

LES POUVOIRS DES CORPORATIONS COMMERCIALES
ET DE LEURS ADMINISTRATEURS
ET LA PROTECTION DES TIERS EN VERTU DU PROJET DE LOI C-213.

par

Bertrand Legras

Sous la Direction de Me Léo Ducharme.

Mémoire de Maîtrise.
Université d'Ottawa, décembre 1973.



UMI Number: EC56143

INFORMATION TO USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleed-through, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI Microform EC56143
Copyright 2011 by ProQuest LLC
All rights reserved. This microform edition is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.

ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

TABLE DES MATIERES

	page
Résumé.....	i
Introduction.....	vi
<u>PARTIE I - Les actes ultra vires de la compagnie...</u>	1
<u>Chapitre 1 - Etat de la jurisprudence actuelle..</u>	4
Section 1 - Effets de la doctrine quant aux actes posés.....	5
Sous-section 1 - Nullité absolue des actes ultra vires.....	5
Sous-section 2 - Le cas des compagnies in- corporées par lettres pa- tentés.....	9
Section 2 - Effets de la doctrine quant aux intérêts en présence.....	15
Sous-section 1 - La jurisprudence anglaise..	16
Sous-section 2 - La jurisprudence canadienne	22
<u>Chapitre 2 - Les solutions proposées.....</u>	29
Section 1 - Réforme quant aux limitations con- tenues dans les statuts corpora- tifs.....	30
Sous-section 1 - Capacité illimitée quant aux tiers.....	30
Sous-section 2 - Capacité limitée quant aux actionnaires.....	38
Section 2 - Réforme quant aux limitations lé- gales.....	45
Sous-section 1 - Le paiement de dividendes fictifs.....	47
Sous-section 2 - L'émission d'actions non libérées.....	54

<u>PARTIE II</u> - Les actes ultra vires des administra- teurs.....	58
<u>Chapitre 1</u> - Les irrégularités de régie interne...	60
Section 1 - Le défaut d'autorité des administra- teurs.....	60
Sous-section 1 - L'excès de pouvoir.....	60
Sous-section 2 - L'absence ou irrégularité de nomination.....	68
Sous-section 3 - Les vices de forme entachant l'acte concerné.....	74
Section 2 - Le cas de fraude.....	78
<u>Chapitre 2</u> - Qui peut revendiquer le bénéfice de <u>l'indoor management rule</u>	86
Section 1 - Les tiers.....	86
Sous-section 1 - Le tiers invoque l'indoor ma- nagement rule.....	87
Sous-section 2 - Le tiers veut se prévaloir de l'irrégularité.....	89
Section 2 - Les actionnaires et les administra- teurs.....	94
Sous-section 1 - Les actionnaires.....	94
Sous-section 2 - Les administrateurs.....	97
CONCLUSION.....	100
BIBLIOGRAPHIE.....	101
TEXTE DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE DU 9 MARS 1968.....	103

RESUME

Le sujet du mémoire que nous présentons ici en est un d'actualité. Plusieurs législations ont récemment règlementé les aspects de la protection des tiers dans le domaine du droit des compagnies. Ainsi, en Europe, une directive adoptée par le conseil des ministres de la C.E.E., le 9 mars 1968, a posé de nouvelles règles favorisant résolument la protection du public et la sécurité commerciale. Egalement au Canada, le projet de loi C-213 manifeste la même attitude tout en rendant compte d'une manière assez exhaustive du contexte jurisprudentiel canadien dans ce domaine.

Il est question dans la première partie, des actes ultra vires posés par les compagnies. Il y a toujours eu un doute quant à l'application de la doctrine anglaise de l'ultra vires aux compagnies fédérales. L'arrêt Bonanza Creek, tout en répondant dans la négative, n'a cependant jamais mis fin à la controverse sur cette question et certains auteurs, notamment Martel pensent que la doctrine est applicable aux compagnies incorporées par lettres patentes, du moins au Québec. Il faut admettre que la doctrine a eu malgré tout, au Canada, une portée limitée puisque seules les compagnies fédérales incorporées par loi spéciale y sont assujetties avec certitude. Et elles continuent en principe de l'être jusqu'au jour où le vœu émis par le Rapport Dickerson se réalisera, c'est-à-dire jusqu'au jour où toutes les corporations fédérales devront être constituées par mémoire d'association en vertu du projet de loi, tout en laissant à des lois spéciales le soin de règlementer plus en détail l'entreprise de certaines d'entre elles.

La jurisprudence considère absolument nuls les actes ultra vires d'une compagnie. Donc rien ne peut les valider. De plus, en maintes occasions, même récentes, l'ultra vires s'est avéré être un piège pour les tiers dans leurs relations contractuelles avec les compagnies. Pour cette raison, le projet de loi C-213 a cherché non pas à garantir les tiers contre les dommages pouvant résulter des transactions ultra vires mais tout simplement, par le biais de l'arrêt Bonanza, à valider

à leur egard ces mêmes transactions que l'ultra vires rendait auparavant nulles. Le moyen qu'il utilise pour en arriver là s'inspire directement de l'arrêt Bonanza Creek, à savoir que les compagnies ont la capacité des personnes naturelles, c'est-à-dire qu'elles peuvent tout faire sauf qu'à l'égard des actionnaires, elles ne peuvent agir d'une manière contraire à leurs statuts. Le but évident de cette réserve est de veiller aux intérêts des actionnaires et de la compagnie elle-même. Mais le projet de loi ne s'est pas arrêté là et il décrète que même si la compagnie agit d'une manière contraire à ses statuts, elle ne pourra opposer la nullité de l'acte posé au tiers de bonne foi. Le recours des actionnaires sera alors soit de poursuivre les administrateurs fautifs au nom de la compagnie, soit de prendre une injonction avant que l'acte ne soit posé.

Non seulement un acte contraire aux statuts de la compagnie peut être valide si le tiers est de bonne foi, mais même un acte illégal le sera dans les mêmes conditions. En matière de dividendes illégaux par exemple, un actionnaire de bonne foi ne devrait pas en principe être tenu de les rembourser. Cependant, ce n'est pas une nouveauté puisque la jurisprudence l'a déjà admis. Par ailleurs, le projet exige que les actions soient libérées dès leur émission. Une compagnie agit donc illégalement si elle émet des actions sans exiger du souscripteur qu'il les libère. Cependant, si la compagnie consent un crédit à un souscripteur pour le paiement de ses actions, le contrat bien qu'illégal, sera valide.

Dans la deuxième partie, il est question des actes ultra vires des administrateurs. Ces actes, bien qu'à l'intérieur des pouvoirs de la compagnie, sont posés par exemple en violation d'une règle de régie interne, ou encore l'administrateur qui les pose a violé les limites fixées à son autorité, actuelle ou apparente. La jurisprudence a généralement accordé protection aux tiers de bonne foi, lorsque la compagnie leur

opposait la nullité de tels actes. Cependant, il était temps que le législateur vienne atténuer la confusion des critères utilisés par les tribunaux en face de situations semblables.

On doit d'abord signaler que le législateur a supprimé la vieille doctrine irrealiste de la connaissance presumée, quant aux documents publics de la compagnie. Cependant, si cette doctrine jouait en faveur de la compagnie elle-même, il ne faut pas pour autant en conclure que son abolition a pour effet de favoriser les tiers en toutes circonstances. Abolition de la présomption de connaissance ne veut pas dire présomption de l'ignorance. Par conséquent, en l'absence d'autorité apparente dont pourrait être investi un administrateur, le tiers aura toujours l'obligation de s'enquérir si une délégation lui a été consentie par le conseil d'administration. Il ne pourra prétendre qu'il ignorait l'absence de délégation. En somme, il ne peut présumer ce qui lui convient tout en ignorant ce qui ne lui convient pas. Admettre le contraire serait mettre en péril le principe de la collégialité du conseil, car tout administrateur serait alors investi aux yeux des tiers d'un pouvoir illimité. Quant au conseil, le projet de loi l'investit à l'égard des tiers de bonne foi d'un pouvoir quasi-illimité d'engager la compagnie. La directive européenne est même à l'effet que les limitations au pouvoirs du conseil sont inopposables aux tiers même si elles sont publiées, ce qui veut dire que la question de bonne ou mauvaise foi du tiers n'entre pas ici en ligne de compte.

Le projet de loi codifie également le principe d'après lequel la compagnie est liée par les actes posés par

des administrateurs de facto, c'est-a-dire irrégulièrement nommés ou qui n'ont même jamais fait l'objet d'une nomination. La compagnie sera également engagée par une transaction même si une résolution requise par les statuts pour la validité de cette transaction n'a pas été adoptée, ou même si l'approbation normalement requise des actionnaires n'a pas été obtenue. Enfin, l'acte frauduleusement posé par un administrateur, mais à l'intérieur de son autorité habituelle, engagera la compagnie, que l'acte ait été posé pour le bénéfice personnel de l'administrateur ou pour celui de la compagnie.

