

---

---

## Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droits anglais et comparé

Marcel Lizée\*

Le principe qui veut que les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la société par actions est bien accepté. L'auteur critique la position qui veut que cet intérêt se limite à celui de l'ensemble des actionnaires. Il étudie d'abord la naissance et l'interprétation de ce principe en droit anglais. Il évoque ensuite les positions qu'ont prises les droit américains, canadien, français et allemand.

The principle that directors must act in the best interests of the corporation is well known and accepted. The author criticizes the view that the interests of the corporation are limited to the interests of its shareholders as a whole. He first studies the origins and interpretation of this principle in English law, and then considers the positions taken on the issue in American, Canadian, French and German law.

---

\*Avocat, professeur en sciences administratives, UQAM, étudiant au doctorat en droit, Université de Montréal.

### Sommaire

#### Introduction

- I. Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais
  - 1.1 *Les joint stock companies*
  - 1.2 *La perception des effets de l'incorporation*
  - 1.3 *Le principe de l'entité distincte*
  - 1.4 *La fonction fiduciaire des administrateurs*
  - 1.5 *Les intérêts de la compagnie ou des actionnaires*
  - 1.6 *Les intérêts des actionnaires présents et futurs*
  - 1.7 *Les intérêts des employés*
  - 1.8 *La finalité de la compagnie*
- II. Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit comparé
  - 2.1 *Le droit américain*
  - 2.2 *Le droit canadien*
  - 2.3 *Le droit français*
  - 2.4 *Le droit allemand*

#### Conclusion

\* \* \*

#### Introduction

La jurisprudence de tous les pays dont le droit est d'origine anglaise, de même que celle des pays d'Europe continentale, abondent d'énoncés à l'effet que les administrateurs et dirigeants d'une société commerciale doivent agir « dans son meilleur intérêt ». Cette règle est devenue un principe fondamental en droit corporatif.

Le présent article cherche à préciser ce qu'est le meilleur intérêt d'une société commerciale et à critiquer la thèse traditionnelle voulant que cet intérêt se résume et se limite à celui de l'ensemble de ses actionnaires.

Cette recherche se divise en deux parties. Elle vise d'abord à retracer la naissance, l'évolution et la portée de ce principe en droit anglais, droit

dont s'est inspiré les droits corporatifs canadien et américain et le droit corporatif d'autres pays. Elle évoque ensuite très brièvement, dans une seconde partie qui se veut presque un appendice à la première, la position qu'ont prise les droits américain, canadien, français et allemand.

## I. Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais

### 1.1 *Les joint stock companies*

Le droit anglais des compagnies trouve ses racines dans les *joint stock companies* qui ont proliféré en Angleterre au XVIII<sup>e</sup> siècle, après l'adoption, en 1720, du *Bubble Act*<sup>1</sup>. Cette loi mettait fin à une période de spéculation effrénée et visait à limiter les attributs corporatifs aux seules entreprises dûment incorporées<sup>2</sup>. La crise de 1720 avait inspiré au public une certaine méfiance à l'égard du système de sociétés par actions. L'obtention d'une charte corporative devint, tout au long du siècle qui suivit, une faveur difficile à obtenir du gouvernement<sup>3</sup>.

La « société de personnes », connue en droit anglais sous le vocable de *partnership*, demeurait alors la seule forme organisationnelle que pouvaient utiliser les gens voulant opérer ensemble une affaire. Cette formule présentait toutefois plusieurs inconvénients : le départ d'un associé provoquait la dissolution de la société et les poursuites judiciaires, tant en demande qu'en défense, devaient être prises aux noms de tous les associés.

Faute d'incorporation, les avocats anglais réussirent alors, avec beaucoup d'ingéniosité, à élaborer des contrats de *partnership* produisant pratiquement tous les effets découlant d'une véritable incorporation<sup>4</sup>. On procédait à la signature d'un contrat de *partnership*, appelé *deed of settlement*, formant une société par actions (*joint stock company*), où chaque

---

<sup>1</sup>*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*].

<sup>2</sup>C'était là le but du *Bubble Act* : « Its main intention, therefore, was to put an end to the movement by which a trading group employed a joint stock without specific incorporation, that is, to put an end to the unincorporated joint stock company », C.A. Cooke, *Corporation, Trust and Company*, Manchester, Manchester University Press, 1950 à la p. 84.

<sup>3</sup>Antérieurement, les incorporations s'obtenaient d'abord par lettres patentes émises par le Souverain, puis, à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, par loi du Parlement.

<sup>4</sup>L.C.B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1979 à la p. 33 : « Great legal ingenuity was brought to bear to confer on these unincorporated associations nearly all the advantages of incorporation, [ . . . ] »

partenaire recevait des actions proportionnellement à son apport<sup>5</sup>. La gestion de ces *unincorporated joint stock companies* était déléguée à des administrateurs désignés par les associés. L'actif de la compagnie était transféré à des fiduciaires qui le détenaient pour le bénéfice des associés et qui en disposaient selon les instructions des administrateurs<sup>6</sup>.

Le recours à la formule de la fiducie avait pour effet que l'actif du *partnership* devenait un patrimoine distinct de celui des associés. Ces derniers conservaient toutefois l'*equitable title*. Quant aux administrateurs, ils étaient par ailleurs considérés comme les mandataires (*agents*) des associés et étaient soumis aux directives de ces derniers.

Cette formule se répandit au point que les tribunaux la considéraient parfois comme une forme *sui generis* d'organisation, constituant un *quasi body corporate*<sup>7</sup>, se situant à mi-chemin entre la corporation et le *partnership*. Maitland écrit : « [i]n truth and in deed we made corporations without troubling king or parliament though perhaps we said that we were doing nothing of the kind. »<sup>8</sup>

Ces *joint stock companies* avaient toutefois un statut juridique ambigu et leur validité était souvent mise en doute. Elles étaient cependant répandues au point que le gouvernement ne pouvait plus s'empêcher d'intervenir. C'est ce qu'il fit, d'abord, en 1825, en abrogeant le *Bubble Act*<sup>9</sup>, puis, en 1844, en adoptant la première loi générale d'incorporation, sous le titre de *Joint Stock Registration and Regulation Act*<sup>10</sup>. Cette loi permettait l'incorporation de toutes ces compagnies par simple enregistrement de leur *deed of settlement*, sans exiger le recours à une charte royale ou à une loi du parlement<sup>11</sup>. Elle n'accordait pas toutefois la responsabilité limitée, privilège qui ne fut ajouté, comme effet de l'incorporation par enregistrement, qu'en

<sup>5</sup>Le *Bubble Act* prohibait la libre transférabilité des actions de tout organisme non incorporé. On insérait donc dans le *deed of settlement* des restrictions au droit de transfert, afin de ne pas ainsi tomber sous le coup de la prohibition prévue par cette loi. A.D. Dubois, *The English Business Company after the Bubble Act*, New York, Octagon Books, 1971 à la p. 222.

<sup>6</sup>Sur le fonctionnement de ces « unincorporated joint stock companies » voir Dubois, *ibid.* à la p. 215 et s.

<sup>7</sup>Voir *Re Agriculturist Cattle Insurance Co.* (1870), L.R. 5 Ch. 725 à la p. 734.

<sup>8</sup>F.W. Maitland, « The Unincorporated Body » dans H.A.L. Fisher, éd., *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. III, Cambridge, Cambridge University Press, 1911 à la p. 283.

<sup>9</sup>Le *Bubble Act* fut abrogé par la loi (1825) 6 Geo. 4, c. 91. Voir C. Hunt, *The Development of the Business Corporation in England, 1800-1867*, 1re réimpression, New York, Russel and Russel, 1969 à la p. 38 et s.

<sup>10</sup>*An Act For the Registration, Incorporation, and Regulation of Joint Stock Companies* (R.-U.), 7 & 8 Vict., c. 110. Le but de cette loi « was to invest joint stock companies with qualities and incidents of corporations » ; Cooke, *supra*, note 2 à la p. 158.

<sup>11</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 41.

1855<sup>12</sup>. Le législateur anglais procédait en 1856 à une refonte de la loi<sup>13</sup>, qui prévoyait, comme processus d'incorporation, le dépôt d'un mémoire de convention (*memorandum of association*)<sup>14</sup>.

Des réformes furent apportées par la suite, entre autres par la *Companies Act*<sup>15</sup> de 1862, la *Companies (Consolidation) Act, 1908*<sup>16</sup>, et enfin la *Companies Act, 1948*<sup>17</sup> où l'expression « joint stock » fut abandonnée pour n'utiliser que le terme compagnie. Des modifications furent apportées en 1980, en vue d'ajuster le droit corporatif anglais aux directives de la Communauté économique européenne<sup>18</sup>.

## 1.2 La perception des effets de l'incorporation

Les praticiens n'ont pas tous perçu, au départ, ce qu'impliquait l'incorporation des *joint stock companies*. Ces nouvelles compagnies, maintenant dotées d'un statut corporatif, ne leur apparaissaient pas être de véritables corporations. Elles étaient perçue plutôt comme des *quasi-corporations*, se rapprochant davantage de la formule du *partnership*<sup>19</sup>. On réalisait qu'une fois incorporées, ces compagnies devenaient dotées de la personnalité juridique et possédaient en conséquence leur propre patrimoine. Le plus grand effet apparent résultant de l'incorporation était que la compagnie au lieu du fiduciaire pouvait désormais détenir les biens de sorte que, selon certains, c'était maintenant elle qui détenait les biens *in trust* pour le compte des associés (les actionnaires)<sup>20</sup>. Ces derniers demeuraient, comme autrefois, croyait-on, les véritables bénéficiaires de la compagnie.

Dans une fiducie de droit anglais, le fiduciaire cumule généralement à la fois le titre légal sur les biens et leur contrôle administratif, et ce pour le bénéfice des *cestui que trust*. Dans l'*unincorporated joint stock company*, la tâche du fiduciaire se limitait à détenir le titre légal de propriété des biens

<sup>12</sup>*An Act For Limiting the Liability of Members of Certain Joint Stock Companies* (R.-U.), 18 & 19 Vict., c. 133. Voir Hunt, *supra*, note 9 à la p. 116 et s.

<sup>13</sup>*Joint Stock Companies Act, 1856* (R.-U.), 19 & 20 Vict., c. 47.

<sup>14</sup>Ce mémoire pouvait être accompagné des règlements de la compagnie (*articles of association*), à défaut de quoi c'était le modèle de règlements prévu par la loi qui s'appliquait.

<sup>15</sup>(R.-U.), 25 & 26 Vict., c. 89.

<sup>16</sup>(R.-U.), 8 Edw. 7, c. 69.

<sup>17</sup>Des modifications furent d'abord apportées en 1947 par la *Companies Act, 1947* (R.-U.), 10 & 11 Geo. 6, c. 47 qui fut suivie de la *Companies Act, 1948* (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38.

<sup>18</sup>*Companies Act 1980* (R.-U.), 1980, c. 22.

<sup>19</sup>Voir B. Welling, *Corporate Law in Canada*, Toronto, Butterworth, 1984 à la p. 44, note 47.

