

De la nature juridique de la fonction d'administrateur et d'officier en droit québécois des compagnies

par

CLÉMENT FORTIN*

CHAPITRE I: TENTATIVE DE DÉFINITION DE LA FONCTION

SECTION 1 – SONT-ILS MANDATAIRES?

A – DES ACTIONNAIRES?

B – DE LA COMPAGNIE?

SECTION 2 – SONT-ILS “TRUSTEES” OU FIDUCIAIRES?

A – DES ACTIONNAIRES?

B – DE LA COMPAGNIE?

SECTION 3 – LA SITUATION

A – EN DROIT QUÉBÉCOIS

B – EN DROIT ANGLO-CANADIEN

C – EN DROIT ANGLO-AMÉRICAIN

D – EN DROIT FRANCAIS

CHAPITRE II: TENTATIVE DE SOLUTION

SECTION 1 – LE DROIT APPLICABLE

A – LOI DES COMPAGNIES DU QUÉBEC

B – LE CODE CIVIL

C – LE DROIT SUPPLÉTOIRE

SECTION 2 – L'ADMINISTRATEUR OCCUPE UNE FONCTION

SECTION 3 – L'OFFICIER EST MANDATAIRE

CONCLUSION

*Professeur à la Faculté de droit de
l'Université de Sherbrooke.

DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA FONCTION D'ADMINISTRATEUR ET D'OFFICIER¹ EN DROIT QUÉBÉCOIS DES COMPAGNIES

Est-il possible dans la situation actuelle du droit québécois des compagnies, de définir la nature juridique de la fonction d'un administrateur et d'un officier de compagnie? En d'autres termes, la Loi des compagnies du Québec² et le droit civil nous fournissent-ils tous les éléments nécessaires pour nous permettre d'en établir la nature juridique? Dans l'hypothèse d'une réponse négative, l'on peut se demander à quelles sources de droit puiser ces éléments?

Nous essaierons donc en premier lieu de définir la fonction et ensuite de rechercher une solution.

1. Remarquons que dans sa version française la loi des corporations canadiennes traduit l'expression "officer" par fonctionnaire. Le législateur québécois l'a tout simplement traduite par officier. L'expression n'est pas française dans ce sens-là. Un "officier" est un directeur ou fonctionnaire. Dans notre contexte bilingue, il faut écarter l'expression directeur pour désigner "officer" pour la bonne raison qu'un "director" est dans le langage courant un directeur, cependant qu'il devrait être un administrateur. Il semble plus juste de parler de fonctionnaire d'une compagnie comme expression française équivalente de "officer of a company". Voyez DAVIALUT, Pierre, *Langage et traduction*, Bureau fédéral de la traduction, Secrétariat d'Etat, Ottawa 1962, à la page 160 et à la page 277.

2. S.R.Q. 1964, ch. 272.

Chapitre I – Tentative de définition de la fonction

Section 1 – Sont-ils mandataires?

A – Des actionnaires?

Si l'on se réfère au Code civil pour trouver une solution à notre problème, nous devons nous rabattre sur la notion de mandat. Les administrateurs seraient-ils des mandataires? Si l'on affirme qu'ils sont mandataires, de qui le sont-ils? Sont-ils mandataires des actionnaires ou de la compagnie? Perreault affirme qu'ils sont les mandataires légaux des actionnaires. En effet, pour lui:

“Les administrateurs, relativement aux actionnaires, peuvent être considérés comme des mandataires. Nous pouvons accepter, dans notre droit, la théorie émise par Beaudry-Lancantinerie et Wahl (Traité de Droit civil, 3e éd., vol. 24, No 393).

Mais cet administrateur ou directeur est un mandataire légal. Sa situation juridique est tout d'abord régie par la *Loi des compagnies*, Législation particulière édictée en pareil cas. Ce n'est que lorsque cette dernière loi ne contient pas de dispositions expresses ou implicites que l'on peut, dans la Province de Québec, recourir aux art. 1701 E sq. C.C. relatifs au mandat.

S'il n'y a pas de dispositions dans la Loi des compagnies, fédérale ou québécoise, je crois que l'on peut appliquer aux administrateurs ou directeurs les art. 1709 à 1714 C.C. pour la responsabilité des directeurs à l'égard des tiers. L'on peut également en certains cas, leur appliquer l'art. 1053 C.C.”³

Quant à savoir si les administrateurs sont mandataires des actionnaires, Maximilien Caron s'interroge de la façon suivante:

“Quelle est la nature juridique de leur fonction? Un juriste français est tenté de répondre: il s'agit de mandataires. Mais de qui? Des actionnaires? Apparemment oui, puisque ces derniers les élisent et qu'à eux, ils doivent faire rapport de leur gestion. . .”⁴

Les actionnaires élisent parmi eux les administrateurs. Dès que ceux-ci sont élus, ils occupent une charge, une fonction prévues par la loi des compagnies⁵; et par le fait même qu'ils occupent cette fonction, ils exercent les pouvoirs inhérents à celle-ci.

Si les actionnaires ne sont pas satisfaits de la gestion de leurs élus, ils pourront, si on leur a conféré ce pouvoir⁶, les révoquer ou ne pas les réélire.

3. PERREAULT, Antonio, *Traité de Droit Commercial* t. 2, à la page 493.

4. CARON, Maximilien, in *Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires*, Montréal, à la page 17.

5. Art. 80 et suivants.

6. Voyez FRASER & STEWART, *Company Law of Canada*, 5e éd. 1962 à la page 576 et le 1967 Interim Report of the Select Committee on Company Law (Rapport Lawrence) Ontario, ch. 8.