Enfin, seul le tiers de bonne foi peut invoquer les principes ci-haut décrits. Par conséquent, la compagnie pourra toujours opposer la nullité de l'acte à un tiers qui savait que l'acte posé était irrégulier. Et on admet généralement qu'un tiers ne peut jamais invoquer une irrégularité interne pour se délier de ses obligations envers la compagnie. Quant aux actionnaires, la jurisprudence a admis à plusieurs reprises qu'ils pouvaient invoquer leur bonne foi pour exiger le maintien à leur égard d'une transaction irrégulière. Néanmoins, on ne saurait en faire un principe général car bien souvent leurs relations avec la compagnie permettront d'établir leur mauvaise foi.

Par ailleurs, l'actionnaire aura toujours la possibilité d'exiger le respect de ses droits individuels. Cependant, si la majorité des actionnaires ratifie une simple irrégularité de régie interne qui ne menace pas les droits individuels de l'actionnaire minoritaire, celui-ci n'a pas lieu de se plaindre. Mais il pourra toujours prendre une action dérivative au nom de la compagnie lorsque celle-ci se trouve victime d'une fraude de la part de ceux qui la

contrôlent. Enfin, les administrateurs ne sauraient invoquer des irrégularités pour demander la nullité des transactions qu'ils passent au nom de la compagnie puisque c'est justement sur eux que retombe le devoir de les éviter.

Le projet de loi a le premier mérite de régler d'une façon clairvoyante et plutôt judicieuse l'application de la doctrine de l'ultra vires. Il la supprime quant aux tiers tout en protégeant les actionnaires qu'elle avait pour but de garantir. Son second mérite réside dans le fait qu'il est arrivé à réconcilier les décisions des juges, alliant le respect des principes traditionnels du droit au souci de promouvoir une plus grande sécurité commerciale.

INTRODUCTION

On considère généralement notre époque comme étant celle du système sociétaire (Corporate system). Les sociétés par actions, ou suivant une expression plus courante, les compagnies, dominant notre vie économique et occupent de ce fait une place de choix dans notre droit positif. Elles soulèvent inévitablement de nombreux problèmes qui dans une société de consommation évoluée comme la nôtre, exigent des solutions modernes et adaptées à la réalité quotidienne. L'un de ces problèmes a trait aux implications externes de l'existence de la compagnie, c'est-à-dire à ses relations avec le public en général. Cette constatation peut sembler surprenante si l'on considère qu'en fait la protection des tiers est le but primordial visé par les lois réglementant les compagnies. Cependant, ce domaine spécifique du droit des compagnies subit actuellement un tournant qui essaie de faire oublier au juriste la confusion et l'irréalisme des théories classiques. Depuis quelques années, plusieurs législations occidentales se sont penchées sur le problème et se sont efforcées d'élaborer des solutions juridiques adéquates en ce domaine, soucieuses avant tout de substituer à un formalisme trop lourd une souplesse mieux en mesure de répondre aux exigences commerciales actuelles. C'est le cas par exemple au Canada où le projet de loi C-213 portant réforme des corporations commerciales, est en voie d'être adopté. C'est aussi le cas de la directive adoptée par le conseil des ministres de la C.E.E., le 9 mars 1968 (1). Nous inspirant d'Yvon Loussouarn (2), nous pouvons définir une

(1) J.O.C.E., 14 mars 1968.

(2) Les Sociétés et la C.E.E., 1971, Revue du Marché Commun, p. 59, à la page 70, par. 40.

directive comme une ligne de conduite poursuivant un certain résultat imposé par la Communauté, tout en laissant aux Etats membres le choix des moyens à employer pour y parvenir.

La protection des tiers constitue un sujet trop vaste pour faire en lui-même l'objet de la présente étude. C'est pourquoi nous nous proposons d'en extraire un seul aspect, à savoir celui concernant les pouvoirs des corporations et de leurs administrateurs. Les affaires courantes de son entreprise obligent la compagnie à entretenir des rapports constants avec le public. N'ayant ni corps, ni âme, elle doit traiter avec les tiers par l'intermédiaire de personnes physiques qui, selon le mot de Lord Haldane (1), constituent réellement sa volonté dirigeante, et dont les actes sont les siens propres. Cependant, bien qu'on ait affirmé qu'une compagnie a les mêmes privilèges qu'une personne physique ayant pleine capacité, il n'en demeure pas moins que ses activités et ses pouvoirs sont en principe strictement délimités par la loi et ses statuts. Que se passe-t-il alors si des tiers sont impliqués dans une transaction qui dépasse effectivement les limites fixées aux pouvoirs de la compagnie ? Et par ailleurs, qu'arrive-t-il si les administrateurs concluent avec un tiers un contrat qui, sans excéder les capacités de la compagnie, dépasse leurs pouvoirs propres, par exemple à cause d'un défaut de forme ou d'une absence de délégation ? Ces deux questions tracent les lignes générales des deux parties de notre travail. La première partie traitera des actes ultra vires de la compagnie, posés d'une part en contravention de ses statuts, d'autre part en contravention de la loi. Nous tenterons de faire le point à la lumière des nouvelles dispositions du projet de loi C-213, sur la doctrine établie par le fameux arrêt *Asbury Carriage*

(1) *Lennard's Carrying Co., v. Asiatic Petroleum Co.*, 1915 A.C. 705, à la page 713.

Railway v. Riche (1), en vertu duquel une compagnie n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés par son memorandum of association, et que ses actes ultra vires sont nuls et non ratifiables. Les solutions apportées pour atténuer la confusion de cette doctrine ne semblent pas avoir fait l'unanimité, et les droits des tiers en sont d'autant plus menacés. Dans la deuxième partie, il sera question des actes qui, bien qu'intra vires de la compagnie, sont ultra vires de ses administrateurs. Cette éventualité survient lorsqu'une formalité préliminaire nécessaire à la validité de l'acte n'a pas été accomplie. C'est le fameux arrêt Royal British Bank v. Turquand (2) qui est à l'origine de la théorie d'après laquelle les tiers sont en droit de présumer que toutes les conditions requises à la validité d'une transaction avec la compagnie ont été remplies, et que par conséquent, ils n'ont pas à se préoccuper de tout ce qui est répartition des pouvoirs à l'intérieur de la compagnie. Cette théorie, plus généreuse envers les tiers que celle de l'ultra vires, n'en a pas moins fait l'objet d'une jurisprudence aussi confuse qu'abondante et le projet de loi C-213 se devait de l'éclaircir.

Au cours de nos développements, nous prendrons à l'occasion la liberté de comparer les solutions canadiennes aux dispositions de la directive européenne dont nous avons parlé plus haut. L'intérêt de cette comparaison est d'autant plus manifeste que le Royaume-Uni, sur la jurisprudence duquel s'appuie le droit canadien des compagnies, est maintenant membre de la C.E.E. et devra par conséquent mettre sa législation en harmonie avec les impératifs de la directive.

(1) 1875 L.R. 7 H.L. 653.

(2) 1856 6 E&B 327

PARTIE I - Les actes ultra-vires de la compagnie.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'arrêt Ashbury (1) au Canada. Elle fut en fait limitée aux compagnies incorporées par loi spéciale, du moins au niveau fédéral. Il est vrai que certaines lois provinciales prévoient depuis assez longtemps l'incorporation des compagnies par enregistrement d'un memorandum, mais elles contournaient cet arrêt en investissant ces compagnies de la capacité des personnes naturelles (2). Par ailleurs, s'il est vrai que l'incorporation des compagnies est une matière de droit public et que le droit public canadien est directement inspiré du droit anglais, il faut toutefois faire preuve d'une certaine prudence dans l'application du droit anglais en matière de compagnies canadiennes. Le passage suivant d'un arrêt du Conseil Privé, Canadian National Fire Insurance Co. v. Hutchings (3) est assez révélateur sur la question :

" There is however for the present purpose no analogy between companies in the United Kingdom which are formed by contract whether it be under deed of settlement or under memorandum and articles of association to which the Registrar of Joint Stock Companies necessarily assents if the documents are regular in form and Canadian companies which are formed under the Canadian Companies Act, either by letters patent, or by special act. A nearer resemblance would be found in the Companies Clauses Act, 1845. But it is wiser to look at the Canadian legislation as complete in itself and unaffected by British jurisprudence. " (4)

(1) Ashbury Carriage Railway v. Riche, précité.

(2) par exemple, art. 14 du Saskatchewan Companies Act, ch. 76, des Statuts Révisés de 1920.

(3) 1918 A.C. 451.

(4) Sir Walter Phillimore, p. 456. Voir cependant Giguère, M, Les Devoirs des Dirigeants de Sociétés par actions, Presses de l'Université Laval, Québec, 1967, p. 13.

Au Canada, c'est l'arrêt *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R.* (1) qui est le courant majoritaire en matière d'ultra vires et le projet de loi s'en est en grande partie inspiré en regard de la capacité des corporations. Les tribunaux l'ayant presque constamment invoqué, le législateur fédéral de 1973 n'avait pas d'autre alternative que d'en codifier le principe, obtenant ainsi le mérite de mettre fin à la polémique qui entourait son interprétation, il faut bien le dire, équivoque. La question de la prérogative royale n'a jamais été discutée par la doctrine d'une manière aussi épineuse.