<sup>20</sup>Cooke, *supra*, note 2 à la p. 69 et s. Ce concept que la corporation détenait les biens *in trust* pour le compte des actionnaires avait été exprimé dans *Child c. Hudson Bay Co.* (1723), 2 P.Wms 207 à la p. 209, 24 E.R. 702 (Chancery).

de l'entreprise, pour le bénéfice des associés, leur gestion étant confiée à des administrateurs. Ces derniers n'agissaient pas toutefois comme fiduciaires, mais à titre de mandataires (*agents*) des associés et demeuraient en conséquence soumis aux directives de ces derniers. Sealy écrit à ce sujet : « [i]n a deed-of-settlement company, the members *were* the company. The directors, as their agents, were subject to direction and control by their decision in general meeting »<sup>21</sup>.

Dans le cas de la compagnie incorporée, c'est la compagnie elle-même qui détient le titre légal de propriété des biens, dont la gestion demeure confiée à des administrateurs. Il semble donc, à première vue, que le seul changement apporté soit la substitution du fiduciaire par la compagnie (ou *corporation*). C'était du moins la conception que s'en faisaient certains praticiens de l'époque, qui considéraient que la compagnie continuait à agir, comme le faisait le fiduciaire, pour le bénéfice des actionnaires. Ces derniers détenaient le titre en *equity* et ils étaient en quelque sorte des *cestui que trust*, ce qui faisait de la compagnie un fiduciaire ou un *quasi-trustee* d'un patrimoine distinct : l'actif de l'entreprise. Cette perception est très bien exprimée dans l'affaire *Percival c. Wright*, où les plaideurs allèguent :

[the shareholders] are the real beneficiaries. [...] The undertaking of the company is [...] merely the sum of the shares. No doubt at law it belongs to the company, but in equity it belongs to the shareholders [...]. In this respect the shareholders *inter se* are in the same position as partners, or shareholders in an unincorporated company.<sup>22</sup>

On considérait que la compagnie incorporée reposait, tout comme son prédécesseur, l'*unincorporated joint stock company*, sur un contrat entre les actionnaires. Ainsi, l'incorporation se faisait par l'enregistrement du *deed of settlement* qui était en somme un contrat de société (ou *partnership*). On percevait donc la compagnie comme étant *an incorporated partnership*<sup>23</sup>, « a mere aggregate of shareholders ». D'ailleurs la loi semblait corroborer cette version, car elle prévoyait que l'enregistrement du *deed of settlement*, pour fin d'incorporation, avait pour effet « [to] bind the company and the members thereof to the same extent as if [it] had been signed and sealed

<sup>21</sup>L.S. Sealy, « The Director as Trustee », [1967] Camb. L.J. 89. L'auteur ajoute : « The members' unanimous voice was an authority superior to the deed itself: they could by novation bring about anything they wished, and they could ratify or acquiesce in any irregularity. »

<sup>22</sup>*Percival c. Wright*, [1902] 2 Ch. 421 à la p. 423 et s. Le juge, à la p. 426, rejettera cette position.

<sup>23</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 315 : « [T]he original Act of 1844 adopted the existing method of forming an unincorporated joint stock company by deed of settlement (which did of course constitute a contract between the members who sealed it), and merely superimposed incorporation on registration. »

by each member.»<sup>24</sup> Le juge Mellish voit dans ce document « the deed of partnership by which the shareholders agree *inter se* »<sup>25</sup>.

Gower fait remarquer que malheureusement on ne réalisait pas à l'époque toutes les conséquences découlant de l'incorporation et du fait que la compagnie formait désormais une entité distincte : « Unhappily, full account was not taken of the vital new factor, namely, the fact that the incorporated company was a separate legal entity [...]. »<sup>26</sup>

Les tribunaux seront appelés au cours des années qui suivront à rectifier continuellement le concept de compagnie afin de l'arracher à ses racines de l'« unincorporated joint stock company », et de réaffirmer le changement de substance résultant de l'incorporation. Ils devront revenir à maintes reprises sur la question de l'entité distincte et de ses conséquences, l'ancien concept refaisant continuellement surface comme un ressac difficile à enrayer.

### 1.3 Le principe de l'entité distincte

Le principe que la compagnie constitue une entité distincte de ses membres fut définitivement établi en droit anglais par le célèbre arrêt *Salomon*<sup>27</sup>, rendu, en 1896. On y repousse fermement la thèse du juge de première instance voulant que la compagnie ne soit qu'un simple agent qui administre les affaires des actionnaires<sup>28</sup>. La Chambre des Lords énonce le principe suivant :

The company is at law a different person altogether from the subscribers to the memorandum ; and though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, [...] and the same hands receive the profits, *the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them.*<sup>29</sup>

Cet arrêt établit donc que la compagnie est non seulement une entité distincte de ses membres, mais elle poursuit une finalité autonome par rapport à ces derniers. Elle n'agit pas comme fiduciaire pour le compte des actionnaires. Lord Halsbury résume cette idée de la façon suivante :

<sup>24</sup>*Companies Act, 1948* (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, art. 20(I). Cet article parle en fait des *memorandum and articles* qui, depuis 1856, ont remplacé les *deeds of settlement* : *Joint Stock Companies Act, 1856*, *supra*, note 13.

<sup>25</sup>*Re Tavarone Mining Company* (1873), L.R. 8 Ch. App. Cas. 956 à la p. 960 (connu sous le nom de *Pritchard's Case*). Voir aussi *Brown c. La Trinidad* (1887), 37 Ch.D. 1 à la p. 13.

<sup>26</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 315.

<sup>27</sup>*Salomon c. A. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

<sup>28</sup>Voir jugement rendu en première instance par le juge Vaughan Williams, rapporté dans les notes de la Cour d'appel, *Broderip c. Salomon* (1894), [1895] 2 Ch. 323 à la p. 329 et s.

<sup>29</sup>*Supra*, note 27 à la p. 51, énoncé de Lord Macnaghten [nos italiques].

it seems to me impossible to dispute that once the company is legally incorporated it must be treated like any other independent person with its rights and liabilities *appropriate to itself*, and that the motives of those who took part in the promotion of the company are absolutely irrelevant in discussing what those rights and liabilities are.<sup>30</sup>

L'arrêt *Salomon* implique que l'incorporation des *joint stock companies*, au delà des formalités, produit un changement de *substance*<sup>31</sup> : la compagnie devient une entité distincte qui poursuit sa propre finalité, et qui, comme le dit le juge Cotton, dans l'affaire *Flitcroft* « is not a mere aggregate of shareholders »<sup>32</sup>.

L'affaire *Salomon* exprime, à notre avis, deux principes, soit premièrement que l'entreprise, une fois incorporée, devient une *entité distincte* et deuxièmement, ce qui nous paraît un corollaire du premier, qu'elle devient une *entité autonome*, poursuivant une finalité qui lui est propre et qui ne correspond plus nécessairement à celle visée par les actionnaires.

Il faut donc apporter des réserves à la théorie voulant que la compagnie ne repose que sur un simple contrat entre les actionnaires. La Chambre des Lords déclare, dans l'affaire *Welton c. Saffery*<sup>33</sup>, un jugement rendu la même année que l'arrêt *Salomon*, « there is no contract in terms between the individual members of the company », et Lord Macnaghten ajoutera, dans cette affaire :

These companies are creature of statute, and by the statute to which they owe their being they must be bound [...]. [S]hareholders are not partners for all purposes; they have not all the rights of partners; they have practically no voice in the management of the concern.<sup>34</sup>

Pour bien comprendre la situation, il faut en effet considérer, comme le dit le juge Astbury, dans l'affaire *Hickman*, que la compagnie, contrairement au *partnership*, est une entité distincte et qu'elle est, par conséquent, partie au contrat, ce qui limite considérablement les pouvoirs que les actionnaires peuvent avoir sur elle<sup>35</sup>.

<sup>30</sup>*Ibid.* à la p. 30 [nos italiques].

<sup>31</sup>C'est le terme même employé par le juge Megarry dans *Gaiman c. National Association for Mental Health*, [1970] 2 All E.R. 362 à la p. 378 (Ch.D.) : « the conversion [...] into a limited company [...] is no mere formality, but a change of substance. »

<sup>32</sup>*Re Exchange Banking Company* (1882), 21 Ch. 519 à la p. 536 [ci-après l'affaire *Flitcroft*].

<sup>33</sup>[1897] A.C. 299 à la p. 315 (H.L.). Le juge ajoute tout de même que : « the articles do not any the less, in my opinion regulate their rights inter se ».

<sup>34</sup>*Ibid.* à la p. 324 et s.

<sup>35</sup>*Hickman c. Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association*, [1915] 1 Ch. 881 à la p. 897 : « Much of the difficulty is removed if the company be regarded [...] as a party to its own memorandum and articles ». Cette approche a eu une grande influence aux États-Unis. Cette théorie nous paraît contestable. Voir cependant *Rayfield c. Hands*, [1960] 1 Ch. 1 qui persiste à voir un contrat *inter se*, dans le cas d'une compagnie privée.



Il faut même aller plus loin. Après l'incorporation, les actionnaires ne sont plus les copropriétaires de l'entreprise et cela contrairement à la formule précédente des *unincorporated joint stock companies*, où les associés « were the company ».<sup>36</sup> Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par l'arrêt *Short* où le juge Evershed déclare :

Shareholders are not, in the eye of the law, part owners of the undertaking.  
The undertaking is something different from the totality of the share-holdings.<sup>37</sup>

Le principe de la finalité distincte ne fut pas cependant accepté d'emblée<sup>38</sup>, car il s'opposait diamétralement à la pratique et à la tradition qui avaient eu cours jusqu'en 1844, sous la formule des « *unincorporated joint stock companies* ». On ne pouvait évidemment rejeter la jurisprudence du plus haut tribunal du pays ;<sup>39</sup> mais on persistait toutefois à considérer les actionnaires comme les véritables et seuls bénéficiaires de la compagnie et les administrateurs comme leurs mandataires (*agents*).

#### 1.4 La fonction fiduciaire des administrateurs

La théorie selon laquelle les administrateurs ne sont que les mandataires (*agents*) des actionnaires fut formellement rejetée par la Cour d'appel, en 1908, dans l'affaire *Gramophone*, où le juge Buckley affirme :

The directors are not servants to obey directions given by the shareholders as individuals ; they are not agents appointed by and bound to serve the shareholders as their principals.<sup>40</sup>

Cet arrêt consacre à nouveau le principe du changement de substance produit par l'incorporation qui fait du conseil d'administration et de l'assemblée des actionnaires deux organes distincts<sup>41</sup>. Les actionnaires désignent les administrateurs, mais ces derniers ne sont pas pour autant leurs serviteurs et ne sont pas obligés de suivre leurs instructions. Cet arrêt fait ressortir le rôle de « contrôle » que jouent les actionnaires. Le contrôle de la compagnie, dit le juge Moulton, dans cet arrêt *Gramophone* « is something wholly different from the management of the business itself ».<sup>42</sup> Si les ac-

<sup>36</sup>Sealy, *supra*, note 21.

<sup>37</sup>*Short c. Treasury Commissioners* (1947), [1948] 1 K.B. 116 à la p. 122 (C.A.).

<sup>38</sup>Voir à ce sujet M.A. Pickering, « The Company as a Separate Legal Entity » (1968) 31 Mod. L. Rev. 481, où sont énumérés tous les épithètes qu'on retrouve dans les jugements pour qualifier ce phénomène de l'entité distincte, ce qui indique, dit-il à la p. 482, « an unexpected degree of uncertainty on the part of the courts on some occasions when dealing with the separate existence of the company. »

<sup>39</sup>Salomon, *supra*, note 27.

