'organe, elle-même codifiée dans *Code civil du Québec*.

La réforme du *Code civil du Québec* semble précéder volontairement celle tant attendue de la L.C.Q.³²⁰. Ayant replacé l'étude du droit de la société par actions au sein du droit civil, il pourra s'avérer fort utile pour l'avenir de se tourner vers le droit communautaire européen et le droit national de ses États membres plutôt que de s'inspirer uniquement des juridictions nord-américaines modelées sur le droit anglais.

mandataires de leur société ou des actionnaires, mais en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur les affaires de la société» (*supra* note 100 à la p. 442), avec ceux de M. le juge Laskin dans l'affaire *Canaero*: «En appliquant strictement ce principe [d'*equity*] aux administrateurs et aux fonctionnaires supérieurs, on ne fait que reconnaître le degré d'autorité que leur confère leur poste sur les activités de la compagnie [...]» (*supra* note 66 à la p. 610).

³¹³Laverdière, *supra* note 15 à la p. 863.

³¹⁴Gaudreau, *supra* note 30 à la p. 508; Gower, *supra* note 46 à la p. 166 et s.

³¹⁵Gower, *ibid.* à la p. 193 et s.

³¹⁶CE, *Première directive du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (CEE) n° 151/68*, J.O. Législation (1968) n° L65 à la p. 8.

³¹⁷Art. 299 C.c.Q.

³¹⁸Art. 321 C.c.Q.

³¹⁹Art. 313 C.c.Q. Voir le jugement de M. le juge Beetz dans l'affaire *Senex*, *supra* note 15 à la p. 567.

³²⁰Martel et Martel, *supra* note 6 à la p. 56.