Quoi qu'il en soit, il convient de préciser ici le domaine d'application du projet de loi. En vertu de l'art. 177, le certificat de continuation est une condition de son application aux compagnies incorporées autrement que sous son empire. Ces compagnies doivent en vertu de l'art. 258 demander le certificat dans les cinq ans de l'entrée en vigueur du projet de loi (2). L'art. 258 prévoit par ailleurs les diverses modalités d'après lesquelles le projet de loi peut s'appliquer aux compagnies incorporées par loi spéciale. Soulignons d'abord que, en vertu de l'art. 3, par. 2, il ne s'applique pas aux banques, ni aux compagnies d'assurance, de prêts ou de fiducie. Leur statut juridique en matière d'ultra vires ne change donc pas. Elles demeurent entièrement soumises à l'arrêt *Ashbury*. Maintenant, pour les autres compagnies incorporées par loi spéciale, les alinéas 2 et 3 de l'art. 258 posent une distinction selon qu'elles sont assujetties ou non à la partie I (corporations à but lucratif) de la loi sur les corporations canadiennes (3). Si une telle corporation y est assujettie, le projet de loi s'applique à elle, à moins que le gouverneur en conseil ne l'exempte du certificat de continuation (al. 2). Si elle n'y est

(1) 1916 A.C. 566.

(2) Le Rapport Dickerson proposait 3 ans; vol. 1, no 515.

(3) 1970 S.R.C. ch. c-32.

pas assujettie, elle ne le sera pas non plus au projet de loi, à moins que le gouverneur en conseil ne le prescrive (al.3) (1). L'alinéa 4 prévoit de plus que les compagnies incorporées par loi spéciale et auxquelles s'applique la partie IV (clauses des compagnies) de la loi sur les corporations canadiennes peuvent demander un certificat de continuation. Elles ont donc le choix. Cependant, l'alinéa 4 pose certaines exceptions, notamment en ce qui concerne les compagnies de téléphone. L'application à celles-ci du projet de loi demeure donc sujette à la discrétion du gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa 3. De toute façon, que le projet de loi s'applique ou non aux compagnies incorporées par loi spéciale, la doctrine de l'ultra vires s'applique toujours aux actes posés en contravention de cette loi spéciale comme nous le verrons. Cependant, le Rapport Dickerson manifeste le souhait que toutes les corporations fédérales, sans distinction, soient assujetties au projet de loi, en ce qui concerne leur incorporation et leurs affaires (2) . Par contre, l'entreprise de certaines corporations, notamment les banques et les compagnies d'assurance, pourra être en plus élaborée dans des lois spéciales. La nature et le degré de réglementation de l'activité commerciale peuvent être en effet très différents. Le projet de loi C-213 pourrait donc constituer un minimum applicable à toutes les compagnies fédérales (3) .

Nous considérerons d'abord la jurisprudence actuelle concernant l'ultra vires pour analyser ensuite les dispositions pertinentes de ce projet de loi sur la question.

(1) Rapport Dickerson, vol. 1, no 516.

(2) *ibidem*, no 46 et 516.

(3) *ibidem*, no 47, 48 et 516.

Chapitre 1 - Etat de la jurisprudence actuelle

La théorie de l'ultra vires est sans doute la matière la plus controversée du droit canadien des compagnies. Comme nous l'avons dit, elle trouve son origine dans un arrêt de la Chambre des Lords, l'arrêt Ashbury : il s'agissait d'une compagnie incorporée en vertu de la loi anglaise de 1862, par enregistrement d'un memorandum of association. Ses objets sociaux lui permettaient " to carry on business as mechanical engineers and general contractors ". Les administrateurs passèrent un contrat pour financer la construction d'un chemin de fer en Belgique, contrat qu'ils répudièrent par la suite. La Chambre des Lords décida que de toute façon, l'acte ayant été posé hors du champ autorisé par le memorandum de la compagnie, ne pouvait même pas être ratifié par les actionnaires. Le principe, apparemment simple, souleva des difficultés au Canada du fait que la loi fédérale et quelques lois provinciales connaissent encore l'incorporation par lettres patentes. Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la Chambre des Lords avait un but évident, à savoir la nécessité de protéger les intérêts des investisseurs, actionnaires ou créanciers. Ceux-ci ayant fait confiance à la compagnie à raison d'une activité déterminée, il était normal de prévoir qu'ils n'auraient pas à subir les conséquences résultant des entreprises étrangères à cette activité. On ne voulait pas que les actionnaires soient trompés sur la destination de leurs mises de fonds, ni que les créanciers voient l'actif dispersé en entreprises imprévues.

" The ultra vires rule ensures that an investor in a gold mining company did not find himself holding shares in a fried-fish shop and it gave those allowed credit to a limited company more assurance that its assets would not be dissipated in unauthorized enterprises " . (1)

(1) L.C.B. Gower, Modern Company Law, 3e éd., 1969, Londres, Stevens & Sons, p. 87.

Qu'en est-il pour les tiers autres que les actionnaires et les créanciers de la compagnie, si celle-ci conclut avec eux des transactions ultra vires ? Avant de considérer la position jurisprudentielle concernant l'impact de l'ultra vires sur les intérêts des tiers, il convient d'abord de souligner les implications de cette théorie sur les actes posés eux-mêmes.

Section 1 - Effets de la doctrine quant aux actes posés.

Rien ne peut valider un acte ultra vires. Il est frappé de nullité absolue. Cependant, un doute a toujours plané en ce qui concerne le caractère ultra vires des actes posés par une compagnie en contravention de ses lettres patentes. Si une compagnie contrevient à une prohibition expresse de ses lettres patentes, l'acte posé est-il ultra vires et par conséquent absolument nul ? Ou faudrait-il plutôt dire que l'existence d'une prohibition expresse dans les lettres patentes ne change rien au principe d'après lequel une compagnie incorporée de cette façon possède la capacité d'une personne naturelle ?

Sous-section 1 - Nullité absolue des actes ultra vires

Une compagnie est une créature de l'autorité publique et elle ne possède donc que les capacités et pouvoirs que celle-ci veut bien lui accorder. L'octroi d'un certain nombre de pouvoirs à une corporation par son mémoire d'association ou sa loi spéciale revient à dire que ce champ de pouvoirs est nécessairement limité et les tribunaux en ont conclu que les actes posés hors des limites fixées devaient être frappés de nullité. De tels actes ne peuvent même pas être ratifiés par les actionnaires. Ils ne sauraient, en effet, de par leur propre volonté, donner à une compagnie un pouvoir que même la loi ou le mémorandum n'a pas jugé opportun de lui accorder. C'est ce que nous

avons vu dans l'arrêt *Ashbury Carriage Railway v. Riche* ⁽¹⁾.

Un acte ultra vires ne pourrait pas non plus être validé par un jugement confirmatif. Il convient à cet égard de rappeler un arrêt anglais d'autant plus récent qu'il nous persuade encore de la vivacité actuelle de la doctrine de l'ultra vires et des injustices qu'elle peut engendrer. Il s'agit de *Re Jon Beauforte (London) Ltd.* ⁽²⁾ Les statuts d'une compagnie l'autorisaient à faire affaire dans la confection de vêtements pour dames. Elle decida plus tard de fabriquer des panneaux vernis, activité qui n'entraînait pas dans son objet social, et à cette fin, fit construire une fabrique à Bristol et en définitive, la compagnie fut mise en liquidation forcée. Un certain nombre de créances furent prouvées, mais le liquidateur rejeta les réclamations des trois créanciers pour le motif que les contrats, auxquels elles étaient relatives, étaient ultra vires de la compagnie. Le premier créancier était une compagnie qui avait construit l'usine de Bristol, le second avait fourni des vernis, et le troisième du charbon. Le juge Roxburgh décida que le syndic avait à bon droit rejeté leurs réclamations pour le motif qu'ils étaient présumés avoir connaissance du contenu des statuts de la compagnie, et par conséquent du caractère ultra vires des contrats. En ce qui concerne le constructeur de l'usine, la compagnie avait auparavant consenti à un jugement pour la somme qu'il demandait mais refusa par la suite de faire tout paiement en invoquant l'absence du permis de construction. Le juge Roxburgh refusa de donner force à ce jugement pour le motif qu'il ne tenait aucun compte de l'ultra vires. Interprétant

(1) précité. Au Canada, voir *Charlebois v. Delap*, 1896, 26 R.C.S. 221.

(2) 1953 Ch. 131.

la décision du Conseil Privé dans *Great North-West Central Railway Co. v. Charlebois* (1), il dit :

" It seems to me that any compromise made upon the footing that the contract is intra vires and any judgement suffered in an action in which the defence of ultra vires is not raised, can be set aside because it is ultra vires the company to proceed upon the footing that the contract is intra vires, whether by negotiating a compromise on that footing or by submitting to judgement without ~~deli-~~ (2) ~~vering~~ an appropriate defence " .

Sur un autre plan, nous verrons que la décision du juge quant au rejet systématique des réclamations des trois créanciers pour le motif qu'elles reposent sur des contrats ultra vires, est contestable. Cette décision mène en effet à la conclusion irréaliste que les créanciers devaient connaître les fins que la compagnie poursuivait en contractant avec eux. Ce n'est pas en lisant ses statuts que les réclamants auraient pu entrevoir les buts poursuivis et l'utilisation finale des marchandises vendues.