<sup>40</sup>*Gramophone & Typewriter, Ltd c. Stanley*, [1908] 2 K.B. 89 à la p. 105 et s. (C.A.).

<sup>41</sup>L'arrêt dit bien « shareholders as individuals » ; c'est à titre d'organe que les actionnaires ont un droit de contrôle. Il s'agit de plus d'un droit de contrôle et non d'un droit de mandat.

<sup>42</sup>*Gramophone, supra*, note 40 à la p. 98.

tionnaires ne sont pas satisfaits de l'administration, ils n'ont, dit-il, qu'à changer les administrateurs, mais « the responsibility of the directors and officers [...] is to the corporation itself »<sup>43</sup>. En somme, on réitère le principe à l'effet que la compagnie « is not a mere aggregate of shareholders »<sup>44</sup> et constitue une entité différente de ces derniers<sup>45</sup>.

Mais si les administrateurs ne sont pas les mandataires des actionnaires et ne sont pas soumis à leurs directives, ne doit-on pas les considérer comme étant placés dans une relation fiduciaire à l'égard de ces derniers ? Dans la fiducie, le fiduciaire n'est pas le mandataire des bénéficiaires, mais il doit néanmoins agir dans le meilleur intérêt de ces derniers.

Pour le juge Romilly, la réponse à cette question ne fait aucun doute : « the directors are persons selected to manage the affairs of the company, for the benefit of the shareholders [...] . »<sup>46</sup> C'était également l'avis du juge de première instance dans l'affaire *Flitcroft* qui déclarait n'entretenir aucun doute à l'effet « [t]hat the relationship of trustee and cestui que trust subsists between the directors of joint stock companies and the shareholders. »<sup>47</sup> Nous retrouvons une idée similaire dans un jugement rendu en 1866, dans l'affaire *Ferguson*, où le juge Cairns reconnaît qu'un actionnaire peut exercer un recours contre « the directors as his trustees, which in point of law they are, and [can therefore seek] redress against them for a breach of trust. »<sup>48</sup> Cet argument fut aussi invoqué dans l'affaire *Percival*, où les plaideurs allèguent que les administrateurs « are trustees both for the company and for the shareholders who are the real beneficiaries. »<sup>49</sup> Dans cette cause le juge Swinfen Eady repousse cet argument : « directors of a company are not

---

<sup>43</sup>*Ibid.*, note 40 à la p. 99. Voir aussi *Shaw & Sons Ltd c. Shaw*, (1935) 2 K.B. 113 à la p. 134, où le juge Greer déclare : « A company is an entity distinct alike from its shareholders and its directors. Some of its powers may, according to its articles, be exercised by directors, certain other powers may be reserved for the shareholders in general meeting. If powers of management are vested in the directors, they and they alone can exercise these powers. The only way in which the general body of the shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the directors is by altering their articles, or, if opportunity arises under the articles, by refusing to re-elect the directors of whose actions they disapprove. They cannot themselves usurp the powers which by articles are vested in the directors any more than the directors can usurp the powers vested by the articles in the general body of shareholders. »

<sup>44</sup>*Supra*, note 32 à la p. 536.

<sup>45</sup>Voir opinion divergente de G.R. Sullivan, « The Relationship between the Board of Directors and the General Meeting in Limited Companies » (1977) 93 Law Q. Rev. 569.

<sup>46</sup>*The York and North-Midland Railway Co. c. Hudson* (1845), 16 Beav. 485 à la p. 491, 51 E.R. 866 à la p. 868, 96 R.R. 228 à la p. 232, 22 L.J. Ch. (New series) 529 à la p. 531 (Rolls Court).

<sup>47</sup>*Supra*, note 32 à la p. 525 (juge Bacon). Cette approche sera rejetée en appel où le juge Brett dira à la p. 535 : « They are trustees for the company, not for the individual shareholders. »

<sup>48</sup>*Ferguson c. Wilson* (1866), L.R. 2 Ch. 77 à la p. 90.

<sup>49</sup>*Supra*, note 22 à la p. 423.

trustees for individual shareholders »<sup>50</sup>, tout comme l'avait dit le juge Brett, vingt ans plus tôt, dans l'affaire *Flitcroft* : « they are trustees for the company, not for the individual shareholders. »<sup>51</sup>

Plusieurs jugements ont signalé que les administrateurs ne sont pas de véritables fiduciaires, tout en reconnaissant que la nature précise de leur fonction est difficile à définir. Ainsi, le juge Bowen écrit dans *Imperial Hydropathic Hotel Co. c. Hampson* : « directors are not exactly agents nor exactly servants — perhaps not servants at all — nor exactly trustees, nor exactly managing partners [...] »<sup>52</sup> On ne peut en effet considérer l'administrateur comme étant un véritable fiduciaire selon le concept de *common law*, car, comme l'écrit Keely, un auteur américain :

A trust is a *fiduciary relationship with respect to property* [...] The situation of the corporate director is readily distinguishable from that of the trustee because the corporation, not the director, holds the legal title to the corporate property [...] The director, therefore, cannot properly be said to be a trustee in the common law (i.e., equitable) sense.<sup>53</sup>

Il ne demeure pas moins toutefois que les administrateurs gèrent des biens qui ne sont pas les leurs et qu'ils agissent par conséquent pour le compte d'autrui. Ils assument donc une fonction qui ressemble énormément à celle d'un fiduciaire ; ce qui explique pourquoi les tribunaux les ont continuellement comparés à des fiduciaires<sup>54</sup>. On lit dans un jugement rendu en 1893 : « Although directors are not properly speaking trustees, yet they have always been considered and treated as trustees [...] »<sup>55</sup> Ce n'est que plus tard que les tribunaux commencèrent à faire la distinction entre la fiducie proprement dite et la « relation fiduciaire »<sup>56</sup>. Les administrateurs ne sont

<sup>50</sup>*Ibid.*, sommaire du jugement à la p. 421.

<sup>51</sup>*Supra*, note 32 à la p. 535.

<sup>52</sup>(1882), 23 Ch. 1 à la p. 12 et s. (C.A.). Lord Russel dira dans *Regal (Hastings) Ltd c. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378 à la p. 387 : « Directors of a limited company are the creatures of statute and occupy a position peculiar to themselves. In some respect they resemble trustees, in others they do not. In some respects, they resemble agents, in others, they do not. In some respects, they resemble managing partners, in others they do not. » A noter les mots « creatures of statute », ce qui réitère la nature institutionnelle de la compagnie. Voir aussi *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd* (1924), [1925] 1 Ch. 407 à la p. 426 (C.A.).

<sup>53</sup>W.E. Keely, « Economic Institutions and Values : Fiduciary Responsibility of Corporate Officers and Directors » (1961) 36 Notre Dame L. Rev. 343 à la p. 343 [nos italiques] ; voir également Sealy, *supra*, note 21.

<sup>54</sup>Sealy, *supra*, note 21 à la p. 85 : « [i]n the limited legal vocabulary of the day, there was no other word which the judges would wish to use. »

<sup>55</sup>*In re Lands Allotment Co.* (1893), [1894] 1 Ch. 616 à la p. 631.

<sup>56</sup>Sealy, *supra*, note 21 à la p. 86 : « [it was not] until well into the nineteenth century, [that] the expression « fiduciary » was eventually accepted to differentiate true trusts from those other relationships [ . . . ]. » Il ajoute plus loin : « We should not forget, however, that all fiduciary principles are trust principles, and it is on these trust principles that directors' liability is traditionally determined. »

pas des fiduciaires, mais ils sont placés dans une relation fiduciaire (selon le concept de *common law*<sup>57</sup>) puisqu'ils agissent pour le compte d'autrui.

Il appert donc que les administrateurs ne sont pas les mandataires des actionnaires mais ils assument une fonction fiduciaire, puisqu'ils agissent pour le compte d'autrui ; ce qui nous ramène au noeud gordien de tout le débat : dans l'intérêt de qui doivent-ils agir ?

### 1.5 *Les intérêts de la compagnie ou des actionnaires*

La question cruciale est de savoir si les actionnaires sont les seuls et uniques bénéficiaires de la compagnie et si les administrateurs doivent par conséquent agir dans le meilleur intérêt de ces derniers. Deux théories s'affrontent. Pour certains, la compagnie constitue une entité ayant une finalité autonome et les administrateurs doivent donc agir dans le meilleur intérêt de cette dernière. Pour d'autres, les actionnaires sont les véritables bénéficiaires de la compagnie et les administrateurs se doivent d'agir dans le meilleur intérêt de ces derniers.

Ce débat, autour de ces deux théories qui s'opposent, marquera la jurisprudence anglaise pendant presque tout le vingtième siècle, les tribunaux oscillant entre ces deux pôles : intérêts des actionnaires *versus* intérêts de la compagnie. Pour certains, ce litige tourne autour d'un faux problème, car l'intérêt de la compagnie, disent-ils, est constitué de la somme des intérêts de l'ensemble des actionnaires. Le débat porte, en définitive, sur la question de la finalité de la compagnie.

C'est le principe du meilleur intérêt de la compagnie qui prévaudra, car la jurisprudence réitérera maintes et maintes fois le même leitmotiv : les administrateurs doivent agir « *bona fide for the benefit of the company as a whole* ». Cette règle fut d'abord énoncée, en 1900, par le juge Lindley, dans *Allen* où il déclarera, en parlant des pouvoirs des administrateurs : « [i]t must be exercised, not only in the manner required by law, but also *bonâ fide for the benefit of the company as a whole*, and it must not be exceeded. »<sup>58</sup> L'expression sera par la suite répétée dans une longue série de jugements<sup>59</sup>, de sorte qu'elle constitue l'une des règles les plus solidement établies du droit anglais.

<sup>57</sup>Sur ce concept de relation fiduciaire en droit anglais voir J.C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, Toronto, Carswell, 1981 ; P.D. Finn, *Fiduciary Obligations*, Sydney, Law Book Company, 1977.

<sup>58</sup>*Allen c. Gold Reefs of West Africa* [1900] 1 Ch. 656 à la p. 671.

<sup>59</sup>Voir notamment *Dafen Tinplate Co. c. Llanelly Steel Co.*, [1920] 2 Ch. 124 ; *Sidebottom c. Kershaw, Leese and Co.* (1919), [1920] 1 Ch. 154 (C.A.) ; *Shuttleworth c. Cox Brothers and Co.* (1926), [1927] 2 K.B. 9 (C.A.) ; *Re Smith and Fawcett Ltd.*, [1942] 1 Ch. 304 (C.A.) ; *Parke c. Daily News Ltd.*, [1962] 2 All E.R. 929 (Ch.).