Par ailleurs, les actionnaires participent à la gestion des affaires de la compagnie lorsque pour l'accomplissement de certains actes tels le changement de la raison sociale,⁷ modifications des pouvoirs de la compagnie⁸ etc., ils sont convoqués en assemblée générale extraordinaire pour ratifier l'initiative prise par le conseil d'administration. Les administrateurs et les actionnaires n'ont aucune discrétion quant à ces formalités: c'est la loi qui les leur impose.

Les actionnaires, rappelons-le, élisent les administrateurs et peuvent, le cas échéant, en demander la révocation ou ne pas les réélire et, pour l'accomplissement de certains actes, ils doivent obligatoirement être consultés. Mais peut-on parler de mandat? L'idée qui domine dans le mandat, dit Mignault, c'est la représentation⁹. Une fois élus, les administrateurs occupent une fonction prévue par la loi. Ils ne représentent pas les actionnaires et les administrateurs. De plus, il nous semble que la relation comment peut-on parler de relation de mandant-mandataire entre les actionnaires et les administrateurs. De plus il nous semble que la relation de mandant-mandataire implique l'exercice d'un certain contrôle en ce sens que le mandat doit définir le mandat qu'il confie à son mandataire. On ne pourrait pas dire dans ce cas-ci que les actionnaires contrôlent les administrateurs bien qu'ils les élisent, qu'ils peuvent les révoquer et doivent participer à l'accomplissement de certains actes car leurs pouvoirs découlent de la loi¹⁰.

B – De la compagnie?

Existe-t-il entre la compagnie et les administrateurs une relation de mandant-mandataire? La relation de mandant-mandataire comme nous venons de le dire exige de la part du mandant un certain contrôle sur son mandataire. Serait-il juste de dire que la compagnie contrôle les administrateurs? La compagnie est un être fictif qui ne peut agir que par l'intermédiaire de son conseil d'administration, des administrateurs ou officiers. Elle n'exerce donc pas de contrôle sur ceux-ci. Au contraire, ce sont les administrateurs qui contrôlent la compagnie.

7. S.R.Q. 1964, et amendement, ch. 272, art. 21.

8. *Ibid.* art. 34.

9. MIGNAULT, P. B. *Le Droit civil canadien*, t. 8 à la page 2.

10. 1705 C.C. "Les pouvoirs que l'on donne à des personnes qui exercent certaines professions ou fonctions de faire quelque chose dans le cours ordinaire des affaires dont elles s'occupent, n'ont pas besoin d'être spécifiés, mais s'infèrent de la nature de telle profession ou fonction." Il semble que l'on ait limité aux professions l'application de cet article.

Maximilien Caron pose la question suivante en parlant des administrateurs.

“Ne seraient-ils pas plutôt mandataires de la compagnie? En effet, c’est elle qu’ils représentent dans leur administration. Les actionnaires ne feraient que les désigner – comme les électeurs choisissent leurs députés parmi lesquels le gouvernement nomme les ministres”¹¹.

Par la suite ce même auteur se réfère au “Common Law” et expose que:

“D’après la jurisprudence d’inspiration anglo-saxonne, la situation est plus complexe. Les tribunaux ont été amenés à la définir, en l’absence de précisions dans la loi. Ils ont décidé que les administrateurs sont des “agents”, traduisons par mandataires, autant qu’ils viennent en relations contractuelles ou autres avec d’autres personnes pour le compte de la corporation”¹².

Puis il conclut de la façon suivante:

“Je crois bien qu’à la lumière de l’économie des règles de notre Code civil, on pourrait soutenir que les administrateurs sont des mandataires de la compagnie. Ils tiennent leur autorité, non pas des actionnaires, mais du législateur lui-même. Il s’agit d’une variété de mandataires légaux. En tant que tels, ils doivent toujours faire passer l’intérêt général avant le leur propre”¹³.

Il est vrai, comme le souligne cet auteur, que la jurisprudence anglaise a déjà qualifié d’“agents” les administrateurs de compagnies¹⁴. En effet, selon le juge Cairns:

“The company itself cannot act in its own person, for it has no person: it can only act through directors, and the case is, as regards those directors merely the ordinary case of principal and agent”

Cette analogie est cependant inexacte. Nous verrons plus tard qu’elle a été rejetée tant par la jurisprudence anglo-canadienne qu’anglo-américaine.

Section 2 – Sont-ils “trustees” ou fiduciaires?

A – Des actionnaires?

Dans *Percival c. Wright*¹⁵, il a été clairement établi que les administrateurs ne sont pas “trustees” des actionnaires. Cette décision est conforme au droit, car la compagnie, entité juridique a pleine capacité pour détenir le “legal title” et le “beneficial ownership”. On peut donc dire que les administrateurs ne sont pas “trustees” parce qu’ils ne détiennent pas le

11. CARON, Maximilien, *op. cit.*, à la page 17.

12. *Ibid.*, aux pages 17 et 18.

13. *Ibid.*, à la page 18.

14. Voyez *Ferguson c. Wilson* (1866) L. R. 2, Ch. App. 77, à la page 89.

15. (1902) 2, ch. 421.

“legal title”, celui-ci étant détenu par la compagnie. De plus, les actionnaires ne détiennent pas non plus le “beneficial ownership”, celui-ci se retrouvant sur la tête de la personne morale.

Par ailleurs, il ne serait pas juste d'en faire des fiduciaires des actionnaires, car, selon notre droit civil, il n'y a que deux façons de créer la fiducie au Québec, selon l'article 981a du Code civil, c'est-à-dire par donation et par testament. Il saute aux yeux que la fiducie ne s'applique pas dans un cas comme celui-ci.

B – De la compagnie?

Ils ne sauraient être “trustees” de la compagnie pour les mêmes raisons que nous avons indiquées plus haut. Ils ne sauraient être également fiduciaires, cela est évident.