Un acte ultra vires ne peut pas non plus être validé par une exception péremptoire de la nature d'un estoppel. Ainsi dans *Bishop v. The Balkis Consolidated Co.* (3), un actionnaire de la compagnie défenderesse, Powter, avait vendu un certain nombre de ses actions à plusieurs personnes. Par la suite il revendit les mêmes actions à un dénommé Lupton qui, lui, les transféra à Bishop par l'intermédiaire du courtier Cuthbert. Celui-ci prit le document constatant le transfert

(1) 1899 A.C. 114

(2) *Re John Beauforte (London) Ltd.*, 1953 Ch. 131, p. 137.

(3) 1890 25 Q.B.D. 77.

bien que Lupton n'ait jamais eu aucun droit sur ces actions puisqu'elles avaient déjà été vendues précédemment. La compagnie apposa cependant son certificat sur le document et Bishop paya à Lupton le prix de ses actions. Par la suite, la compagnie s'aperçut que Lupton n'avait jamais été actionnaire et refusa en conséquence de reconnaître le droit de Bishop sur celles-ci. Bishop en revendiqua donc le remboursement à la compagnie. Le juge Vaughan décida que l'apposition du certificat était ultra vires de la compagnie, parce que " no corporate body can be bound by estoppel to do something beyond its powers " .⁽¹⁾ Ce jugement fut confirmé en appel.⁽²⁾ Et il est intéressant de noter assez longuement le raisonnement de Lord Lindley :

" The doctrine of estoppel cannot put the company in a worse position than if a certificate of Lupton's transferor, Powter, had been produced. If it had, still the transfer from Powter to Lupton would have been invalid, and Lupton, without any default on the part of the company, could not have been able to transfer the shares to Cuthbert. The fact, then, which the company is estopped from denying would not, if true, have entitled the plaintiff to the shares. The loss of the shares as distinguished from the loss of the money paid for them is attributable not to any misrepresentation by the company, but to something quite different, the invalidity of the transfer from Powter to Lupton... The lodging of one or more documents may be certified and yet the documents lodged may be invalid owing to circumstances not apparent on the face of them; and in this case, the defect in Lupton's title was caused by the invalidity of one of the documents produced, and not by the non-production of the certificate which the company erroneously certified to be lodged. The real truth is that the plaintiffs lost their money by reason of a misrepresentation for which no action lies; and they lost the shares transferred to them by Lupton because he had no title to them and the com-

(1) p.84

(2) 1890 25 Q.B.D. 512.

pany is not estopped from denying this. Under these circumstances, I am of opinion that the plaintiffs' remedy is not against the company, but against Lupton, who could not deliver the shares for which he was paid by the plaintiffs. " (1)

Sous-section 2 - Le cas des compagnies incorporées par lettres patentes.

La célébrité de l'arrêt Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R. (2) comme source d'incertitude et de controverse au Canada n'est plus à faire. Malgré cela, ou plutôt à cause de cela, le principe qu'il pose a fini par séduire le législateur fédéral. Les faits sont les suivants : la compagnie Bonanza Creek avait été constituée par lettres patentes en vertu de la loi ontarienne de 1897 sur les corporations. Son objet était l'exploitation des mines et plusieurs concessions minières lui avaient été consenties au Yukon par le gouvernement fédéral. Par la suite, la compagnie réclama des dommages à ce dernier pour bris de contrat. En défense, la Couronne fédérale souleva le défaut de pouvoir de la compagnie pour exploiter des mines hors de l'Ontario. Le principe émis par le Conseil Privé dans cette affaire est en substance que les compagnies incorporées par lettres patentes ont la capacité des personnes naturelles, c'est-à-dire une capacité illimitée, sauf les prohibitions expressément prévues par la loi. Ce qui veut dire que les actes posés en contravention des lettres patentes ne seraient pas ultra vires contrairement à ceux posés en contravention du mémoire d'association ou de la loi elle-même (cas de l'arrêt Ashbury). Les compagnies formées par lettres patentes échappent ainsi à l'arrêt Ashbury. Il est vrai que cette assimilation des compagnies constituées par lettres

(1) p.521-522. Au Canada, voir Union Bank of Canada v. McKillop & Sons Ltd., 30 O.L.R., 87. Juge Hodgins, p.97 : " There is no estoppel by an act which is beyond the corporate powers" . Confirmé par 1915 51 R.C.S. 518.

(2) 1916 A.C. 566.

patentes à des personnes naturelles a fait l'objet de sévères critiques de la part de certains auteurs, notamment M. Martel (1) et E. Mockler (2). D'après eux, les lettres patentes étant octroyées en vertu de la loi générale, les limitations qui y sont contenues ont le même effet que s'il s'agissait de limitations légales. Par conséquent, les lettres patentes devraient normalement limiter les capacités et pouvoirs de la compagnie autant que le font la loi ou le mémoire d'association (3). Pourvalable que soit cet argument, l'arrêt avait au moins le mérite singulier d'offrir une certaine sécurité commerciale, même si ce n'était pas là l'objet qui l'animait. C'est ce qui explique sans doute sa survie et les tribunaux canadiens n'ont pas manqué de l'invoquer à plusieurs reprises. Ainsi, dans *Edwards v. Blackmore* (4), le juge Ferguson dit :

" A corporation created by charter had at common law almost unlimited capacity to contract, and statements in the charter defining the objects of incorporation do not take away that unlimited capacity, and even express restrictions in the charter do not take it away, but are simply treated as a declaration of the Crown's pleasure in reference to the purposes beyond which the capacity of the corporation is not to be exercised, a breach of which declaration gives to the crown a right to annul its charter " .

Cette décision n'a cependant pas fait l'unanimité de la Cour Suprême de l'Ontario. Le juge Meredith pense que les pouvoirs d'une corporation sont limités par les fins pour lesquelles cette corporation a été créée :

" I can find no reason or authority for saying that the law of this province is as

(1) Aspects juridiques de la compagnie au Québec, tome 1, p.99 et 106, Montréal, 1970.

(2) Ziegel, J., Studies in Canadian Company Law, vol. 1, (1967), Toronto, Butterworths, p.242-243.

(3) Martel, op. cit., p. 96.

(4) 1918 42 D.L.R., 280, p. 289-290.

contended for by the respondent; or for saying anything which comes nearer to it than this : that a corporation created by charter, under the Crown prerogative, has ordinarily the ordinary capacity of a human entity in respect of such objects as are the subject of its charter, except in so far as limited or restrained by competent legislation ". (1)

Dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co.* (2), la Cour Suprême du Canada appliqua le principe de l'arrêt *Bonanza Creek* en refusant la capacité d'une personne naturelle à une compagnie de téléphone organisée en vertu d'une loi spéciale. En vertu de cette loi, la compagnie ne pouvait émettre de billet à ordre. Jusqu'ici, le refus de la Cour Suprême se justifie en vertu de l'arrêt *Bonanza* :

" In the case of a company the legal existence of which is wholly derived from the words of a statute, the company does not possess the general capacity of a natural person, and the doctrine of ultra vires applies ". (3)

Cependant, il vint que la compagnie fut incorporée en vertu de la loi des compagnies de la Saskatchewan (4), par mémoire d'association et la question qui se posait consistait à savoir si une telle incorporation lui conférait le pouvoir, en vertu de l'art. 14 de cette loi, de faire tout ce qu'elle ne pouvait pas faire auparavant, y compris le pouvoir d'émettre un billet à ordre. Cet art. 14 accordait en effet aux compagnies constituées par mémoire d'association la même capacité que celle conférée par l'arrêt *Bonanza Creek* aux compagnies par lettres patentes, c'est-à-dire la capacité d'une personne naturelle. La Cour Suprême refusa de voir dans

(1) p. 311.

(2) 1923 R.C.S. 618.

(3) *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R.*, 1916, A.C. 566; Lord Haldane, p. 584

(4) 1920 R.S.S., ch. 76.

l'art. 14 une abrogation de la doctrine de l'ultra vires pour les compagnies organisées par ailleurs en vertu d'une loi spéciale. Le juge Duff dit en effet :

" In declaring in section 14 that the companies referred to are to have the capacities of a common law corporation, the legislature cannot be supposed to have intended to abrogate the restrictions and prohibitions which the legislature itself has shewn an intention to impose on such companies ". (1)

Cet arrêt nous montre la tentative faite par plusieurs législateurs provinciaux d'attribuer aux compagnies la capacité des personnes naturelles. La Cour Suprême n'a pas nié le fait qu'une telle capacité pouvait être attribuée aux compagnies incorporées par memorandum, à condition qu'elle soit **expressément** prévue par le législateur. Par ailleurs, le principe de l'arrêt Cudworth se trouve consacré par l'art. 16 alinéa 3 du projet de loi, en ce sens que l'acte posé sera toujours nul s'il est contraire à une loi spéciale.

Le principe de l'arrêt Bonanza Creek s'applique-t-il aux compagnies québécoises ? Martel (2) est d'avis que cet arrêt s'applique en autant que la compagnie ne contrevient pas à une prohibition expresse de sa charte. Autrement dit, l'absence d'un support statutaire ne supprime pas selon lui l'application de l'ultra vires. Il appuie son opinion sur le fait que la capacité d'une compagnie est restreinte non seulement par les prohibitions légales (Statutory restrictions), mais aussi par celles contenues dans les lettres patentes. Nous pensons que c'est une erreur (3). Martel justifie son point de vue grâce à l'art. 29 de la loi des compagnies du Québec (4)

(1) Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co., 1923, R.C.S. 618, p. 629. Et voir Fraser & Stewart, Company Law of Canada, 1962, Carswell Co., Ltd., Toronto, 5e ed., p.49

(2) Martel, op. cit., p. 99.