Non seulement les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, mais ils doivent même, ajoutent d'autres jugements<sup>60</sup>, ignorer les directives des actionnaires, lorsqu'elles leur paraissent ne pas correspondre aux meilleur intérêt de la compagnie. Il eut d'ailleurs été inconcevable qu'un autre principe que celui de la primauté de l'intérêt de la compagnie eut été retenu, car c'était la seule voie conciliable avec les règles de base énoncées dans les arrêts dont nous avons fait état plus haut, notamment ces règles voulant que les administrateurs ne soient pas des mandataires ou des « trustees for individual shareholders. »<sup>61</sup>

Ce courant jurisprudentiel est cependant jalonné de quelques arrêts apportant une interprétation différente. Ainsi le juge Avory dira, en 1913, que l'énoncé à l'effet que les administrateurs ne sont pas des « trustees for individual shareholders », doit être interprété comme voulant dire qu'ils le sont pour l'ensemble des actionnaires :

[A] director is a trustee for the whole body of shareholders and bound to exercise the powers of the company for the whole body of shareholders and not for the benefit of any individual shareholders [...].<sup>62</sup>

C'était en somme une tentative de réouvrir le débat et de tout remettre en question. Une nouvelle tentative eut lieu en 1951 : le juge Evershed, de la Cour d'appel, dit, dans l'affaire *Arderne Cinemas*, que l'expression « intérêt de la compagnie » signifie « intérêt de l'ensemble des actionnaires » : « the phrase, « the company as a whole », does not [...] mean the company as a commercial entity, distinct from the corporators : it means the corporators as a general body. »<sup>63</sup> Pour illustrer sa thèse, le juge Evershed souève le cas — alors toujours hypothétique — d'une compagnie à actionnaire unique et soumet que les administrateurs doivent alors, avant de prendre une décision, s'interroger si cela correspond aux intérêts de cette personne.

Face à ce jugement, on a l'impression d'avoir accompli un circuit complet par rapport à l'arrêt *Salomon* pour dire finalement le contraire de ce qui avait alors été établi. Si les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, et si le meilleur intérêt de la compagnie est constitué du meilleur intérêt de l'ensemble des actionnaires, c'est donc dire que les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de l'ensemble des actionnaires.

<sup>60</sup>*Automatic Self Cleansing Filter Syndicate c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.) ; *Gramophone*, *supra*, note 40.

<sup>61</sup>*Gramophone*, *supra*, note 40 et *Percival c. Wright*, *supra*, note 22 ; voir aussi les règles énoncées dans les arrêts *Salomon*, *supra*, note 27 et *Flitcroft*, *supra*, notes 32 et 47.

<sup>62</sup>*Kregor c. Hollins* (1913), 109 L.T. 225 à la p. 228 (C.A.) ; Voir également *Sullivan*, *supra*, note 45.

<sup>63</sup>*Greenhalgh c. Arderne Cinemas* (1950), [1951] 1 Ch. 286 à la p. 291 (C.A.).

En somme, deux théories s'affrontent, l'une voulant que « l'intérêt de la compagnie » s'entende dans le sens de l'intérêt de *l'entité légale distincte*, ce que le juge Evershed appelle « the company as a commercial entity », et l'autre voulant que cet intérêt de la compagnie se résume à *la somme des intérêts de l'ensemble des actionnaires*. Cette seconde approche implique que dans le cas d'un actionnaire unique, ses intérêts deviennent ceux de la compagnie. Rappelons que cette seconde approche est celle qui avait été repoussée par l'arrêt *Salomon*<sup>64</sup>, où il était exactement question d'un actionnaire unique (les autres actionnaires ne détenant que des actions de qualification), et surtout par l'arrêt *Gramophone*<sup>65</sup>, où il s'agissait d'une compagnie anglaise détenant toutes les actions d'une filiale allemande (chose permise par la loi de ce pays).

Il convient de réaliser que pour écarter la seconde approche, il faut conclure qu'il n'y a pas équation entre « intérêt de la compagnie » et « intérêt de l'ensemble des actionnaires », ce qui implique alors que « l'intérêt de l'ensemble des actionnaires » est soit complètement étranger aux préoccupations de la compagnie, ou encore ne constitue pas la seule et unique préoccupation de cette dernière.

### 1.6 *Les intérêts des actionnaires présents et futurs*

L'hypothèse que les administrateurs peuvent complètement se désintéresser des intérêts des actionnaires doit être écartée. Il ne faut pas oublier que ce sont ces derniers qui élisent les administrateurs et qui ont droit aux dividendes. Par conséquent, même si les intérêts de la compagnie sont distincts de ceux des actionnaires, cela ne devrait pas aller jusqu'à permettre aux administrateurs de se désintéresser de ces derniers et de ne pas prendre leurs intérêts en considération. Gower fait fort judicieusement remarquer :

Despite the separate personality of the company it is clear that directors are not expected to act on the basis of what is for the economic advantage of the corporate entity, disregarding the interests of the members.<sup>66</sup>

Le droit anglais semble toujours considérer que le mémoire de convention et les règlements de la compagnie constituent un contrat entre la compagnie et ses actionnaires<sup>67</sup>. Il serait absurde que la compagnie puisse, en ces circonstances, ignorer totalement les intérêts de ses actionnaires.

Jusqu'à quel point cependant la compagnie doit-elle prendre en considération les intérêts des actionnaires ? Une des caractéristiques de la com-

<sup>64</sup>*Supra*, notes 27, 28 et 29.

<sup>65</sup>*Supra*, note 40.

<sup>66</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 577.

<sup>67</sup>*Supra*, note 35.

pagnie est que l'entité corporative demeure la même alors que les actionnaires se succèdent<sup>68</sup>. C'est ce phénomène qui a fait dire au juge Moulton, dans l'affaire *Gramophone*, que : « [t]he responsibility of the directors and officers of the corporation is to the corporation itself, whatever be its composition at any moment as to number of corporators. »<sup>69</sup> Par conséquent, si l'expression « the company as a whole » signifie, comme le veut le juge Evershed, l'ensemble des actionnaires, cela implique les actionnaires présents et futurs, ce qui invalide donc son exemple de l'intérêt de l'actionnaire unique, à un moment donné<sup>70</sup>.

Ce principe des actionnaires présents et futurs fit l'objet d'une étude poussée dans la célèbre affaire du *Savoy Hotel*<sup>71</sup>. Dans cette affaire, des spéculateurs tentèrent de s'emparer des actions d'une compagnie afin de mettre en vente un de ses hotels qu'ils convoitaient. Pour déjouer la manoeuvre, les administrateurs de la compagnie place l'hotel sous le contrôle d'un fiduciaire. Avant de ce faire, ils obtiennent l'opinion d'un conseiller juridique qui leur dit d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie et que :

[« the company » does not mean] the sectional interest of some (it may be a majority) of the present members or even [...] all of the present members, but of present and future members of the company [...] on the footing that it would be continued as a going concern, [balancing] a long term view against short term interests of present members. »<sup>72</sup>

Cette affaire fit par la suite l'objet d'une enquête par le *Board of Trade* ; l'enquêteur considéra que les administrateurs étaient allés trop loin en liant ainsi la manoeuvre future d'action de la compagnie. Son rapport ne différa pas toutefois d'opinion sur la question des intérêts présents et futurs de la compagnie<sup>73</sup>, sauf qu'il sembla considérer que les intérêts actuels des actionnaires ne sauraient être sacrifiés aux vues personnelles des administrateurs sur ce qui constitue les intérêts futurs de la compagnie<sup>74</sup>. Cette nuance entre *les intérêts présents* et *les intérêts présents et futurs* des actionnaires a pour effet de qualifier la deuxième théorie, celle des intérêts des actionnaires,

<sup>68</sup>Lord Blackstone compare la compagnie à une rivière qui demeure la même quoique les parties qui la composent changent à tout instant : voir R.W. Hamilton, « The Corporate Entity » (1971) 49 Texas L. Rev. 979.

<sup>69</sup>*Supra*, note 40 à la p. 99.

<sup>70</sup>*Greenhalgh c. Arderne Cinemas*, *supra*, note 63.

<sup>71</sup>*The Savoy Hotel Ltd and the Berkeley Hotel Co. Ltd*, Investigation under Section 165(b) of the Companies Act, 1948, Report of the Inspector (M.E. Milner Holland), H.M.S.O., 1954.

<sup>72</sup>Cité par Gower, *supra*, note 4 à la p. 577 et s. ; pour un commentaire sur l'affaire *Savoy*, voir L.C.B. Gower, « Corporate Control : the Battle for the Berkeley », (1955) 68 Harv. L.Rev. 1176 ; pour une traduction française du passage, voir M. Giguère, *Les devoirs des dirigeants des sociétés par actions*, Québec, Presse de l'Université Laval, 1967 à la p. 39.

<sup>73</sup>*Supra*, note 71.

<sup>74</sup>Giguère, *supra*, note 72 à la p. 39 et s.

au point de la rapprocher de la première, qui veut, rappelons-le, que les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, comme entité distincte et « *as a going concern* ». Cela implique qu'il n'y a pas équation entre les intérêts de la compagnie et son unique actionnaire ou tous ses actionnaires présents, car on doit aussi prendre en considération les intérêts de ceux qui pourront éventuellement détenir des actions. La meilleure façon, pour les administrateurs, de bien servir les intérêts de cet ensemble d'actionnaires se succédant dans le temps, c'est d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie « *as a going concern* ».

C'est ce qui explique la discrétion dont jouissent les administrateurs en matière de déclaration de dividendes et le fait que tout éventuel actionnaire peut, une fois actionnaire, invoquer tous manquements des administrateurs survenus même antérieurement à l'achat de ses actions<sup>75</sup>.

Il convient ici de souligner toute la portée de ce principe du « meilleur intérêt de la compagnie *as a going concern* ». C'est lui qui explique et justifie l'effort de planification à long terme qui est devenu l'une des préoccupations majeures des administrateurs des entreprises modernes. « A major portion of the modern corporation's effort is spent in long-term planning », écrit un auteur américain.<sup>76</sup> Cependant, cet objectif à long terme ne serait pas possible si les intérêts des actionnaires du moment présent primaient sur ceux de la compagnie. C'est cette vision du long terme qui transforme en quelque sorte la société commerciale en une institution ayant une finalité qui ne se concentre pas uniquement sur les intérêts de ceux qui détiennent présentement des actions. Cet auteur fait remarquer ce phénomène en ces termes :

[I]n a genuine capitalist structure the desire for future gain is a necessary element. However, when the time span is lengthened beyond a critical point, we must conclude that the corporation as an institution is serving its own ends more than those of its stockholders. There is no question that these stockholders are the beneficiaries of this planning in a very real way. But stockholder gain is now becoming a by-product of corporate institution rather than the sole determining end of corporation policy.<sup>77</sup>

### 1.7 Les intérêts des employés

L'autre hypothèse qu'il faut considérer, est celle où les intérêts des actionnaires ne constituent pas l'unique champ de vision de la compagnie. Cette hypothèse veut que les intérêts des actionnaires, s'ils font partie des

<sup>75</sup>*Seaton c. Grant* (1867), L.R. 2 Ch. App. Cas. 459 ; voir Gower, *supra*, note 4 à la p. 652 et s. Notons qu'en droit anglais l'assemblée générale a l'autorité finale en matière de déclaration de dividendes, mais selon Gower, *supra*, note 4 à la p. 408 : « although the members in general meeting retain their ultimate theoretical control, the real control is vested in the directors. »

<sup>76</sup>PP. Harbrecht, S.J., « The New Economy » (1961) 38 Un. Det. L.J. 615 à la p. 616.