Maximilien Caron rapporte cependant la jurisprudence en ces termes:

“Mais, on les considère comme “trustees”, fiduciaires de la compagnie, quant à ce qui concerne les biens sociaux”¹⁶.

Section 3 – La situation

A – En droit québécois

Dans *Ghimpleman c. Bercovici*¹⁷, le juge Fauteux s'exprime en ces termes:

“I do not find it necessary to deal with the jural nature of the function of directors nor of their relationship with the corporation, its shareholders or officers, for the question here arising is not related to directors but is whether the appellants, in view of all the circumstances of this case and under the law applicable thereto, are entitled to retain their respective offices, as they claim”.

Dans cette cause, le juge Fauteux ne veut pas se prononcer sur la nature juridique de la fonction d'administrateur. Cependant, dans *Ringuet c. Bergeron*¹⁸, ce même juge alors dissident affirme ce qui suit:

“Sur la nature des devoirs d'un directeur de compagnie, il paraît suffisant de référer à la description qu'en donne Wegenast, 1031, *The Law of Canadian Companies*, et Masten & Fraser, *Company Law of Canada*, 4th ed. Le premier, aux pages 364 et 365, s'en exprime comme suit:

“The simplest accurate description of the relationship of director is to call it a fiduciary relationship, that is to say, a relationship requiring the exercise of fidelity, having in view the purpose for which directors are appointed, as well as the statutory provisions under which the appointment is made”.

16. CARON, Maximilien, *op. cit.*, page 18.

17. (1957) S.C.R. 128 à la page 131.

18. (1960) S.C.R. 672 à la page 677.

Par ailleurs, dans *Ghimpleman c. Bercovici*¹⁹ le juge Abbott dira ceci:

"I share the view which they (McDougall and Hyde J.J. in the Court of Queen's Bench) have expressed that the board of directors and the officers of a company incorporated under the Quebec Companies Act, are respectively the agents or mandatories of the company. As such they are subject to the provisions of the Title "Of Mandate" in the *Civil Code*, except in so far as these are rendered inapplicable by any general or special law relating to corporations as such:"

Dans une affaire plus récente en cours d'appel du Québec, on a affirmé que:

"Les règles du Code civil relatives au mandat s'appliquent aux agents des corporations"²⁰.

C'est l'état actuel de la jurisprudence québécoise sur la question. Nous sentons de la part des savants juges un effort pour rattacher le droit des compagnies au droit civil.

B – En droit anglo-canadien

Sur la question, nous croyons qu'il suffit de se référer à une excellente étude faite par E.E. Palmer. Ce dernier analyse les diverses expressions employées pour désigner la fonction d'un administrateur dans les termes suivants:

"It was only natural, then, that initially the courts turned to the law of trusts to map out the duties of directors at common law, adapting it to meet the needs of the time. Besides the reasons set out above other factors assisted this tendency. For example, it would seem anomalous to apply trust concepts to unincorporated businesses but not to corporations: again it had early been held that a corporation holds its property in trust for its shareholders. Unfortunately, as has been stated, "to describe directors as trustees seems today to be neither strictly correct nor invariably helpful". The basic technical argument rests on the fact that a trustee is the legal owner of the trust *res*, while title to corporate property is not vested in the directors but in the corporate entity.

The courts, aware of this difficulty, have sought alternate designations such as fiduciaries, quasi-fiduciaries and mandatories: but by far the most popular variation has been that of agent. Again, this analogy is inaccurate for the reason that a normal "agent" is one who is subject to another's control. However, a corporation does not control its directors, rather the directors control it. Again, if one regards the shareholders as principals, the control factor is blurred because directors are not subject to the direct will of the majority of this group: the shareholder's control is through elections and, in the case of registration companies, through the power to remove directors. Further, in the letters patent jurisdictions, the greater part of director's

19. (1957) S.C.R. 128, aux pages 140-141.

20. *Bargain City Ltd. c. Bellemare et Fils Ltée et St-Arnaud* (1964) B.R. 628 à la page 629.

authority is described by statute, in contrast to the principal's normal ability to define the delegated power.

In fact what courts have done is take an eclectic approach, dipping into both the law of trusts and agency to formulate workable rules".²¹

C – En droit anglo-américain

Ni les administrateurs ni les officiers d'une compagnie ne sont, en droit anglo-américain, "agents" des actionnaires. En effet, selon le professeur Henn:

"Neither the directors nor the officers are agents of the shareholders; their principal duties are to the corporation, but they owe certain fiduciary duties to shareholders. Shareholders are not agents of the corporation and can bind neither it nor other shareholders."²²

Mais si, en droit anglo-américain, les administrateurs et les officiers ne sont pas "agents" des actionnaires seraient-ils "trustees" de ceux-ci ou de la compagnie? Dans le "Restatement, Second, Trusts"²³ on pose la règle suivante:

"The officers and directors of a corporation, although fiduciaries, are not trustees".

Il faut entendre, ici, "trustees", *stricto sensu*. Mais puisqu'ils contrôlent les affaires de la compagnie et gèrent la propriété de celle-ci, on qualifie parfois *lato sensu* les administrateurs de "trustees".

Leur situation est celle de "fiduciaries" ou selon Henn: "Their position is *sui generis*, They are fiduciaries, their duties primarily running to the corporation"²⁴

En droit anglo-américain, les administrateurs sont "fiduciaries", situation *sui generis*. Quant aux officiers, ils sont aussi "fiduciaries", avons-nous vu, et "agents" de la compagnie. Ils détiennent leur autorité de la compagnie par l'entremise du conseil d'administration²⁵.