(3) Le juge Riddell dans Re Mutual Investments Ltd., (56 O.L.R. 29) semble avoir fait la même erreur.

(4) 1964 S.R.Q., ch. 271.

qui dit que les pouvoirs accordés par la loi aux compagnies leur appartiennent " sauf exclusion expresse dans les lettres patentes ou lettres patentes supplémentaires " . Cette exception de l'art. 29 ne crée pas à notre avis une prohibition légale. ⁽¹⁾ D'ailleurs, aucun jugement n'a encore confirmé que l'art. 29 constitue un support statutaire aux restrictions contenues dans les lettres patentes ⁽²⁾. Dans l'arrêt Bonanza Creek, le passage suivant de Lord Haldane nous semble clair :

" In the case of a company created by charter, the doctrine of ultra vires has no real application in the absence of statutory restriction added to what is written in the charter. Such a company has the capacity of a natural person to acquire powers and rights. If by the terms of the charter, it is prohibited from doing so, a violation of this prohibition is an act not beyond its capacity and is therefore not ultra vires, although such a violation may well give ground for proceedings by way of scire facias for the forfeiture of the charter ". ⁽³⁾

L'exception posée par l'art. 29 n'empêche pas la compagnie d'avoir la capacité d'une personne naturelle et par conséquent d'exercer tous les pouvoirs que la loi ne lui interdit pas d'exercer. L'art. 29 ne peut être interprété comme limitant les pouvoirs de la compagnie à ceux qui sont exprimés dans sa charte. Tant que l'acte posé par la compagnie n'est pas en contravention d'une prohibition légale, l'acte n'est pas ultra vires, mais donne seulement recours au bref de scire facias pour annulation de charte ⁽⁴⁾ .

(1) Soulignons cependant que Wegenast partage l'opinion de Martel. Voir The Law of Canadian Companies, 1931, Toronto, Burroughs & Co. Eastern Ltd., p. 143.

(2) Dans *Dion Ltée v. Banque Provinciale du Canada* (1939), 66 B.R. 344, on a jugé que le seul recours contre une compagnie qui contrevient à ses lettres patentes est le scire facias. Voir aussi *Fraser & Stewart*, op. cit., p. 369.

(3) 1916 A.C. 566, p. 583-584.

(4) *Jenkin v. Pharmaceutical Society of Great Britain*, 1921, 1 Ch. D. 392, p. 398.

Même le Code Civil, aux art. 358 et 362, reconnaît aux compagnies québécoises une capacité semblable à celle des personnes naturelles. Par conséquent, même si un pouvoir n'appartient pas à une compagnie québécoise parce que ses lettres patentes l'excluent expressément, il n'en demeure pas moins que la compagnie possède la capacité d'une personne naturelle et un acte posé à l'intérieur de cette capacité n'est pas ultra vires⁽¹⁾. L'acte n'est posé à l'extérieur de cette capacité et n'est par conséquent ultra vires, qu'à partir du moment où il enfreint une disposition spécifique de la loi⁽²⁾ ;

" A restriction in the charter itself, without statutory aid, may go to the length of placing an act beyond the authority of the directors, without making it ultra vires of the company so as to be incapable of ratification, or it may be the basis of proceedings (3) to have the charter set aside ".

Déjà en 1887, le principe selon lequel une compagnie créée par lettres patentes possède la capacité d'une personne naturelle avait été évoqué par la Cour d'Appel d'Angleterre dans l'arrêt *Baroness Wenlock v. River Dee Co.*⁽⁴⁾ Lord Bowen, après avoir rappelé le *Sutton's Hospital Case* sur lequel repose cette assertion, y dit :

" Even if by the charter creating the corporation, the King imposes some direction which would have the effect of limiting the natural capacity of the body of which he is speaking, the common law has always held that the direction of the King might be enforced through the Attorney General ; but although it might contain an essential part of the so-called bargain between the Crown and the corporation, that did not at law destroy the legal power of the body which the King had created " (5)

(1) Fraser & Stewart, op. cit., p. 59.

(2) Par exemple, art. 22 de la loi des pouvoirs spéciaux des corporations, 1964, S.R.Q. Ch. 275.

(3) Wegenast, op. cit., p. 143.

(4) 1887, 36 Ch.D. 674. Confirmé par 1888, 38 Ch.D. 534.

(5) à la page 685.

Il serait intéressant de voir aujourd'hui quelle serait la décision de la Cour Suprême du Canada, au regard de l'arrêt Bonanza Creek. En effet, les compagnies sont encore dans quelques provinces ainsi qu'au fédéral, incorporées par lettres patentes, mais celles-ci ne sont plus octroyées par les lieutenants-gouverneurs ou le gouverneur-général ⁽¹⁾. Par conséquent, on pourrait avancer qu'elles ne résultent plus de la prérogative royale, et ne possèdent plus la capacité des personnes naturelles, mais seulement celle qui leur est reconnue par la loi. Si le Souverain ne peut limiter la capacité des compagnies, en revanche, la loi et l'administration chargée de l'appliquer peuvent le faire. Holdsworth, dans History of English Law ⁽²⁾, dit en effet :

" It is well recognized that the King's charter could neither change the common law, nor alter the rights and duties of the private persons as fixed by law; to hold, therefore, that the King could neither give nor take away powers from a corporation, which he could not give or take away from a natural man, was quite in accordance with this constitutional doctrine ".

Section 2 - Effets de la doctrine quant aux intérêts en présence.

Soulignons d'abord que les attitudes des tribunaux ont varié, la jurisprudence anglaise faisant preuve de moins de bienveillance à l'égard des tiers que la jurisprudence canadienne. Par contre, la protection de la compagnie et partant, de ses actionnaires, fait l'unanimité de la jurisprudence. Les tribunaux refusent qu'une compagnie puisse se trouver lésée par son propre dépassement de pouvoir.

(1) Loi fédérale, art. 5, alinéa 1; loi québécoise, art. 6.

(2) vol. 9, p. 55. Cité par E. Mockler dans Ziegel J., op. cit., vol. 1, p. 243.

Est-ce à dire qu'au Canada, les tiers ne subissent pas de préjudice du fait de l'application de la théorie de l'ultra vires, pour la raison que les tribunaux répugnent à ce qu'ils s'en trouvent lésés ? Ce n'est pas notre avis car le fait que les tiers soient restitués dans leur propriété, ne supprime finalement pas l'insécurité contractuelle dans laquelle ils peuvent se trouver. La principale lacune de la doctrine de l'ultra vires réside justement dans le fait qu'elle conduit à l'annulation irrémédiable d'une transaction sur l'exécution de laquelle le tiers concerné était en droit de s'attendre.

Sous-section 1 - La jurisprudence anglaise.

L'arrêt typique est ici *Re Jon Beauforte (London) Ltd.* (1) La décision de la cour a pris dans cette affaire l'aspect d'une sanction à l'égard des créanciers qui savaient que l'acte posé par la compagnie était ultra vires, ou auraient dû le savoir en raison de la présomption de connaissance des documents publics de la compagnie. Nous avons déjà contesté le fondement de cette décision. Comment les fournisseurs auraient-ils pu savoir, même en lisant les statuts de la compagnie, que les marchandises qu'ils lui vendaient, étaient destinées à des activités ultra vires ? Leon Getz (2) est d'avis que la doctrine du constructive notice n'a rien à voir avec celle de l'ultra vires. L'acte posé est nul, non pas parce que le tiers est présumé savoir qu'il est ultra vires, mais tout simplement parce que l'acte est ultra vires. Cette remarque pertinente ne doit pas nous faire perdre de vue que la nullité de l'acte peut être opposée au tiers justement parce qu'il est présumé savoir que l'acte est ultra vires. Comment pourrait-on lui opposer la nullité de l'acte s'il n'avait pas l'obligation

(1) 1953 Ch. 131,

(2) Ultra vires and some related problems, 1969, 3 U.B.C. Law Review, 30, p. 47.

de s'informer plus avant des pouvoirs de la compagnie ? Et c'est là que réside le défaut de l'arrêt Beauforte : nulle part dans les statuts il n'était question d'une interdiction formelle faite à la compagnie d'acheter des vernis ou du charbon. Ces achats pouvaient fort bien se concevoir dans le cadre des activités incidentes à son objet principal. Or, non seulement les créanciers n'ont pas eu droit au paiement des marchandises fournies, mais encore il semble que même la restitution de ces marchandises leur a été niée, en supposant qu'elle fût même possible.

Dans l'arrêt *Sinclair v. Brougham* ⁽¹⁾, la Chambre des Lords a déjà reconnu qu'un tiers qui transfère un bien à une compagnie en vertu d'une transaction ultra vires de celle-ci, n'a pas de recours personnel contre la compagnie. Dans cette cause la compagnie *Birbeck Permanent Benefit Building Society* s'était engagée, sans en avoir le pouvoir, dans des opérations bancaires, agissant par là ultra vires. Il s'agissait de savoir si ceux qui avaient fait des dépôts en argent pouvaient les récupérer. La Chambre des Lords répondit dans la négative :

" To hold that a remedy will lie in personam against a statutory society, which by hypothesis cannot in the case in question have become a debtor or entered into any contract for repayment, is to strike at the root of the doctrine of ultra vires as established in the jurisprudence of this country... I think it excludes from the law of England any claim in personam based even on the circumstance that the defendant has been improperly enriched at the expense of the plaintiff by a transaction which is ultra vires ". (2)

(1) 1914 A.C. 398. Cet arrêt fut suivi par un autre arrêt plus récent de la Chambre des Lords : *Boissevain v. Weil*, 1950 1 All E.R. 728.