<sup>77</sup>*Ibid.* à la p. 616.



préoccupations de la compagnie, ne constituent pas sa seule préoccupation. Gower écrit à propos de l'existence de d'autres intérêts : « it is difficult to see how this distinction can be drawn unless the interests of human beings other than the stockholders can be considered. »<sup>78</sup>

Or, la jurisprudence anglaise a systématiquement écarté la possibilité que d'autres intérêts puissent être pris en considération. Ce débat a surtout porté sur la possibilité de faire des dons<sup>79</sup> et sur le droit de la compagnie de prendre en considération l'intérêt des employés. Dans l'affaire *Parke c. Daily News*<sup>80</sup>, une compagnie en voie de liquidation cherchait à verser une indemnité de départ à ses employés, mais un actionnaire s'objecte. La compagnie allègue que : « [t]he prime duty [of the company] must be to the shareholders ; but boards of directors must take into consideration their duties to employees in these days. »<sup>81</sup>

Dans cette cause, le juge Plowman repousse cet argument : « no authority to support that proposition as a proposition of law was cited to me ; I know of none, and in my judgment such is not the law. »<sup>82</sup> Il faut signaler que dans cette affaire, il s'agissait d'une compagnie en voie de liquidation ; or, la règle veut que l'avoir net d'une compagnie doit, advenant liquidation, être remis aux actionnaires.

La question des intérêts des employés avait également été invoquée dans l'affaire du *Savoy Hotel* ; l'enquêteur l'avait repoussée en ces termes : « [these] considerations [...] however meritorious, would not seem to me to form part of a true legal definition of the interests of the companies [...]. »<sup>83</sup>

Gower a raison lorsqu'il soumet que ce principe de droit corporatif est vraiment anachronique<sup>84</sup> et que le monde des affaires devance, sur ce plan, la vision juridique, car les dirigeants d'entreprises reconnaissent généralement qu'ils doivent prendre en considération les intérêts de certains autres partenaires de l'entreprise, comprenant non seulement le capital, mais aussi

<sup>78</sup>Gower, « Corporate Control », *supra*, note 72 à la p. 1189.

<sup>79</sup>Relativement aux dons philanthropiques, voir notamment l'affaire *Hutton c. West Cork Railway* (1883), 23 Ch. D. 654 (C.A.), où le juge Bowen déclare à la p. 673 : « charity has no business to sit at boards of directors quâ charity. »

<sup>80</sup>*Supra*, note 59.

<sup>81</sup>*Ibid.* à la p. 948.

<sup>82</sup>*Ibid.* Le juge cite, toujours à la même page, l'arrêt *Greenhalgh c. Arderne Cinemas* avec approbation et dit : « Sir Raymond Evershed, M.R., said, in a different context, that the benefit of the company meant the benefit of the shareholders as a general body, and in my opinion that is equally true in a case such as the present. »

<sup>83</sup>Cité par Gower, *supra*, note 72 à la p. 1188.

<sup>84</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 578. Le solliciteur général de Victoria, en Australie, formule des remarques au même effet, B.L. Murray, « Some Aspects of Modern Company Structure » (1965-66) 7 U.of W.Aust. L.Rev. 311 à la p. 313 et s.

les travailleurs et la communauté sociale.<sup>85</sup> Gower reconnaît toutefois que cette vision anachronique constitue — ou plutôt constituait alors — la toile de fond juridique du système corporatif anglais :

But it is apparently only the interests of the members and, presumably, creditors, present and future, to which they [the directors] are entitled to have regard; the consumers of the company's products, the nation as a whole and even (at present) the employees are legally irrelevant.<sup>86</sup>

Lord Denning considérait également que cette approche juridique était anachronique :

Do directors realise the responsibilities that rest on them? The answer I think is yes, but the law does not do so. [...] They must not have regard to the interests of the workers or the customer except insofar as these are relevant to the primary object of profit making. This view is completely out of date. [...] I foresee that one of the great tasks before us in the coming years is to modify the company system. Directors would no longer be regarded by the law as managing on behalf of the shareholders only but regarded as representatives of all vital interests.<sup>87</sup>

L'interprétation qui écarte les employés du champ des intérêts de la compagnie, même si elle nous paraît aberrante, semble avoir constitué la vision juridique de l'époque et donnait ainsi du poids à l'interprétation du juge Evershed, qui veut que le meilleur intérêt de la compagnie se résume à celui de ses actionnaires.<sup>88</sup>

Il est vraiment anormal que l'employé soit ainsi écarté du champ des intérêts de la compagnie. Le rapport *Bullock*<sup>89</sup>, soumis au Gouvernement anglais en 1977, oeuvre d'une commission constituée par ce dernier pour étudier le problème de la démocratie industrielle en Angleterre, recommandait l'octroi aux employés de quelques sièges au conseil d'administration. Cette recommandation fut toutefois fortement contestée et n'eut pas de suites, du moins pas de suites immédiates, car le débat se poursuit depuis

<sup>85</sup>Cette division de l'industrie en quatre partenaires (« labour, capital, management and the community ») aurait d'abord été mentionnée dès 1919 par W.L. Mackenzie King, premier ministre du Canada; voir Gower, *supra*, note 72 à la p. 1190.

<sup>86</sup>*Supra*, note 4 à la p. 578.

<sup>87</sup>Ce texte est cité par Murray, *supra*, note 84 à la p. 316.

<sup>88</sup>*Arderne Cinemas, supra*, note 63.

<sup>89</sup>*Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy*, (Cmnd 6706), London, H.M.S.O., 1977. Voir aussi Sullivan, *supra*, note 52 à la p. 569; A.S. Sturmthal, « Bullock and the Aftermath » (1977) 32 *Rel.Ind.* 299; C.M. Schmitthoff, « Employee Participation and the Theory of Enterprise » [1975] *J.Bus.L.* 265; B. Napier, « Tendances vers la participation des travailleurs à la direction de l'entreprise au Royaume-Uni » [1977] *R.Int.D.Comp.* 364; B. Napier, « La participation des travailleurs à la direction de l'entreprise au Royaume-Uni : Les propositions du Gouvernement » [1978] *R.Int.D. Comp.* 1029; S. Simitis, « Workers' Participation in the Enterprise — Transcending Company Law ? » (1975) 38 *Mod.L. Rev.* 1.

l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté économique européenne<sup>90</sup>.

Le législateur anglais intervient en 1980 pour corriger la situation, en modifiant sa loi des compagnies, de façon à établir que les intérêts de la compagnie incluent ceux des employés et ne se limitent pas seulement à ceux des actionnaires. Cette modification clôt le débat et sanctionne le principe que la finalité de la compagnie ne se restreint pas aux intérêts des actionnaires. Voici le texte du nouvel article :

46(1) The matters to which the directors of a company are to have regard in the performance of their functions shall include the interests of the company's employees in general as well as the interests of its members.

(2) Accordingly, the duty imposed by subsection (1) above on the directors of a company is owed by them *to the company (and the company alone)* and is enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors.<sup>91</sup>

### 1.8 La finalité de la compagnie

La modification apportée en 1980 à la loi des compagnies confirme donc que, en droit anglais, la compagnie est non seulement une entité distincte, mais aussi une entité autonome, poursuivant une finalité institutionnelle qui lui est propre. Cette modification suscite les commentaires suivants :

[B]est interests of the company refers to the company as a *corporate entity* and it appears that the content of the directors' duties in this regard is to act so as to promote the prosperity of the *corporate entity*.<sup>92</sup>

En somme, cette modification ne fait que réaffirmer et préciser le principe déjà établi par la jurisprudence à l'effet que les administrateurs doivent

---

<sup>90</sup>Le projet de cinquième directive de la C.E.E. et le livre vert préparé sur le sujet de la participation des travailleurs proposent une structure corporative favorisant la participation des employés. Voir *Commission C.E., Participation des travailleurs et structure des sociétés dans la Communauté européenne*, Bulletin des C.E., supplément 8/75. Voir N.S. Frommel, « Le droit anglais des sociétés et son adaptation au droit des Communautés européennes » [1973] R. Soc. 1 ; J. Welch, « The Fifth Draft Directive — A False Dawn ? », (1983) 8 E. L. Rev. 83 ; C.M. Schmitthoff, « The Impact of European Community Law on English Law » (1977) 8 Man. L.J. 457.

<sup>91</sup>*The Companies Act 1980* (R.-U.), 1980, c. 22, art. 46 [nos italiques].

<sup>92</sup>L.H. Leigh, V.H. Joffe et D. Goldberg, *Northey & Leigh's Introduction to Company Law*, 3e éd., Londres, Butterworths, 1983 à la p. 190 et s. [nos italiques] où les auteurs résument *Re Halt Garage, Ltd* (25 mai 1978), [non publié] cité dans *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd c. British Steel Corporation*, [1982] 3 W.L.R. 715 à la p. 728. Les auteurs ajoutent : « The directors are obliged to balance a long-term view against short-term interests, but it is not certain how far this principle extends. »

agir « *bona fide for the benefit of the company as a whole* »<sup>93</sup>. Le mot compagnie doit ici s'entendre, précise la modification, dans le sens de *l'entité distincte*, « *to the company alone* », dit l'aliéna (2) de l'article 46. Cette modification met donc également fin au débat soulevé par l'approche du juge Evershed<sup>94</sup> et infirme son énoncé voulant que le meilleur intérêt de la compagnie corresponde et se limite au meilleur intérêt des actionnaires.

Doit-on comprendre que seuls les intérêts des actionnaires et des employés forment la finalité de la compagnie ? C'est possible, mais peu probable. Il faut en effet remarquer que l'énumération de l'article 46(1) ne semble pas limitative ; c'est ce qui ressort des termes utilisés : « *the matters to which the directors are to have regard... shall include...* ». C'est ce qui fait dire à Clive Schmitthoff :

The wording of this provision makes it clear that the directors may take into account interests other than those of the employees and members, and that interest can only be the public interest.<sup>95</sup>

Il faut remarquer que le texte de l'article 46 maintient que les actionnaires sont les *membres* de la compagnie. Le premier aliéna retient en effet le terme de *members* pour les désigner. La loi persiste donc à maintenir une différence de niveau entre les actionnaires et les employés. Gower à ce sujet :

In legal theory the relationship between a company and its employees is merely the contractual relationship of master and servants and the servants no more form part of the company than do its creditors. [...] [This] orthodox legal view is unreal in that it ignores the undoubted fact that the employees are members of the company for which they work to a far greater extent than are the shareholders whom the law persists in regarding as its proprietors.<sup>96</sup>

Il nous semble toutefois que la modification de la loi ouvre la voie à une évolution qui reconnaîtra de plus en plus les employés comme partenaires dans la structure corporative. Cette évolution du droit anglais sera sans doute fortement influencée par l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes et par le profond débat qui s'y déroule sur la participation ouvrière au contrôle de l'entreprise<sup>97</sup>.

<sup>93</sup>*Supra*, note 58.

<sup>94</sup>Dans affaire *Greenhalgh c. Arderne Cinemas*, *supra*, note 63.

<sup>95</sup>Voir C.M. Schmitthoff, « Social Responsibility in European Company Law » (1979) 30 *Hastings L.J.* 1419 à la p. 1431. Voir aussi sur la responsabilité sociale de la société par action Lord Wedderburn of Charlton, « The Social Responsibility of Companies » (1985) 15 *Melbourne University L. Rev.* 4.

<sup>96</sup>Gower, *supra*, note 4 à la p. 10 et s.

<sup>97</sup>K. Hopt, « Problèmes fondamentaux de la participation en Europe » (1981) *Rev. Trin. Droit Com.* 401. Voir également, *supra*, notes 89 et 90.

## II. Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit comparé

Ayant retracé l'évolution et précisé la position du droit anglais sur le principe du meilleur intérêt de la compagnie, il convient maintenant de vérifier, très brièvement, la position des droits américain, canadien, français et allemand sur le sujet. Cette seconde partie ne se veut qu'un aperçu et n'entend pas constituer une étude aussi poussée que celle qui précède sur le droit anglais.