Mais puisque les administrateurs administrent la propriété d'une tierce personne, la compagnie, et que les officiers à titre d'"agents" d'un principal, la corporation, on dit qu'ils sont en "fiduciary relationship with the corporation"²⁶.

21. PALMER, E. E. in *Etudes sur le Droit canadien des compagnies*, éditées par Jacob S. Ziegel, Toronto, Butterworth, 1967, pp. 365-395, voyez chap. 12, aux pages 366 et 367.

22. HENN, Harry G. *Handbook of the Law of Corporations*, West Publishing Co. 1961 à la page 78.

23. S. 16 A p. 52 (American Law Institute, 1959).

24. HENN, *op. cit.* à la page 337.

25. HENN, *op. cit.* à la page 362.

26. HENN, *op. cit.* à la page 362.

D – En droit français*

Pour les tenants de la théorie classique,²⁷ il ne fait pas de doute que “Le contrat de mandat intervenu entre le représentant et les associés constitue la source, le fondement juridique des pouvoirs du représentant”,²⁸ et qu’à ce titre le représentant, qu’il soit administrateur ou président, doit être considéré comme le mandataire des actionnaires ou de l’assemblée,²⁹ de la société,³⁰ ou du conseil.³¹

Dès le début du 20^e siècle, la théorie classique (conception contractuelle) est apparue comme insuffisante,³² et les auteurs modernes ont fait appel à la théorie institutionnelle en insistant particulièrement sur le caractère organique ou fonctionnel de la représentation exercée par les administrateurs et autres.³³

Ainsi pour Ripert et Roblot, “les administrateurs et les directeurs ne doivent plus être considérés comme des mandataires des associés mais comme les organes³⁴ de la société³⁵ que la loi a institués”³⁶. Et pour Claude Berr, “la représentation est le phénomène par lequel les organes de la société agissent en son nom”. Enfin cet auteur ajoute: “que c’est parce qu’ils sont les organes de la société qu’ils exercent une fonction et qu’ils détiennent le pouvoir d’engager la société, et que leur fonction même suppose l’existence du pouvoir”³⁷.

* Ce paragraphe a été rédigée par Georges Mure, professeur auxiliaire à la Faculté de Droit de l’Université de Sherbrooke.

27. “Conception contractuelle”, art. 1832 et 1856, Code civil.
28. Claude Beer, “*L’exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*”, Bibliothèque de droit commercial, t. 3, Librairie Sirey, 1961 p. 29, no 18.
29. Julliot de la Morandière, “*Droit Commercial*”, t. 1, 2^e édition, Précis Dalloz 1962, p. 395, no 471 et p. 423, no 497.
Hamel et Lagarde, “*Traité de Droit Commercial*”, t. 1, Dalloz 1954, p. 777, no 652.
Ripert et Roblot, “*Traité élémentaire de Droit Commercial*”, L.G.D.J. 1968, 6^e édition par Roblot p. 365, no 676 et p. 661, no 1296.
30. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, p. 413, no 487.
Ripert et Roblot, *op. cit.*, p. 661, no 1296.
31. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, p. 423, no 497.
Hamel et Lagarde, *op. cit.*, cf. *supra* 28 et p. 775, no 650.
32. Cf.: Michoud, “*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*” 1^{ère} éd. 1906-1909; 2^e éd. 1932 par Trotabas.
33. Cf. aussi: Escara et Rault, *Traité* 1, no 227.
Ripert et Roblot, *op. cit.* p. 365, no 676 et s.
34. Cf.: Carbonnier, PUF Droit civil, t. 1, 8^e éd. 1969, p. 292, II en ce qui concerne l’“Opposition entre les notions d’organes et de représentants”.
35. Ripert et Roblot, *op. cit.* p. 365, no 676.
36. Ripert et Roblot, *op. cit.* p. 377, no 595.
37. Claude Berr, *op. cit.* p. 30, no 19.

De son côté, le législateur n'est pas resté insensible à cette évolution. C'est ainsi que dans la loi du 24 juillet 1966, il a posé le principe de l'inopposabilité aux tiers des clauses restrictives des pouvoirs des gérants ou administrateurs³⁸ et a investi du même coup ces derniers "d'un pouvoir légal de représentation dont l'étendue ne dépend plus de la volonté des parties"³⁹.

Cependant "si intéressante qu'elle puisse sembler, la conception institutionnelle ne saurait faire écarter complètement l'idée traditionnelle du contrat de société".⁴⁰

Ainsi, bien que dans les textes mêmes de la loi du 24 juillet 1966 et du décret du 23 mai 1969, nous trouvions trace de la conception institutionnelle,⁴¹ nous retrouvons fréquemment la marque du mandat de la conception contractuelle⁴².

L'évolution rapide des règles commerciales rendue nécessaire par la mouvance du droit des affaires, et l'application de certaines conceptions de droit public, due à l'impuissance des concepts civilistes à satisfaire aux exigences nouvelles, n'ont pas réussi à faire disparaître totalement l'empreinte profonde du droit civil dans le droit commercial. Certaines règles du mandat lient encore les administrateurs et les gérants à la société, bien que ces derniers ne soient plus des mandataires de la société, des actionnaires ou du conseil, mais des organes de la société qui, de par la loi ou de par leur fonction même, exercent des pouvoirs aux fins de la représenter: *nature juridique nouvelle dans un cadre juridique ancien*.

Chapitre II – Tentative de solution

Section I – Le droit applicable

A – Loi des compagnies du Québec

Nulle part dans cette loi, il nous est possible de trouver des éléments nous permettant d'établir la nature juridique de la fonction d'un administrateur. Il y a toutefois l'art. 29 *in fine* de cette loi qui énonce que:

38. Articles: 14 – 49 – 98 – 113 nouveau (modifié par la loi du 24 juillet 1967, art. 11) et 124 de la loi du 24 juillet 1966.