(2) Lord Haldane, p. 414.

Cependant, s'inspirant de l'équité, la Chambre des Lords accorda un recours in rem aux déposants, le quantum devant être déterminé sur la base d'un " tracing order " (1).

Par ailleurs, lorsque la compagnie se trouve non pas débitrice d'un tiers en vertu d'un acte ultra vires, mais créancière, le tiers ne peut invoquer le caractère ultra vires de la transaction pour échapper à ses obligations. Ainsi, Lord Simonds, dans l'arrêt *Bell Houses v. City Wall Properties Ltd.*, (2) trouve étrange " that third parties could take advantage of a doctrine manifestly for the protection of shareholders, in order to deprive the company of money which in justice should be paid to it by third parties " .

Un arrêt récent de la Haute-Cour d'Australie traduit bien l'attitude unanime de la jurisprudence anglo-saxonne sur la question. Il s'agit de *Re K.L. Tractors Ltd.* (3). Les faits sont les suivants : après la seconde guerre mondiale, le Commonwealth d'Australie avait continué à opérer une fabrique d'armements. Il vendait à une compagnie, *K.L. Tractors Ltd.*, pour des fins purement civiles et commerciales, de grandes quantités de matériel lourd, sans relation directe avec la défense du Commonwealth. A la liquidation de la compagnie, le gouvernement australien fit une preuve de créance pour ce qui lui restait dû sur ces marchandises. Un autre créancier de la compagnie, *English Scottish and Australian Bank Ltd.*, tenta de faire rejeter la réclamation du gouvernement australien, dans un but évident. Si en effet, la forte somme demandée par ce dernier venait en priorité, il ne resterait rien pour les autres créanciers. La banque appuyait sa prétention sur le fait que la production et la vente du matériel étaient hors de la compétence du gouvernement. La Haute-Cour considéra que le Commonwealth

(1) p. 418 et 441. Voir aussi Baxter, Ian, Unjust Enrichment in the Canadian Common Law and in Quebec Law : Frustration of Contract, 1954, 32 Canadian Bar Journal, 855, p. 864.

(2) 1966, 2 All E.R. 674, p. 690. *Infirmant* 1965, 3 All E.R. 427.

(3) 1961 A.L.R. 410.

avait le droit de prouver sa créance dans la liquidation, en affirmant que même si on pouvait considérer ses activités comme dépassant les limites de ses capacités, cela ne supprimait pas l'existence des contrats :

" Is it possible for the purchaser of goods (en l'occurrence K.L. Tractors Ltd.) to resist payment on the ground that in producing and selling them to him, the Commonwealth exceeded the limits of the province assigned to it by the constitution " . (1)

La cour répond dans la négative, déclarant que si un emprunteur doit rembourser un prêt intra vires, à plus forte raison doit-il rembourser un prêt ultra vires. Le juge Fullagar est même d'avis que " if a corporation made an ultra vires loan in terms repayable at the end of three years, it need not wait for the expiration of the three years, but could sue for repayment at any time " . (2) Le juge admet par ailleurs que la solution serait différente si le tiers était non pas débiteur, mais créancier d'une compagnie en vertu d'un acte ultra vires de celle-ci. Il confirme ainsi l'arrêt *Sinclair v. Brougham* (3) :

" If a corporation makes an ultra vires borrowing, the lender should be unable to recover his money at law " .

Et il cite à cet effet la cause *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (4) où un emprunt contracté par une compagnie au-delà des limites permises par ses statuts fut déclaré nul. Il n'est en effet aucunement question dans cet arrêt de l'obligation pour la compagnie de remettre l'argent au prêteur. La Chambre des Lords se borne à déclarer que le principe de l'arrêt *Ashbury* s'applique autant aux compagnies incorporées par loi spéciale qu'à celles incorporées par mémoire d'association.

(1) à la page 414.

(2) à la page 416.

(3) 1914 A.C. 398.

(4) 1885, 10 A.C. 354.

Quant au recours du tiers, il demeure aléatoire :

" When the transaction is ultra vires, the other party, speaking generally, has no right at all; the transaction being completely void, cannot confer rights on the third party, nor duties on the company " . (1)

On peut finalement considérer que l'ultra vires est un piège pour les tiers devenus créanciers de la compagnie hors des pouvoirs de celle-ci. Mais si c'est la compagnie qui devient créancière, le caractère ultra vires de la transaction n'aura pas pour effet de lui faire subir un préjudice. La protection des actionnaires est le seul but poursuivi par la théorie de l'ultra vires :

" The so-called doctrine of ultra vires was evolved for the protection of corporations of limited capacity and of their corporators, not for the advantage of persons who deal with the corporation of limited capacity " . (2)

Il est vrai que dans l'arrêt K.L. Tractors Ltd., c'est le gouvernement australien qui avait posé un acte ultra vires, mais le même principe s'appliquerait à une compagnie qu'une transaction ultra vires aurait rendu créancière (3).

En matière d'emprunt contracté par la compagnie, deux situations peuvent se présenter : ou la compagnie emprunte ultra vires aux fins d'activités intra vires, ou elle emprunte intra vires aux fins d'activités ultra vires.

(1) Gower, op. cit., p. 93.

(2) Re K.L. Tractors Ltd., 1961, A.L.R. 410, p. 415.

(3) Voir l'arrêt du Conseil Privé, Pacific Coast Coal Mines Ltd. v. Arbutnot, 1921, 1 W.W.R. 529. Lord Moulton, p. 539 : " There is no doubt that the courts have power to direct that moneys received from a company under a claim which is invalid by reason that the claim was ultra vires should be repaid with interest, but there is no fixed rule that such should be the case " .

La première situation est illustrée par la cause *In Re Airedale Cooperative Worsted Mfg Society Ltd.* ⁽¹⁾ : une compagnie en liquidation avait contracté certains emprunts au-delà de ses pouvoirs. Le syndic utilisa ce motif pour en refuser le remboursement au créancier concerné. Le juge Eve rejeta cette prétention en disant :

" If the borrowed money be applied in paying off legitimate indebtedness of the company or association (whether the indebtedness be incurred before or after the money was borrowed), the lenders are entitled to rank as creditors of the company or association to the extent to which the money has been so applied ". ⁽²⁾

Le prêteur est alors subrogé dans les droits des créanciers payés par la compagnie ⁽³⁾. Peu importe alors qu'il ait ou non connaissance du caractère ultra vires de l'emprunt fait par la compagnie ⁽⁴⁾. Peu importe aussi que la compagnie paie des dettes antérieures ou postérieures à son emprunt ⁽⁵⁾.

Dans la deuxième situation, la jurisprudence accorde un recours au tiers pour l'argent prêté sur le motif que le tiers n'est pas censé connaître l'objet pour lequel la compagnie a contracté l'emprunt. C'est ce qu'on a décidé dans la cause *Re David Payne and Co. Ltd.* ⁽⁶⁾ Il est curieux que le même principe n'ait pas été suivi dans *Re Jon Beauforte (London) Ltd.*, ⁽⁷⁾ même si en l'espèce il ne s'agissait pas d'un emprunt. Il est vrai cependant que le fournisseur

(1) 1933, 1 Ch. 639.

(2) à la page 645.

(3) Au même effet que l'arrêt *Airedale*, voir *Cunliffe Brooks & Co. v. Blackburn Building Society*, 1884, 9 A.C. 857, confirmant 1883, 22 Ch. D. 61. Aussi *Sinclair v. Brougham*, *préc.*, p. 41

(4) *Reversion Fund and Insurance Co. Ltd. v. Maison Cosway Ltd.*, 1913, 1 K.B. 364.

(5) *Baroness Wenlock v. River Dee Co.*, 1887, 19 Q.B.D. 155.

(6) 1904, 2 Ch. 608.

(7) 1953 Ch. 131.

de charbon était nécessairement au courant de l'activité ultra vires de la compagnie puisqu'elle était décrite sur les commandes qu'elle lui faisait. Une affaire récente a eu la même issue que l'arrêt Beauforte, c'est la cause *Introductions Ltd. v. National Provincial Bank Ltd.* ⁽¹⁾ Une compagnie avait pour objet de fournir des distractions et divers services aux touristes étrangers. Par la suite, elle s'engagea dans l'élevage des porcs. Elle emprunta à la banque, en lui livrant des obligations garanties par ses actifs. La banque possédait le mémoire d'association de la compagnie et de plus elle avait été expressément informée que son activité actuelle était l'élevage des porcs. Elle savait donc que la compagnie agissait ultra vires. Suite à de mauvaises affaires, la compagnie fut liquidée et le tribunal considéra les obligations détenues par la banque comme nulles :

" This borrowing was not for a legitimate purpose of the company; the bank knew it and therefore, cannot rely on its debentures ". ⁽²⁾

Sous-section 2 - La jurisprudence canadienne.