### 2.1 *Le droit américain*

La question de la finalité de la société commerciale semble, à certains égards, avoir plus préoccupé les américains que les anglais, mais l'évolution par ailleurs s'est avérée plus précise et plus définitive en droit anglais.

Le problème de la finalité de la société commerciale a fait, dès 1919, l'objet d'un retentissant débat judiciaire aux États-Unis dans l'affaire *Dodge*. L'actionnaire Dodge contestait le droit de la société Ford de promouvoir d'autres intérêts que ceux de ses actionnaires. Le tribunal lui donna raison et le jugement déclare : « [a] business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. »<sup>98</sup>

Le débat fut réouvert en 1932, par un article du professeur Berle déclarant que les pouvoirs dont disposent les administrateurs doivent être exercés uniquement dans l'intérêt des actionnaires<sup>99</sup>. Le professeur Dodd repliqua immédiatement, par un article tendant à démontrer que cette approche est maintenant dépassée :

Despite many attempts to dissolve the corporation into an aggregate of stockholders, our legal tradition is rather in favor of treating it as an institution directed by persons who are primarily fiduciaries for the institution rather than for its members.<sup>100</sup>

Il défend en somme la thèse institutionnelle qui semble supportée par un courant jurisprudentielle américain important. Par exemple, dans l'affaire *Chenery*, après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge de la Circuit Court déclare : « the general rule is that, while directors occupy a trust relation to the corporation, the same relation does not exist as to

---

<sup>98</sup>*Dodge c. Ford Motors Co.* (1919), 170 N.W. 668 à la p. 684, 204 Mich. 459.

<sup>99</sup>A.A. Berle, Jr., « Corporate Powers as Powers in Trust » (1931) 44 Harv. L. Rev. 1049.

<sup>100</sup>E.M. Dodd, Jr., « For Whom are Corporate Managers Trustees ? » (1932) 45 Harv. L. Rev. 1145 à la p. 1162 et s.

stockholders [...] . »<sup>101</sup> C'est également l'approche qu'adoptèrent les responsables de la révision de 1984 du *Model Business Corporation Act*, qui prévoit à l'article 8.30(a) : « [a] director shall perform his duties as a director [...] in good faith [...] in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation. »<sup>102</sup>

Mais malgré cette évolution, beaucoup de jugements persistent à utiliser l'expression « to the corporation and its stockholders », faisant ressortir la résistance à dissocier la finalité de la société commerciale de celle de ses actionnaires<sup>103</sup>.

Le débat fut récemment réouvert lorsque l'American Law Institute aborda la question du « gouvernement » (*governance*) de la société commerciale. Un projet de définition des objectifs de la société commerciale a été provisoirement adopté. Il se lit comme suit : « 2.01 — A business corporation should have as its objective the conduct of business activities with a view to enhancing corporate profit and shareholder gain. »<sup>104</sup> Ce texte semble vouloir revenir au principe énoncé dans l'arrêt *Dodge*.<sup>105</sup>

Cette étude entreprise par l'American Law Institute sur le gouvernement de la société commerciale soulève une vive controverse<sup>106</sup>. La « Business Roundtable », un organisme composé des officiers supérieurs des principales grandes sociétés américaines, conteste la susdite définition qu'elle trouve rétrograde<sup>107</sup>. On lui reproche d'ignorer le point de vue des

<sup>101</sup>*Chenery Corp. v. Securities and Exchange Commission* (1942), 128 F. (2d) 303 à la p. 307. Il faut cependant noter que la Cour suprême n'a pas été aussi claire, voir les arrêts *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.* (1943), 318 U.S. 80 et (1947), 332 U.S. 194. Pour un commentaire de toute cette affaire, voir D.C. Bayne, « The Fiduciary Duty of Management — The Concept in the Courts » (1958) 35 U. Det. L.J. 561.

<sup>102</sup>American Law Institute, *Revised Model Business Corporation Act (1984)*, dans *Model Business Corporation Act Annotated*, t. 2, 3e éd., Clifton (N.J.), Law & Business, 1985.

<sup>103</sup>Les auteurs L.D. Soderquist et R.P. Vecchio écrivent dans « Reconciling Shareholders' Rights and Corporate Responsibility: New Guidelines for Management » [1978] *Duke L.J.* 819 à la p. 830 : « the courts' continuing emphasis on the conceptualization of the shareholders as corporation's owners is illustrative of the familiar judicial reluctance to relinquish old ideas. »

<sup>104</sup>*American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Tentative draft no. 2, 1984, section 2.01.

<sup>105</sup>*Supra*, note 98.

<sup>106</sup>R.B. Perkins, « The ALI Corporate Governance Project in Midstream » (1986) 41 *Bus. Law.* 1195. K.R. Andrews, « Corporate Governance Eludes the Legal Mind » (1983) 37 *Miami L.Rev.* 213 à la p. 213 et s. : « It is now well known that the recommendations have received overwhelming disapproval by the management community and the corporate bar. »

<sup>107</sup>D.E. Schwartz, « Defining the corporate objective: section 2.01 of the ALI's principles », (1983-84) 52 *Geo. Wash.L.Rev.* 520. Au dire de cet organisme : « [it] is not at all clear that the overriding objective of all corporations at all times is or will be to engage in activities only with the views to enhance corporate profit and shareholder gain. » K.R. Andrews, *supra*, note 106 à la p. 215 écrit : « [the definition of the] objective [...] as corporate profit and shareholder gain [...] originates in an obsolete and simplistic economic theory. »

dirigeants d'entreprise et de ne refléter que la vision des juristes qui ont tendance, dit-on, à considérer la société commerciale comme étant uniquement vouée aux intérêts de ses actionnaires<sup>108</sup>. Est-il exact que l'objectif fondamental de la société commerciale soit uniquement de faire des profits<sup>109</sup> ? Est-il exact qu'elle doive se soucier uniquement des intérêts des actionnaires ?

Il sera intéressant de suivre, au cours des prochaines années, l'issue de ce débat et l'évolution du droit américain sur le sujet. Il se peut que la perspective soit, finalement, surtout influencée par la nouvelle approche des sciences économiques et des sciences administratives, qui semblent délaisser la vision juridique traditionnelle, voulant que la société commerciale soit une association d'actionnaires, pour considérer qu'elle est plutôt une institution où se transigent les intérêts des grands partenaires de l'entreprise : le capital, le travail, le consommateur et l'environnement social<sup>110</sup>. Le mandat des administrateurs consisterait alors à concilier les intérêts divergents de ces divers bénéficiaires. Ce serait là, en définitive, la finalité institutionnelle de la société commerciale.

## 2.2 *Le droit canadien*

Le Canada a généralement suivi de près l'évolution du droit corporatif anglais<sup>111</sup>, du moins jusqu'à la réforme de 1975<sup>112</sup>, qui s'est largement inspirée de l'expérience américaine<sup>113</sup>. Le principe de droit anglais du meilleur

---

<sup>108</sup>K.R. Andrews, *supra*, note 106 ; J.A.C. Hetherington, « When the Sleeper Wakes : Reflections on Corporate Governance and Shareholder Rights » (1979) 8 Hofstra L.Rev. 200 ; D.E. Schwartz, *supra*, note 106 à la p. 514 : « Section 2.01 is mainly a lawyer's construct of a corporation. »

<sup>109</sup>Pour Gailbraith c'est plutôt la croissance à long terme ; J. Gailbraith, *The New Industrial State*, New York, New American Library, 1967, voir chapitre XV : « The Goals of the Industrial System ».

<sup>110</sup>E.F. Fama, « Agency Problems and the Theory of the Firm » (1980) 2 J. Pol. Econ. 288. W.A. Klein, « The Modern Business Organization : Bargaining Under Constraints » (1982) 91 Yale L.J. 1521. B. Brudney, « Corporate Governance, Agency Costs, and the Rethoric of Contract » (1985) 84 Colum. L.Rev. 1403. En sciences administratives, voir R.E. Freeman, « Strategic Management — A Stakeholder Approach », Boston, Pitman, 1984.

<sup>111</sup>Welling, *supra*, note 19 à la p. 45 : « Canadian judges adopted English judges' statements as if they were Canadian law. »

<sup>112</sup>Il s'agit de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33 dont la version française fut améliorée une première fois en 1978 par la *Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1978-79, c. 9 qui donna alors à la loi le titre français de *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. La version française fut de nouveau améliorée, sous encore un nouveau titre, dans la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 [ci-après citée aux L.R.C.].

<sup>113</sup>J.L. Howard, « The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada : Concepts and Policies » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Corporate & Securities Law*, Toronto, Richard de Boo, 1972 à la p. 31 et s.

intérêt de la compagnie constitue également une règle de base du droit corporatif canadien énoncé notamment par le juge Duff de la Cour suprême du Canada en ces termes : « [the directors] are bound to act with utmost good faith for the benefit of the company. [...] [and not] at the expense or to the detriment of the shareholders as a whole. ».<sup>114</sup>

Le principe de l'intérêt distinct de la société commerciale est réitéré par le juge Pratte, de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Bergeron c. Ringuet* où il affirme que l'administrateur doit agir en bonne conscience, dans le seul intérêt du patrimoine confié à sa gestion.<sup>115</sup>

Welling exprime la même idée en ces termes :

the corporation is to be treated as a legal entity separate from its shareholders ; a logical consequence of this view is that it is the economic interest of the corporate entity that the directors are elected to pursue.<sup>116</sup>

Tout comme en Angleterre et aux États-Unis, il y a au Canada des auteurs qui persistent à considérer que la société commerciale ne constitue qu'une association d'actionnaires. Ainsi, Palmer écrit, dans un texte qui date de 1967 : « « the company » means the shareholders, no interests outside of those of the shareholders can be legitimately considered by the directors. »<sup>117</sup>

L'occasion s'est présentée de préciser le sens du principe du meilleur intérêt de la société commerciale, lors des travaux du groupe de travail constitué par le Gouvernement fédéral, en 1967, sous la présidence de R.W.V. Dickerson, pour étudier les réformes à apporter au droit corporatif canadien. Après le dépôt du rapport de ce groupe<sup>118</sup>, une nouvelle loi des sociétés commerciales fut adoptée en 1975. Elle prévoit que « les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir avec intégrité et de bonne foi *au mieux des intérêts de la société* [...] ».<sup>119</sup>

Le rapport de travail soumis par ce groupe en 1971 fait état que ses auteurs ont préféré ne pas se prononcer sur le sens à donner à l'expression « meilleur intérêt de la société », croyant préférable de laisser l'évolution

<sup>114</sup>Voir *Sun Trust Co. Ltd c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305 à la p. 307 et 309.

<sup>115</sup>[1958] B.R. 222 à la p. 236. Portée en Cour suprême : *Ringuet c. Bergeron*, [1960] R.C.S. 672.

<sup>116</sup>Welling, *supra*, note 19 à la p. 347, note 152 de l'auteur.

<sup>117</sup>E.E. Palmer, « Directors' Powers and Duties » dans J.S. Ziegel, éd., *Études sur le droit canadien des compagnies*, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1967 à la p. 371.

<sup>118</sup>Le rapport fut soumis en 1971, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, 2 vol., Ottawa, Information Canada, 1971.