39. Ripert et Roblot, *op. cit.* p. 379, no 698.

40. Hamel et Lagarde, *op. cit.* p. 469, no 385.

41. Loi du 24 juillet 1966, art. 89 – 90 – 112 – 119 – 127 – 128 – 134.
Décret du 23 mars 1967, art. 77.

42. Loi du 24 juillet 1966, art. 110 – 111 – 138.
Décret du 23 mars 1967, art. 77 – 98 – 101.

“Au surplus et sous réserve des dispositions particulières de la présente partie, la compagnie est soumise aux obligations et restrictions et elle possède les droits et privilèges que stipule le Code civil à l’égard des corporations”.

Cet article nous réfère au titre XI du Code civil qui traite des corporations. Dans ce titre il n’est nullement question de la nature juridique de la fonction d’administrateur. Quant aux officiers, l’art. 360 précise qu’ils représentent la corporation.

B – Le code civil

L’art. 1890 dans son 2^e alinéa précise que:

“Les affaires (en parlant des sociétés par actions) en sont conduites par des directeurs ou autres mandataires choisis de temps à autre suivant les règles établies pour la régie de telles compagnies respectivement”.

Faudrait-il conclure à la lecture de cet alinéa qu’en parlant de directeurs ou autres mandataires le législateur ait voulu assimiler les directeurs à des mandataires? La codification a été complétée en 1866. Rappelons que nous avons déjà cité un arrêt de 1866⁴³ dans lequel on a décidé que l’administrateur est un “agent”. Pourrions-nous inférer à la lecture de cette disposition que les codificateurs se sont inspirés du droit anglais à l’époque où, comme nous l’avons souligné, les tribunaux ont vu dans l’administrateur un “agent”?

Mais cet alinéa ne s’appliquerait-il pas seulement aux sociétés par actions non constituées par charte royale ou loi de la législature, lesquelles seraient soumises, selon l’art. 1889 aux mêmes règles générales que les sociétés en nom collectif?

Il est intéressant de noter l’incohérence de terminologie employée par le législateur tant dans le texte français que dans le texte anglais. Dans l’art. 1839 le texte français utilise l’expression “les sociétés par actions” cependant que dans le texte anglais il est question de “joint stock companies”.

D’autre part, dans l’art. 1890 *in fine* le législateur reprend l’expression “compagnie”. Ce désordre de terminologie ne nous étonne pas, surtout si l’on tient compte que la rédaction originale de ce titre XI du Livre troisième de notre Code civil a été faite en langue anglaise.

43. Voir *supra* note 14.

Ce 2^e alinéa ne vise que les sociétés par actions non constituées par charte royale ou en vertu d'une loi de la législature. Ce sont des sociétés qui n'ont pas la personnalité morale.⁴⁴

Qu'en anglais on appelle ces compagnies "joint stock companies" n'implique pas nécessairement qu'elles jouissent de la personnalité morale. Au sujet de l'expression "joint stock company" (que nous avons traduite par compagnies à fonds social) Melville Newman apporte les précisions suivantes:

"The deed of settlement company was a true "joint stock company" in that it was not a corporation, nor was it a legal entity but rather a company of persons in the nature of a partnership. The words "joint stock company" were commonly used to show that all the stock of the association was held jointly and that the life of the association was not limited, and to distinguish it from associations set up for one particular transaction"⁴⁵.

De plus, cet auteur dans une note s'interroge en ces termes:

"While these companies were correctly called joint stock companies, it is questionable whether the name was correctly applied to those legal entities created by statute, particularly those created by letters patent"⁴⁶.

L'art. 1889 dispose que: "Les sociétés par actions sont formées soit sous l'autorisation d'une charte royale ou en vertu d'un acte de la législature et sont régies par ces dispositions". Ces sociétés par actions ainsi créées échappent, selon nous, à l'application de l'art. 1890, 2^e alinéa.

De plus, au sujet des sociétés par actions, l'art. 1899 précise que: "ou bien elles sont formées sans cette autorisation et alors elles sont sujettes aux mêmes règles générales que les sociétés en nom collectif".

En outre, l'art. 1891 ne nous renvoie qu'aux lois des compagnies.

Ce 2^e alinéa de l'art. 1890 n'aurait d'application que pour les sociétés par actions n'ayant pas la personnalité morale. C'est la convention et les règles relatives à la société en nom collectif qui les régiront. Les codificateurs relativement à ce type de société écrivent:

"Il est douteux qu'il existe ici aucune société en opération sous la forme de société par actions sans la sanction de l'autorité publique"⁴⁷.

Nous croyons que ce doute doit persister.

44. Nous n'entrons pas dans les distinctions que font certains civilistes à savoir que toutes les sociétés sont des personnes morales.

Cf. MIGNAULT *op. cit.* t. 8 pp. 186 et 187.

PERREAULT *op. cit.* t. 2 pp. 433 et suivantes.

ROCH Hervé et PARÉ Rodolphe, *Traité de Droit civil du Québec*. t. 13, pp. 337-338.

45. In Ziegel *op. cit.* p. 63.

46. *Ibid.*, p. 63.

47. Rapport des codificateurs, vol. 3, p. 31, PERREAULT, Antonio, *op. cit.* pp. 482-483.

Par ailleurs, l'art. 359 dispose que: ... "toute corporation est, de droit, autorisée à se choisir parmi ses membres des officiers..." Le législateur ne fait aucune distinction entre administrateurs et officiers n'employant que les expressions membres et officiers.