Il faut noter d'abord que les tribunaux canadiens appliquent le principe de l'arrêt australien *Re K.L. Tractors Ltd.*, selon lequel les tiers ne sauraient profiter du caractère ultra vires d'une transaction avec une compagnie pour s'enrichir à ses dépens. L'incapacité d'une compagnie ne saurait jouer contre elle. Ainsi, dans la cause *Breckenridge Speadway Ltd. v. R.*, ⁽³⁾ la Cour Suprême de l'Alberta, division d'appel, rejeta la prétention de l'appelant qui invoquait l'illégalité d'un prêt fait à lui par la province :

" It would be unequitable and unjust for a borrower from a corporation to be permitted to allege that the lending

(1) 1969, 2 W.L.R. 791.

(2) Juge Harman, p. 796.

(3) 1967, 61 W.W.R. n.s. 257.

was ultra vires on the part of the lender... I know of no reason why the same rule should not apply to a borrower from a province of Canada who, when he is sued by the province to recover the money lent to him, seeks to set up that the province did not have the constitutional power to lend him the money and that therefore he does not have to repay it ". (1)

Par ailleurs, il semble que les tribunaux canadiens aient pris davantage en considération les intérêts des tiers, créanciers ultra vires. Dans la cause Niagara Public School Board v. Queenston Women's Institute (2), la Cour Suprême de l'Ontario a décidé que lorsqu'une commission scolaire accorde un bail ultra vires, donc absolument nul, elle doit remettre au locataire la considération déjà payée pour le loyer à venir. Le juge Grant, s'appuyant sur deux jugements aussi anciens qu'éloquents, l'un des Etats-Unis (3), et l'autre d'Angleterre (4), affirme en effet :

" As I understand the matter, the question of liability to refund was raised in the case of corporations because the power to contract on the part of the corporation is limited by the provisions of the instrument by which it is created; and, the contract itself being ultra vires, it was contended that the corporation would not be liable to refund monies paid to it under the contract. There does not to my mind appear to be any reason why a municipal corporation should not be subject to the application of the equitable principle and be required to restore to its owner money or property to which the municipal corporation has neither legal nor moral right ". (5)

(1) Juge Smith, p. 265.

(2) 1926, 4 D.L.R. 13.

(3) Cent. Trans. Co. v. Pullman's Palace Car Co., 1891, 139 U.S. 24; Juge Gray, p. 60.

(4) Hall v. Mayor of Swansea, 1844, 5 Q.B. 526; Lord Denman, p. 547.

Dans un arrêt de la Cour d'Appel du Manitoba, Trades Hall Co., Erie Tobacco Co., ⁽¹⁾ il s'agissait d'une compagnie d'exploitation foncière qui possédait un immeuble de rapport. Il vint qu'elle établit une tabagie dans l'immeuble afin de mieux servir ses locataires. En septembre 1914, le concierge de l'immeuble qui était aussi chargé de la tabagie, convint d'acheter au nom de la compagnie une certaine quantité de tabac, contrat qui était ultra vires de celle-ci en vertu de ses statuts. Trades Hall Co. revendit cependant les marchandises à certaines personnes. La compagnie Erie Tobacco Co. pouvait-elle recouvrer la marchandise fournie ou au moins la valeur ? Le juge Howell répondit par l'affirmative, déclarant :

" It is difficult for me to distinguish as to liability between converting goods obtained under an ultra vires contract and converting goods obtained by violence or fraud. If a company could get possession of goods by plausible or untruthful statements, and then dispose of them without legal liability, this would be an unpleasant country to live in ". (2)

Quant au juge Cameron, il est d'avis ⁽³⁾ que le transfert de propriété entraîne nécessairement l'engagement de retourner les marchandises ou d'en payer la valeur. Les tribunaux canadiens accordent donc un recours in personam aux créanciers ultra vires, contrairement aux tribunaux anglais (arrêt Beauforte). Cependant, en matière d'emprunt ultra vires d'une compagnie, ils ne s'écartent pas du principe anglais de l'arrêt Sinclair v. Brougham ⁽⁴⁾. Dans la cause Trades Hall Co., le juge Cameron dit obiter :

" In the case of ultra vires loan transaction, the property in the money

(1) 1916, 29 D.L.R. 779.

(2) à la page 781.

(3) à la page 795.

(4) 1914 A.C. 398. Wegenast, op. cit., p. 155. Fraser and Stewart, op. cit., p. 369-370. Palmer and Prentice, Cases and Materials on Company Law, 1969, Butterworths, Toronto, p. 92-93

remains in the lender. Therefore, it became necessary to adopt and enlarge the equity rule as to a tracing order, in order to give the depositors a just and adequate (1) remedy ".

Il faut noter toutefois la dissidence du juge Perdue qui, lui, refusa de donner valeur à la distinction et par conséquent de s'écarter du principe posé par la Chambre des Lords, en déclarant :

" If the goods or any of them remained in the plaintiff's hands, then an action in rem would have lain to recover the specific goods, but when the plaintiff no longer has the goods, the above authority shews that no action can be brought in personam based upon the ultra vires contract ". (2)

Dans la cause Gnaedinger and Sons v. Turtleford Grain Growers Cooperative Association Ltd. (3), la Cour d'Appel de la Saskatchewan obligea la coopérative appelante qui avait posé l'acte ultra vires à retourner à Gnaedinger and Sons les biens en sa possession et à lui remettre les argents provenant de ceux qui avaient déjà été vendus. Une loi provinciale interdisait à la coopérative de faire des achats à crédit et elle invoquait ce fait pour refuser la restitution des biens. Le juge Lamont commenta ainsi l'arrêt Sinclair :

" This case shews that, though an action for money had and received will not lie to recover money obtained as the consideration of an ultra vires borrowing, yet if the money can be identified, an action will lie for its return. The goods of the plaintiffs which the defendants have on hand being readily identified, must be returned to the plaintiffs as they (4) are their property ".

(1) à la page 794.

(2) à la page 788.

(3) 1922, 63 D.L.R. 498.

(4) à la page 503.

Le juge accorde donc aux tiers un recours in personam dans tous les cas où les biens peuvent être identifiés, même s'il s'agit d'un emprunt, contrairement à l'arrêt *Trades Hall Co.* (1)

L'existence au Québec de la doctrine civiliste de l'enrichissement sans cause permet à Martel de justifier le maintien de la doctrine de l'ultra vires dans le droit des compagnies de cette province. (2) La compagnie serait ainsi tenue de rembourser tout ce qu'elle a retiré d'une transaction annulée pour cause d'ultra vires. Martel cite à l'appui un arrêt de la Cour Suprême du Canada, en appel de la Cour du banc de la Reine du Bas-Canada, *Rolland v. La Caisse d'Economie Notre-Dame de Québec*. (3) Toutefois, il faut noter que dans cette cause, l'art. 1047 du Code Civil a profité non pas au tiers, mais à la banque qui avait posé l'acte ultra vires. Il est fort possible cependant que le même principe serait appliqué en faveur d'un tiers. L'art. 1047 permet de penser que le tiers, créancier ultra vires, aurait toujours un recours in personam contre la compagnie, même en matière de prêt, contrairement aux autres provinces.

Il s'agissait d'une banque qui avait consenti plusieurs prêts à un certain Langlais, sur la garantie de lettres de crédit. Il était ultra vires pour la banque d'accepter de telles garanties. Devenu insolvable, Langlais fit cession de ses biens. La banque fit une preuve de créance auprès du syndic. Celui-ci, alléguant l'ultra vires, contesta la réclamation devant la Cour Supérieure, qui donna raison à la banque. Un autre créancier de Langlais, Rolland, fit appel à la Cour du Banc de la Reine. Celle-ci confirma le droit de la banque, de même que la Cour Suprême :

" A borrower cannot be allowed to
cheat his lender under the pretext

(1) 1916, 29 D.L.R. 779. Fraser and Stewart, op. cit., p. 62-63.

(2) op. cit., tome 1, p. 100 et 107; tome 2, p. 365.

(3) 1895, 24 R.C.S. 405.

that the lender had not the power (1)
to loan ".

Finalement, la Cour Suprême ne fait que confirmer le principe universellement reconnu d'après lequel un tiers ne peut invoquer l'ultra vires pour s'enrichir aux dépens d'une compagnie, principe déjà admis par la Cour Suprême de l'Alberta dans la cause Breckenbridge Speedway Ltd.,⁽²⁾ et par la Haute-Cour d'Australie dans la cause Re K.L. Tractors Ltd. (3)

Quant au principe inverse, l'art. 1047 du Code Civil du Québec permet d'avancer indubitablement qu'un créancier ultra vires d'une compagnie sera dans tous les cas restitué dans ses biens. Dans les provinces anglaises, la situation est plus incertaine:

" The philosophical force of the
maxim is possibly more explicit
in the law of Quebec than in the (4)
common law."