<sup>119</sup>*Supra*, note 112 à l'art. 122(1)(a) [ancien 117(1)(a)], [nos italiques]. Ce texte traduit l'expression « best interests of the corporation ».



suivre son cours et surtout de laisser aux tribunaux le soin d'interpréter et de faire évoluer le sens à donner à cette expression :

Aucune tentative n'a été faite pour préciser la notion des « meilleurs intérêts de la corporation ». [...] Nous endossons les vues du professeur Gower [...] à l'effet que « on the whole [...] it is probably better to leave the law to develop in the hands of the judges »<sup>120</sup> et de laisser, d'une part aux administrateurs la libre décision de prendre en considération les facteurs qu'ils considèrent importants dans la détermination de la politique de la corporation, et d'autre part aux tribunaux la possibilité d'échapper aux contraintes décrites bien charitablement comme « anachroniques » et qui se sont développées dans les cours de justice anglaise. »<sup>121</sup>

Il nous paraît que l'approche de ce groupe de travail est beaucoup plus prudente que celle adoptée par l'American Law Institute qui, en voulant définir cette notion<sup>122</sup>, risque d'entraver au lieu de faciliter l'évolution du droit corporatif. Il ne faut jamais perdre de vue que l'évolution constitue une force qui tend inéluctablement à ajuster le droit à la réalité sociale et que toute intervention ayant pour effet de contrecarrer cet ajustement est généralement peu efficace et ne fait que déphaser davantage le droit par rapport à la réalité.

Déjà en 1973, un jugement canadien laisse entendre que le droit prend acte de cette évolution. Il est en effet intéressant de noter la position prise sur le sujet par le juge J. Berger de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Teck Corporation*. Après avoir fait état de la vision traditionnelle le juge ajoute immédiatement :

The classical theory is that the directors' duty is to the company. The company's shareholders are the company [...] and therefore no interests outside those of the shareholders can legitimately be considered by the directors.

[...]

A classical theory that once was unchallengeable must yield to the facts of modern life. In fact, of course, it has. If today the directors of a company were to consider the interests of its employees no one would argue that in doing so they were not acting *bona fide* in the interests of the company itself.<sup>123</sup>

C'est dire, en somme, que les intérêts des employés font partie des préoccupations légitimes de la société par actions. Le juge déclare qu'il ne peut accepter l'opinion exprimée par le professeur Palmer à l'effet que les

<sup>120</sup>L.C.B. Gower, *Final Report of the Commission of Enquiry into the Working and Administration of the Present Company Law of Ghana*, 1961 à la p. 146.

<sup>121</sup>Position de Gower telle que résumée et traduite, *supra*, note 118, vol. 1 au no 241. Pour le texte lui-même, voir Gower, *supra*, note 4 à la p. 578.

<sup>122</sup>*Supra*, notes 104 et 106.

<sup>123</sup>*Teck Corporation c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 à la p. 313 et s. (B.C. S.C.).

intérêts de la société commerciale se limitent à ceux de ses actionnaires<sup>124</sup>, et il soumet que :

[I]f they [the directors] observe a decent respect for other interests lying beyond those of the company's shareholders in the strict sense, that will not, in my view, leave the directors open to the charge that they have failed in their fiduciary duty to the company.<sup>125</sup>

L'approche du juge Evershed, exprimée dans l'arrêt *Arderne Cinemas*<sup>126</sup>, qui ramène l'intérêt de la société commerciale uniquement à celui de ses actionnaires, nous paraît inacceptable, car elle vient directement en contradiction avec les principes fondamentaux exprimés notamment dans les arrêts *Salomon* et *Gramophone*.<sup>127</sup> Il convient de revenir sur la remarque du procureur général de Victoria, en Australie, qui fait ressortir la contradiction :

it [is] strange that we still maintain the principles that the directors, while they owe their fiduciary duties to the company itself, are nevertheless bound to exercise those duties for the benefit of the members and the members only.<sup>128</sup>

À quoi sert, en effet, tout cet effort de la jurisprudence pour préciser le principe de l'entité et de l'intérêt distincts de la société commerciale et pour établir — comme le fait l'article 122(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* — que les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de cette entité, si, par la suite, on interprète que les intérêts de la société par actions se résument et se limitent à ceux de ses actionnaires ?

Nous croyons que la jurisprudence canadienne est parfaitement justifiée, et ce même sans intervention législative du genre de celle survenue en Angleterre<sup>129</sup>, de définir l'intérêt de la société commerciale comme signifiant l'intérêt institutionnel de l'entité corporative, intérêt qui comprend mais qui dépasse celui de ses actionnaires.

### 2.3 *Le droit français*

Le droit français, à l'instar de celui des autres pays que nous avons étudiés, consacre également le principe que les dirigeants doivent agir dans ce qu'il appelle « *l'intérêt social* » de la société commerciale, ou plus précisément de la « société anonyme », terme sous lequel la société commerciale, du moins la société publique, est généralement désignée en France.

<sup>124</sup>*Supra*, note 117.

<sup>125</sup>*Supra*, note 123 à la p. 314.

<sup>126</sup>*Supra*, note 63.

<sup>127</sup>Voir nos commentaires *supra*, notes 64 et 65 et texte correspondant.

<sup>128</sup>Murray, *supra*, note 84.

<sup>129</sup>*Supra*, note 91.

Ce principe de « l'intérêt social » est même considéré comme une donnée fondamentale de l'organisation du pouvoir des sociétés<sup>130</sup>.

Mais là également, la nature de cet intérêt social fait controverse. Les juristes se partagent en deux écoles sur la question. Pour certains cet intérêt social se résume à l'intérêt collectif des actionnaires, alors que pour d'autres la société anonyme poursuit une finalité autonome et distincte, dépassant l'intérêt de ces derniers.

Jean Schapira fait remarquer que le débat repose en réalité sur l'idée que l'on se fait de la nature de la société anonyme<sup>131</sup>. Certains persistent à la considérer comme une association contractuelle d'associés. « La personne morale, dans le cas spécialement des groupements n'existe que *pour* ses membres, comme elle n'existe que *par* eux », soumet R. David<sup>132</sup>. « Derrière le voile de la personnalité morale, la société demeure la chose des associés, le bien de la société demeure le bien des associés », affirme Jean Foyer<sup>133</sup>.

Le professeur D. Schmidt adhère aussi à la théorie voulant que la société anonyme n'existe que dans l'intérêt collectif des actionnaires, mais la définition précise de cet intérêt lui paraît « un problème irritant »<sup>134</sup>. Il convient que cet intérêt collectif ne peut se résumer à la somme des intérêts individuels des actionnaires. « L'intérêt collectif », dit-il, « est supérieur aux intérêts individuels et, en son nom, ceux-ci pourront être partiellement sacrifiés ».<sup>135</sup> Il se demande si cet intérêt collectif ne pourrait pas être défini par la représentation des intérêts de « l'actionnaire *type* », suivant un concept utilisé en science de la statistique, ou encore par « l'intérêt *actualisé* de l'actionnaire »<sup>136</sup>, selon un concept utilisé en mathématique financière. Cette hypothèse de « l'intérêt actualisé » évoque la notion de l'intérêt des actionnaires présents et futurs élaborée par le droit anglais<sup>137</sup>.

<sup>130</sup>J. Paillusseau, *La société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967 à la p. 9.

<sup>131</sup>J. Schapira, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », (1971) 24 Rev. trim. droit comm. 957.

<sup>132</sup>R. David, « Rapport général », dans S. Bastid *et al.*, *La personnalité morale et ses limites*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 3 à la p. 23.

<sup>133</sup>J. Foyer, « Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français », dans Bastid *et al.*, *supra*, note 132, p. 113 à la p. 131.

<sup>134</sup>D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Sirey, 1969 à la p. 58.

<sup>135</sup>*Ibid.* à la p. 57.

<sup>136</sup>*Ibid.* à la p. 59 et s.

<sup>137</sup>D.F. Vagts, « Reforming the 'Modern' Corporation : Perspectives from the German » (1966) Harv. L.R. 23 à la p. 37 fait allusion à cette notion en ces termes : « [L]aw corresponds to the classical economists' conception of the goal of the entrepreneur — achieving the maximum present discounted value of the flow of future earnings. »

L'autre approche suppose une vision institutionnelle de la société ; elle implique une société vraiment dégagée de ses racines contractuelles<sup>138</sup>. La conception contractuelle est de plus en plus abandonnée, non seulement en France mais dans toute l'Europe continentale. « Toute l'évolution de la conception de la société anonyme consiste dans l'abandon progressif de la thèse contractuelle », nous dit Rosset<sup>139</sup>. Un autre auteur écrit :

La théorie contractuelle selon laquelle la société a pour fondement un contrat entre les associés actionnaires, et entre les associés et la société, est abandonnée [...] je pense un peu partout. [Les dirigeants] ne sont plus considérés comme des mandataires des actionnaires ; ils ont la tâche de servir avant tout l'intérêt de la société, et c'est plus que l'intérêt des actionnaires.<sup>140</sup>

L'implantation de la vision institutionnelle conduit au principe que la société commerciale poursuit une finalité autonome, qui lui est propre et qui ne se limite plus à l'intérêt des actionnaires comme le voulait l'approche contractuelle. Ce principe a été consacré par un célèbre arrêt rendu en France en 1965, dans l'affaire *Fruehauf*<sup>141</sup>. Une société-mère américaine contrôlant 80% des actions d'une filiale française, dicte à cette dernière de ne pas respecter un contrat dûment conclu, même au risque de provoquer la faillite de cette filiale et le licenciement de ses employés.

Le tribunal établit comme principe, dans cette affaire, que l'intérêt social de la société prime les intérêts personnels de ses actionnaires fussent-ils majoritaires. Le but de la société anonyme et son intérêt social résident essentiellement dans la survie et la croissance de l'entreprise, déclarent les magistrats. On reconnaît en somme à la société anonyme un intérêt institutionnel qui transcende celui des actionnaires.

Commentant cet arrêt, M. Contin soumet qu'on y reconnaît « une autonomie fonctionnelle à l'entreprise » et « un intérêt distinct et supérieur à ceux des diverses catégories de personnes qui la composent »<sup>142</sup> ; c'est, dit-il, consacrer le principe que l'intérêt social n'est pas réductible à la somme des intérêts ni à la volonté unanime des actionnaires.

Schapira fait remarquer que cette théorie de l'intérêt social distinct a l'avantage de très bien cadrer avec les règles modernes de structure et de

---

<sup>138</sup>Schapira, *supra*, note 131 à la p. 957.

<sup>139</sup>PR. Rosset, *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés*, Neuchâtel et Paris, 1939 à la p. 19 cité par F. Sami, *La souscription d'actions dans la société anonyme*, Genève, Librairie Reausseau, 1968 à la p. 44.

<sup>140</sup>M.M. Maeijer, « La réforme de l'entreprise et des sociétés » (1982) 35 Rev. trim. droit comm. 73 à la p. 75.

<sup>141</sup>Paris, 22 mai 1965, *Société Fruehauf Corporation c. Massardy*, D.1968.Jur.147 ; J.C.P.1965.II.14274 bis (concl. av. gén. Nepveu).