Rappelons que cette disposition contrarierait quant au choix du président, du ou des vice-présidents et du président d'assemblées l'art. 86(4) de la loi québécoise des compagnies qui exigent que ces personnes soient administrateurs.

D'un autre côté, même si le législateur ne fait pas la distinction que nous aurions souhaité qu'il fit, l'art. 360 ne laisse aucun doute quant à la nature juridique de la fonction des officiers en précisant qu'ils représentent la corporation.

L'idée qui domine dans le mandat, c'est la représentation. Donc on peut affirmer que les officiers sont mandataires⁴⁸.

C – Le droit supplétoire

En droit québécois des compagnies, quel est le droit supplétoire, le droit civil ou le "Common Law"? La question est controversée.

Louis-Philippe Pigeon affirme que:

"... le droit fondamental dans la province de Québec, chaque fois qu'il s'agit de droit public, c'est le droit anglais... C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la Province de Québec en tout ce qui n'est pas "property and civil rights"⁴⁹.

Bien que l'opinion de Louis-Philippe Pigeon ne soit pas partagée par certains auteurs, elle semble conforme à la jurisprudence sur le sujet.⁵⁰

Dans *Fortier-Dolbec c. Hermann Fortier Inc.*,⁵¹ le juge Bissonnette, avec le concours unanime de la Cour du Banc de la Reine de Québec a affirmé que: "La Loi des compagnies ressortit au droit public. Elle fait partie du domaine du droit administratif et celui-ci est une branche du droit public. Or, dans la hiérarchie de la classification du droit, le droit public exerce une primauté sur le droit privé".

Faudrait-il conclure que le droit des compagnies ressortit au droit public? Il nous semble que non! Il ne faut pas confondre "loi" et "droit" des compagnies car la loi des compagnies n'est qu'une partie du

48. TRUDEL Gérard, *op. cit.* t. 2, page 476.

49. PIGEON, Louis-Philippe, C.R., *Rédaction et interprétation des lois*, cours donné en 1965 aux conseillers juridiques du Gouvernement du Québec aux pp. 40 et 41.

50. Voyez cependant GARANT, Patrice, *Essai sur le service public au Québec*, thèse pour le doctorat présentée à l'Université de Paris, 1966, aux pp. 35 et suivantes.

51. (1963) B.R., 283 aux pp. 289 et 290.

droit des compagnies. Le droit des compagnies pour sa part englobe l'ensemble des règles qui s'appliquent aux compagnies. Ces règles, nous les puisons tantôt dans le droit civil tantôt dans des lois dites connexes. Que la loi des compagnies ressortisse au droit public, comme l'affirme le juge Bissonnette, ne fait pas du droit des compagnies du droit public. A notre avis, le droit des compagnies est plutôt un mélange de droit privé et de droit public.

Pour sa part, Lubin Lilkoff souligne que:

"Il y a une forte tendance à considérer le droit corporatif comme étant du droit public ce qui permet de douter des motifs par lesquels on a voulu justifier l'insertion des textes en question dans un cadre de droit privé"⁵².

Nous croyons qu'il est important de souligner ici que Lilkoff fait cette remarque en commentant l'insertion du titre XI du Livre premier du Code civil qui traite des corporations.

Dans *in re Bastin c. Cloutier*, il a été jugé que:

"La version française de cet article ne me semble pas rendre exactement le sens de la version anglaise, qui doit être la bonne, puisque cette loi nous vient du statut impérial de 1867: "must be paid in cash" ne veut pas dire en argent, mais comptant"⁵³.

Dans cette cause, on ne se gêne pas pour dire que la loi québécoise des compagnies n'est qu'une version d'une loi de langue anglaise. Ainsi lorsque la version française manque de clarté, il semble normal que l'on s'en réfère à la version originale.

Par ailleurs, s'il nous est impossible d'établir la nature juridique de la fonction d'un administrateur en droit québécois, ne serait-il pas normal de s'inspirer pour ce faire du même droit dont on s'est inspiré ou plutôt qu'on a traduit pour faire la loi des compagnies du Québec? C'est ce que le juge Hall de la Cour du Banc du Roi de Québec a fait dès 1906 dans la cause *Préfontaine c. Grenier*.⁵⁴ Dans cette affaire il s'agissait de déterminer la responsabilité du président d'une banque; et voici ce que le juge a dit:

"Of course, the whole case rests upon the extent and nature of the duties of a director or president of a bank, or other incorporated company. There is no standard established by statute and no expert evidence in this case as to what

52. LILKOFF, Lubin, *Le Code civil et l'autonomie du droit commercial*, (1966) 44 Can. Bar. Rev., 443 à la page 461.

Il y aurait intérêt à distinguer droit corporatif et droit des compagnies. Mais ce travail ne nous permet pas cette latitude.

53. (1935) 73 C.S. 230 à la page 233. Il est faux d'affirmer que cette loi nous vient du statut impérial de 1867 car notre loi est une copie de la loi de 1864.

54. (1907) A.C. 101 à la page 110.

is the rule or practice in this Province. The only jurisprudence in point, which may be reasonably accepted is that in the higher courts in Great Britain, which with remarkable unanimity supports the conclusion that the defendant in the present case committed no act and was guilty of no default for which he can be held responsible”.

Et au Comité judiciaire du Conseil privé, le juge Wilson lui donne raison en ces termes:

“Their Lordships think that in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England, and in the absence of any evidence of custom and course of business to the contrary, the Court of King’s Bench was right in accepting the English rulings, because they were based, not upon any special rule of English law, nor upon any circumstances of a local character, but upon the broadest considerations of the nature of the position and the exigencies of business”⁵⁵.

Voici dès le début du siècle une décision du Comité judiciaire du Conseil privé que semblent ignorer les arrêts que nous avons cités plus haut, c’est-à-dire *Ghimpleman c. Bercovici* et *Bergeron c. Ringuet*. Mais quelle importance faut-il attribuer à cette jurisprudence? Elle fait entrer dans notre droit des compagnies des critères d’appréciation de la responsabilité des administrateurs et officiers d’une compagnie qui sont spécifiques du droit anglais. Ces critères, on les désigne par l’expression suivante: “fiduciary relationship” que l’on pourrait traduire par “relation de confiance”.

Section 2 – L’administrateur occupe une fonction

Si l’on tient que l’administrateur en droit québécois est mandataire soit des actionnaires, soit de la compagnie, celui-ci, selon l’art. 1710 du Code civil, doit, dans l’exécution de son mandat, agir avec l’habileté convenable et tous les soins d’un bon père de famille. Le critère de cette appréciation, en cas d’acte fautif de la part de l’administrateur, serait celui du bon père de famille. Est-ce que ce critère du bon père de famille est adéquat pour apprécier l’exécution des devoirs d’un administrateur d’une compagnie? Si l’on se fonde sur la conception française pour apprécier la responsabilité d’un administrateur de compagnie, on note, selon Yves Caron, qu’elle “a comme inconvénient de placer l’administrateur dans une situation qui lui est favorable par rapport à la société; en effet, l’administrateur ne pourra être attaqué que s’il est prouvé qu’il a commis une faute d’action ou

55. (1907) A.C. 101 à la page 110.

d'omission qui est préjudiciable soit à la société, soit aux actionnaires".⁵⁶ De toute façon, pour des raisons que nous avons déjà énumérées, nous ne pouvons pas concevoir qu'il s'agisse d'un mandat, c'est-à-dire que la nature juridique de la fonction d'un administrateur soit celle d'un mandat.

Mais si l'on écarte dans notre recherche sur la nature juridique de la fonction d'un administrateur, le contrat de mandat, de "trust" et de fiducie, quelle est donc la nature de sa fonction? Ne devrions-nous pas nous référer au droit anglais dans la recherche de celle-ci? Nous avons vu qu'en droit anglo-canadien et anglo-américain, après des années de tergiversation, les tribunaux en sont venus à écarter les notions de "trustees", "fiduciaries", "quasi-fiduciaries" et finalement d'"agents". On dit maintenant que les administrateurs exercent des "fiduciary powers", qu'ils sont en "fiduciary relationship" et celle-ci implique de leur part des devoirs de fidélité. Cette "fiduciary relationship" semble beaucoup plus adéquate à l'appréciation de la responsabilité des administrateurs et des fonctionnaires que celle du bon père de famille. Ainsi, Yves Caron fait la remarque suivante:

"A l'opposé, la doctrine de la "fiduciary relationship" place l'administrateur sous une présomption de responsabilité d'agir en administrateur prudent, analogue à celle du "fiduciaire" ordinaire. On considérera que l'obligation découlant de la "fiduciary relationship" est plus exigeante que l'obligation d'agir en bon père de famille du mandataire, obligation qui se situe au niveau des termes exprès du contrat (mandat) alors que l'obligation du "fiduciaire" s'attache à la charge même et est donc compréhensive. Suivant la théorie du mandat, il faudrait prouver que le mandant a subi un préjudice pour que la conduite du mandataire lui soit reprochée"⁵⁷.

Section 3 – L'officier est mandataire

Nous avons vu que l'administrateur n'est ni "agent" des actionnaires ni "agent" de la compagnie. Mais l'administrateur, s'il occupe un poste d'officier, deviendra "agent" de la compagnie. L'art. 86, 4e alinéa de la Loi des compagnies du Québec énonce que:

"Les administrateurs élisent parmi eux un président et, s'ils le jugent à propos, un président d'assemblées et un ou plusieurs vice-présidents de la compagnie; ils peuvent aussi nommer tous autres officiers de la compagnie".

56. CARON, Yves in *Etudes sur le droit canadien des compagnies* édictées par J. S. Ziegel, à la page 115.

57. *Ibid.*, in *op. cit.* à la page 115.

Il découle de cet article que les officiers tels le président, le président d'assemblées et le ou les vice-présidents de la compagnie devront être des administrateurs. Lorsqu'ils agiront comme officiers de la compagnie, ils seront "agents" de la compagnie. En cette qualité ils seront soumis à son contrôle, lequel est exercé par l'intermédiaire du Conseil d'administration. C'est la situation en droit anglo-américain et anglo-canadien.

Cependant, en droit québécois, si l'on tient que l'officier est mandataire dans les mêmes conditions, il sera soumis à une obligation de bon père de famille. On peut encore ici se poser la question: est-ce que cette notion de bon père de famille a assez évolué dans notre droit québécois pour apprécier la responsabilité des officiers de nos compagnies modernes? En droit anglo-canadien, et surtout en droit anglo-américain, la notion de "fiduciary duties" a beaucoup évolué en sorte qu'il n'y a pas de difficulté à l'appliquer à des officiers de compagnie.

Si l'on prétend, en droit québécois, que l'administrateur détient une charge, l'on peut se référer aux critères du droit anglais pour apprécier sa responsabilité, c'est-à-dire que l'administrateur sera en "fiduciary relationship" et s'obligera par conséquent à des devoirs dits "fiduciary". Mais lorsqu'il s'agit du président, celui-ci nécessairement doit être administrateur et lorsqu'il agira comme administrateur, il devra des "fiduciary duties", il sera en "fiduciary relationship". Mais, lorsque ce même individu agit comme président, il sera mandataire de la compagnie, sous le contrôle du conseil d'administration, et devra agir en bon père de famille. Ainsi, une même personne serait susceptible de se voir appliquer des critères d'appréciation différents quant à sa responsabilité.