<sup>142</sup>Contin, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés » D.1968.Chron.45, no VI à la p. 46.

fonctionnement de la société anonyme. Le peu de pouvoirs et d'emprise que la loi laisse aux actionnaires est l'indice, dit-il, que la société anonyme obéit à un intérêt supérieur à celui de ces derniers<sup>143</sup>. Seul un intérêt social autonome et distinct peut expliquer l'introduction — comme le font plusieurs pays d'Europe — d'une structure à deux paliers, où le contrôle n'appartient plus aux actionnaires mais se situe au niveau d'un conseil de surveillance. La Communauté économique européenne favorise même la présence de représentants des employés au sein de ce conseil<sup>144</sup>. C'est là indirectement reconnaître que l'intérêt social inclut celui des employés.

Le caractère institutionnel de la société anonyme de même que le principe de son intérêt social distinct semblent constituer deux données irréversibles du droit français. Cette vision est même vraisemblablement appelée à s'accroître, étant donné la position prise sur le sujet par la Communauté économique européenne et le mouvement d'uniformisation poursuivi par cette dernière.

#### 2.4 Le droit allemand

Le droit allemand est celui qui a été le premier à poser le principe de la finalité autonome de la société commerciale. Dès 1917, Walter Rathenau, homme politique et chef d'entreprise, affirmait le principe que les grandes sociétés avaient une envergure dépassant les intérêts privés des actionnaires<sup>145</sup>. On développa en conséquence une nouvelle conception de la société commerciale, appelée théorie de « l'entreprise en soi »<sup>146</sup>.

Cette théorie a pour effet de distinguer entre la société commerciale, qui n'est qu'une forme juridique d'organisation de l'entreprise, et l'entreprise elle-même qui en est le fondement. Il faut mettre l'accent, dit-on, directement sur l'entreprise et surtout réaliser qu'elle ne peut pas être uniquement la chose des actionnaires. Un auteur allemand écrit :

[T]he theory of the « enterprise as such », is that the enterprise as such is an independent legal object, the interest of which is the principle to which precedence over all other interests is due and which pervades the life of the company.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup>Schapira, *supra*, note 131 à la p. 959 et à la p. 961.

<sup>144</sup>Voir *Proposition d'un règlement du Conseil portant Statut des sociétés anonymes européennes*, Bulletin des Communautés européennes, supplément 4/75 ; voir aussi *Participation des travailleurs et structure des sociétés dans la Communauté européenne*, Bulletin des C.E., supplément 8/75.

<sup>145</sup>J. Einmahl, « La réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne » (1968) 21 Rev. trim. droit comm. 563 à la p. 567 et s. Voir aussi Vagts, *supra*, note 137 à la p. 39.

<sup>146</sup>Théorie des « unternehmens an sich ».

<sup>147</sup>F.A. Mann, « The New German Company Law and Its Background », (1937) 19 J.Comp.Leg. & Int. L. (3e série) 220 à la p. 224.

Cette théorie influença considérablement le droit allemand, et inspira même, au début des années trente, deux projets de loi qui n'arrivèrent toutefois jamais à terme. Le ministre de la justice déclara, lors du dépôt de l'un de ces projets, que la société anonyme ne pouvait plus être considérée comme ayant pour unique fonction de servir les intérêts des actionnaires<sup>148</sup>. Une nouvelle loi fut finalement adoptée en 1937, prévoyant que le conseil d'administration, appelé « Vorstand » :

administre la société sous sa propre responsabilité de façon à servir tant l'intérêt de l'entreprise et de sa suite, que le bien commun du peuple et de l'empire.<sup>149</sup>

Il convient de remarquer qu'il n'y est pas fait mention des actionnaires<sup>150</sup>. Un amendement fut présenté, après la guerre, en 1958, pour corriger cette lacune, mais le législateur décida finalement d'éliminer complètement l'article, alléguant qu'il énonçait un principe évident et que ce texte était par conséquent superflu<sup>151</sup>. De fait le retrait de cette disposition ne semble pas avoir eu d'effets notables sur la vision allemande de la finalité institutionnelle de la société anonyme<sup>152</sup>.

La loi de 1937 introduisit également un nouveau palier dans la structure corporative, soit le conseil de surveillance, chargé d'exercer la fonction de contrôle à la place des actionnaires. Ces derniers élisent les membres de ce conseil, à qui revient la tâche de nommer les administrateurs et de surveiller leur gestion. Cette structure s'inspire de l'idée que les actionnaires ne sont pas des associés mais de simples investisseurs qui n'ont généralement ni le temps ni la formation pour exercer la fonction de contrôle.

Cette structure à double palier a été utilisée par les syndicats, après la seconde guerre mondiale, pour exiger une représentation paritaire des ouvriers au niveau du conseil de surveillance, invoquant le droit de « collaborer sur un pied d'égalité » avec les actionnaires au contrôle de l'entreprise. La loi allemande du 18 mars 1976 reconnaît ce droit à toutes les sociétés commerciales comptant 2,000 employés ou plus<sup>153</sup>.

Le principe de la finalité distincte et institutionnelle de la société commerciale est donc profondément ancré en droit allemand et joue, semble-

<sup>148</sup>*Ibid.*, à la p. 226.

<sup>149</sup>Texte tiré de Schmidt, *supra*, note 134 à la p. 50. Il s'agit de l'art. 70-10 de cette loi. Il faut noter que le mot suite rend le mot allemand « Gefolgschaft » et réfère aux employés dans leur lien de fidélité envers la compagnie.

<sup>150</sup>Voir Mann, *supra*, note 147 ; voir aussi Vagts, *supra*, note 137 à la p. 40.

<sup>151</sup>Vagts, *ibid.* à la p. 40.

<sup>152</sup>*Ibid.* à la p. 45.

<sup>153</sup>W. Scheuerle, « La nouvelle loi sur la participation dans la République Fédérale d'Allemagne » [1977] R.I.D.Comp. 339 ; M. Gruson & W. Meilicke, « The New Co-Determination Law in Germany » (1977) 32 Bus.Law. 571 ; H. Wiedemann, « Codetermination by workers in German Enterprise » (1980) 28 Am.J.Comp.L. 79.

t-il, une grande influence au niveau de l'orientation de la Communauté européenne en matière de droit des sociétés<sup>154</sup>.

### Conclusion

Le principe de la finalité institutionnelle de la société commerciale semble, à la lumière de ce qui précède, en voie de devenir une règle fondamentale du droit corporatif de tous les pays étudiés. Ce principe constitue déjà une règle établie en Angleterre et en Europe continentale, il nous paraît en bonne voie de le devenir au Canada, et il y a tout lieu de croire qu'il finira éventuellement par s'imposer également aux États-Unis.

Il faut toutefois se demander si ce principe englobe toutes les catégories de sociétés commerciales. Il affecte sûrement la société publique, celle dont les actions sont cotées à la bourse. Mais en est-il de même pour la société fermée, comprenant un nombre restreint d'actionnaires, voire même pour la société à actionnaire unique ? En somme, la question qui se pose est de savoir si ce phénomène est relié à la grande société publique ou s'il touche indistinctement toutes les sociétés commerciales, comme effet inhérent de leur incorporation. Doit-on conclure que toute personne qui incorpore son entreprise l'affecte par le fait même d'une finalité qui dépasse ses propres intérêts ? C'est ce que semble dire l'arrêt *Salomon*<sup>155</sup>. Mais pourquoi d'autres intérêts, notamment ceux des employés, mériteraient-ils plus de considération dans l'entreprise incorporée que dans celle qui ne l'est pas ?

Se pourrait-il alors que ce phénomène soit plutôt inhérent à toute entreprise, incorporée ou non. C'est ce que semble croire Julliot de la Morandière qui soumet qu'à l'avenir, « [l]'on sera amené à admettre que l'individu qui affecte une partie de son patrimoine à la création d'une entreprise, cesse d'avoir la maîtrise de ces biens ».<sup>156</sup> L'émergence du concept de la finalité institutionnelle de la société commerciale serait alors l'indice que l'évolution du droit corporatif repose en grande partie sur une transformation de notre « droit des sociétés » en « droit de l'entreprise »<sup>157</sup>. C'est ce que signale Clive Schmitthoff qui faisait récemment remarquer : « [c]ompany law has thus changed its character. It has developed from company law (*droit des sociétés*) to a law of enterprise (*droit des entreprises*). »<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup>Voir *supra*, notes 90 et 144.

<sup>155</sup>*Supra*, note 27.

<sup>156</sup>A. Collin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 11e éd. par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1947 à la p. 117.

<sup>157</sup>Sur le sujet voir : Paillusseau, *supra*, note 130, M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, J. Champaud et J. Paillusseau, éd., *L'entreprise et le droit commercial*, Paris, Armand Colin, 1970 et Schmitthoff, *supra*, note 95 à la p. 1422.

<sup>158</sup>Schmitthoff, *supra*, note 95 à la p. 1422.

Cette conception institutionnelle pose présentement un problème quant au fonctionnement des multinationales<sup>159</sup>. On sait que dans le groupement multinational, la société-mère fait généralement primer ses intérêts sur ceux de ses filiales. C'est ce qu'avait tenté de faire la société Fruehauf dans l'affaire étudiée ci-dessus<sup>160</sup>. Or ceci va à l'encontre du principe de l'intérêt distinct de chaque filiale, qui constitue juridiquement une entité distincte. Le juge Pennycuick rappelle ce principe dans l'affaire *Chaterbridge Corporation Ltd c. Lloyds Bank* : « [e]ach company in the group is a separate legal entity and the directors of a particular company are not entitled to sacrifice the interest of that company. »<sup>161</sup>

Seul le droit allemand a présentement légiféré sur ce problème, imposant des conditions et des formalités pour qu'une société filiale puisse ainsi sacrifier son intérêt personnel au profit de la société-mère<sup>162</sup>.

Il convient enfin de signaler que le détournement des intérêts de la société pour les confondre avec ceux des actionnaires peut, en certaines circonstances, autoriser le recours à la technique de la levée du voile corporatif qui a pour effet de suspendre le principe de la responsabilité limitée et de rendre les actionnaires personnellement responsables. En somme, l'incorporation vise à transformer en entité distincte un patrimoine affecté à une fin autonome ; cette entité distincte est reconnue par la loi en vue de permettre à ce patrimoine de réaliser sa finalité. Toute confusion des intérêts distincts de ces patrimoines, soit celui de l'entité corporative avec ceux des actionnaires, fait donc perdre la justification du cloisonnement patrimonial, et autorise en conséquence les tribunaux à suspendre la règle de la responsabilité limitée<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup>Voir M. Lizée, « Le droit des multinationales : une impasse juridique », [1985] R.Q.D.I. 271.

<sup>160</sup>*Supra*, note 141.

<sup>161</sup>[1970] 1 Ch. 62 à la p. 74. Voir également Gower, *supra*, note 4 à la p. 573 : « The fiduciary duties are owed to the company and to the company alone. » Voir aussi *Bell c. Lever Brothers, Ltd*, (1931), [1932] A.C. 161 (H.L.).

<sup>162</sup>G. Keutgen, *Les droits des groupes de sociétés dans la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, 1973. V. Bringezu, « Parent-Subsidiary Relations under German Law » (1973) 7 Int.Law. 142. Sur ce sujet voir OCDE, *Responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales*, Paris, OCDE, 1980.

<sup>163</sup>Voir sur ce sujet A.A. Berle, Jr, « The Theory of Enterprise Entity » (1947) 47 Colum.L.Rev. 343. Gower, *supra*, note 4 à la p. 136 et s. ; *Wallersteiner c. Moir*, [1974] 1 W.L.R. 991.