Nous nous retrouvons dans une situation délicate. On appliquerait aux administrateurs des critères de responsabilité qui sont étrangers au droit commun québécois.

C'est ce qui fait dire à Marc Giguère:

"S'il ne paraît pas douteux en effet que la responsabilité des dirigeants doive au départ s'apprécier suivant les normes habituelles de la responsabilité civile de droit commun, on demeure étonné de voir comment la jurisprudence a pu, à l'occasion, négliger ces normes pour faire appel à des critères qui étaient tout à fait spécifiques d'un système de "common law" et d'"equity"⁵⁸.

Dans cette situation on appliquerait des critères d'appréciation de responsabilité plus sévères aux administrateurs qu'aux officiers. En règle générale, l'on n'exige pas des administrateurs qu'ils consacrent tout leur temps

58. GIGUERE, Marc, *Les devoirs de dirigeants de sociétés par actions (Compagnies) en droit comparé*, thèse pour le doctorat, p. 21.

aux affaires de la compagnie. Les officiers eux, sont les véritables exécutants de la compagnie. Ce sont eux, au fait, qui administrent quotidiennement les affaires de la compagnie et ont la responsabilité de réaliser les politiques définies par le conseil d'administration. Il semblerait injuste d'apprécier la responsabilité des officiers au moyen de critères moins rigoureux que ceux au moyen desquels on apprécie la responsabilité des administrateurs.

CONCLUSION

Il nous apparaît que le droit québécois, quant à la définition de la fonction d'administrateur et d'officier de compagnie est plutôt nébuleux. Si nous admettons que l'administrateur détient une charge, comme c'est le cas en droit anglo-canadien et anglo-américain, le fait d'occuper cette charge le place dans une "fiduciary relationship". Nous devons donc, pour apprécier sa responsabilité, se référer à des critères de "Common Law". En tenant compte de l'origine de notre loi des compagnies, il semble que cette situation soit acceptable.

Cette situation peut être acceptable pour les administrateurs. Quant à l'officier, la situation est plus délicate. Il nous semble qu'il serait aberrant de recourir à l'"agency" du droit anglo-américain et anglo-canadien pour trouver des normes d'appréciation de la responsabilité d'un officier de compagnie en droit québécois. Nous avons déjà dans le droit civil une institution (mandat) qui, à toutes fins utiles, est équivalente à l'"agency" du droit anglo-américain. Et comme le fait remarquer Giguère:

“... il n'est pas du tout incompatible qu'une loi organique d'inspiration anglo-américaine se ressource dans une infra-structure légale d'un type autre que celui de la "Comon law" et de l'"equity" (à preuve ces législations européennes qui se sont inspirées de lois organiques d'inspirations anglaise)”⁵⁹.

Mais, à notre avis, il ne s'agit pas là d'une difficulté insurmontable. En effet, le législateur québécois pourrait intervenir et modifier la loi des compagnies du Québec en explicitant la nature de la fonction d'administrateur, poser des normes s'inspirant de la doctrine de la "fiduciary relationship" qui servirait de guide à nos tribunaux. De plus, il pourrait définir la fonction d'officier et édicter également des normes permettant une certaine souplesse dans leur appréciation en sorte que le droit québécois des compagnies, bien que d'inspiration anglo-saxonne, puisse conserver une

59. GIGUERE, *op. cit.* p. 22.

certaine autonomie et puisse se concilier avec la théorie générale de responsabilité du droit commun. En somme, ce qu'il faudrait faire, c'est élargir cette notion de bon père de famille pour qu'elle puisse, non seulement s'appliquer à un mandat fait conformément au Code civil, mais aussi à une charge comme celle d'un administrateur. En effet, il ne s'agit pas là d'une difficulté insurmontable puisque le législateur, au chapitre IV B du Code civil relatif au placement des biens appartenant à autrui exige que le grevé de substitution, le fiduciaire, exécuteur ou administrateur testamentaire, le tuteur et le curateur placent l'argent dont ils sont saisis avec la prudence d'un bon père de famille⁶⁰.

Mais ne serait-il pas préférable de s'éloigner de toutes conceptions anciennes. En effet, celles-ci subordonneraient en quelque sorte l'évolution du droit des compagnies à celui du droit civil. Bien sûr, depuis quelque temps le Code civil fait l'objet d'une révision. Mais devrions-nous lier le sort du droit des compagnies à celui du droit civil? Ceci ne nous apparaît pas souhaitable parce que le droit des compagnies est susceptible d'évoluer plus rapidement que le droit civil.

Jusqu'à maintenant, le droit québécois des compagnies a évolué surtout grâce à l'apport des législations de nos voisins. Le législateur québécois a reconnu la nécessité d'aligner ses lois relatives aux compagnies sur celles des autres juridictions du continent nord-américain.

Nos tribunaux, pour leur part, sauf quelques exceptions, ont contribué à cette évolution en permettant l'introduction de conceptions empruntées tantôt au droit anglo-canadien tantôt au droit anglo-américain.

Bien que la Loi québécoise des compagnies ait besoin d'être repensée, elle ne devrait pas enfermer la compagnie dans un appareil légal trop rigide, en la soumettant à une réglementation étouffante.

Si, pour l'instant, l'on ne croit pas opportun de repenser la loi des compagnies du Québec, laissons le droit des compagnies évoluer grâce à l'ingéniosité des hommes d'affaires, notre législateur n'intervenant alors que pour reconnaître et préciser des pratiques qui viendraient le perfectionner ou pour interdire certaines pratiques susceptibles de porter préjudice aux actionnaires et aux tiers.

60. Art. 981° et 981f.