Dans l'arrêt Trades Hall Co., la Cour d'Appel du Manitoba a fait, nous l'avons vu, une distinction selon qu'il y a transfert de propriété ou non. Le common law connaît le concept d'enrichissement sans cause et pourtant, d'après la distinction faite par la Cour d'Appel, il semble qu'elle aurait refusé un recours in personam au prêteur ultra vires d'une compagnie parce qu'un prêt n'est pas un transfert de propriété. Il n'y a pas d'enrichissement injuste à défaut de tel transfert. Mais cette distinction nous semble spécieuse. Dans la cause Gnaedinger and Sons, la Cour d'Appel de la Saskatchewan a reconnu qu'il n'y avait pas transfert de propriété, pourtant elle accorde un recours in personam au tiers créancier. Elle a d'ailleurs maintenu sa position dans l'arrêt Dominion Dry Goods Co. v. Klotz.⁽⁵⁾

(1) Juge Taschereau, p. 410.

(2) 1967, 61 W.W.R. n.s. 257.

(3) 1961 A.L.R. 410.

(4) Baxter, I., op. cit., p. 869.

(5) 1923, 4 D.L.R. 197.

Enfin, lorsqu'une compagnie fait un emprunt ultra vires, pour payer ses dettes légitimes, les tribunaux canadiens s'alignent sur les décisions anglaises, en permettant au prêteur d'être subrogé dans les droits des créanciers ainsi payés. On a jugé ainsi dans la cause *Royal Bank v. B.C. Accident*. (1)

La confusion de la jurisprudence rend bien compte de la nécessité pour le législateur d'asseoir plus solidement les intérêts en présence, non en garantissant la remise des parties dans leur position antérieure, mais en consolidant les transactions considérées auparavant comme ultra vires.

(1) 1917, 35 D.L.R. 650 (Cour d'Appel de Colombie-Britannique).

Chapitre 2 - Les solutions proposées.

Le manque de clarté constaté précédemment dans la doctrine de l'ultra vires a suscité de nombreuses suggestions et recommandations, tant du côté anglo-saxon qu'européen. Ainsi en Angleterre, le rapport Cohen de 1945 avait proposé que la clause d'objets n'ait d'effet qu'entre la compagnie et ses actionnaires tandis qu'à l'égard des tiers, la compagnie aurait tous les pouvoirs d'une personne naturelle. ⁽¹⁾ Le Comité Jenkins en 1962 recommanda, comme conséquence inévitable de cette proposition, que la doctrine du constructive notice soit abolie. On sait que cette doctrine a pour objet, elle aussi, la protection des actionnaires et de la compagnie. En effet, les tiers étant présumés avoir connaissance des documents publics de celle-ci, il s'ensuit nécessairement qu'ils ne peuvent invoquer l'autorité apparente d'un agent de la compagnie si ses pouvoirs sont décrits dans les documents. Comme le note Léon Getz, ⁽²⁾ un abandon de cette doctrine entraînerait un affaiblissement de la protection des actionnaires tandis que celle des tiers se trouverait renforcée.

En Europe, la directive du 9 mars 1968, directement inspirée par la loi allemande, contient également certaines dispositions relatives à l'ultra vires et à la présomption de connaissance des statuts.

Bien que le principe de l'arrêt Bonanza Creek ait été maintes fois contesté, il n'en reste pas moins qu'il offrait une solution attrayante aux difficultés soulevées par la doctrine de l'ultra vires. Le législateur n'est en fait jamais intervenu expressément pour en amoindrir la portée.

(1) Gower, L.C.B., op. cit., p. 98; et voir le Draft Ghana Companies Code, p. 42, commentaire de l'art. 25.

(2) Ultra Vires and Some Related Problems, 1969, 3 U.B.C. Law Review, 30, à la page 68.

Quant aux tribunaux, soulignons que la Cour d'Appel du Québec, dans la cause Remer Bros. Investment Corp. v. Robin ⁽¹⁾ n'a pas hésité à invoquer l'arrêt Bonanza pour considérer les compagnies du Québec investies des pouvoirs d'une personne naturelle. Ce point de vue fut confirmé par la Cour Suprême. ⁽²⁾ Le projet de loi C-213 a voulu consacrer légalement cet état de fait en posant des solutions sans équivoque, et en favorisant résolument la sécurité commerciale et la protection du public.

Section 1 - Réforme quant aux limitations contenues dans les statuts corporatifs.

Le projet de loi devait répondre à deux objectifs : d'une part, limiter la capacité des compagnies à l'égard de leurs actionnaires, dont l'intérêt se trouvait menacé par la rédaction de certaines clauses d'objets, d'autre part, assurer aux tiers la sauvegarde de leurs intérêts en investissant les compagnies de la capacité des personnes naturelles.

Sous-section 1 - Capacité illimitée quant aux tiers.

L'art. 15 al. 1 du projet de loi pose d'abord le principe suivant : une corporation possède pour mener son entreprise et ses affaires les droits, pouvoirs et privilèges d'une personne physique ayant sa pleine capacité. ⁽³⁾ Une proposition semblable avait déjà été faite en Angleterre par le rapport Cohen de 1945. Ainsi, le tiers faisant affaire avec une compagnie ne sera pas dans une position différente de celle du tiers traitant avec une personne physique. On ne voit pas pourquoi en effet la position du premier serait plus périlleuse que celle du second. Le législateur fédéral contourne ainsi

(1) 1965, B.R. 889, p. 904.

(2) 1966, R.C.S. 506, p. 511.

(3) L'équivalent dans le Draft Ghana Companies Code est l'art. 24.

le doute qui aurait pu être soulevé quant au caractère des lettres patentes octroyées jusqu'à présent par l'administration et non plus par le Gouverneur-général usant de la prérogative royale. L'incorporation par enregistrement préconisée par le projet de loi a justement pour objet de supprimer le caractère discrétionnaire de l'octroi du statut corporatif. L'incorporation n'est plus un privilège, mais un droit. Par ailleurs, le législateur a voulu conserver l'avantage procuré par le principe de l'arrêt Bonanza. L'assimilation des compagnies à des personnes naturelles constitue le point de départ de la réforme proposée par le projet de loi pour une meilleure protection des tiers.⁽¹⁾ Elle possède un corollaire inévitable, à savoir que les tiers ne seront plus présumés avoir connaissance des documents publics de la compagnie, du seul fait que ceux-ci ont été déposés par le Registraire (art. 17).

Le caractère irréaliste de la doctrine de la présomption de connaissance a été de nombreuses fois dénoncé, tant par les auteurs ⁽²⁾ que par les tribunaux.⁽³⁾ A l'instar du Comité Jenkins en Angleterre, le rapport Lawrence en avait déjà demandé l'abolition.⁽⁴⁾ Leon Getz pense que de toute façon cette doctrine n'apportait aux actionnaires et aux compagnies qu'une protection marginale.⁽⁵⁾ Il est vrai qu'elle

(1) Howard, J., The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada: Concepts and Policies, dans Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1972, p. 17 (36 et 37).

(2) Ballantine, on Corporations, Chicago, Callaghan & Co., 1946, p. 254. Thompson, A.R., Company Law Doctrines and Authority to Contract, 1956, 11 University of Toronto Law Journal, 248 (p. 270). Prentice, dans Ziegel, J., op. cit., vol. 1, p. 312.

(3) Kreditbank Cassel v. Schenkers Ltd., 1926, 2 K.B. 450; Juge Wright, p. 460 : "In business, they would seldom or never do so but take the risk". Sneyders Ltd. v. Furniture Finance Co. Ltd., 66 O.L.R. 79; Juge Orde, p. 88 : "There is nothing... to make mere registration notice to the world at large".

(4) Interim Report of the Select Committee on Company Law, Ontario Legislature, 1967, p. 29.

(5) op. cit., p. 71.

n'a été en fait que rarement décisive, mais il est cependant arrivé plusieurs cas où une compagnie a pu échapper à sa responsabilité grâce justement à l'application de cette doctrine. Dans la cause Ernest v. Nicholls, ⁽¹⁾ Lord Wensleydale s'exprime ainsi :

" The legislature then devised the plan of incorporating these companies, providing at the same time that all the world should have notice who were the persons authorized to bind all the shareholders, by requiring the copartnership deed to be registered, certified by the directors, and accessible to all. All persons, therefore, must take notice of the deed and the provisions of the Act. If they do not choose to acquaint themselves with the powers of the directors, it is their own fault. "

Pratiquement, les cas de responsabilité des tiers, résultant de la présomption de connaissance, sont rares, mais il n'en reste pas moins qu'elle constitue une source potentielle d'injustices. Par exemple, dans une cause émanant de la Cour d'Appel de Saskatchewan, Glasgow Lumber Co. v. Fettes, ⁽²⁾ les règlements d'une compagnie exigeaient que son sceau ne soit apposé sur un document qu'en présence de deux administrateurs. La Cour, infirmant la décision de première instance, jugea qu'un document exécuté en contravention de ces règlements ne liait pas la compagnie, pour le motif que cette exigence relative à l'apposition du sceau ne concernait pas la direction interne de la compagnie :

" I cannot agree with the conclusion of the learned judge that such requirement was a matter of the internal management of the companies, or that non compliance therewith could not affect the validity of the assignment as against

(1) 1857, 6 H.L.C. 401, à la page 418. Voir aussi Lord Halsbury dans County of Gloucester Bank v. Rudry Merthyr Steam Colliery Co., 1895, 1 Ch. 629, à la page 633.

(2) 1933, 1 D.L.R. 66.

outside parties. Under our Companies Act, s. 22, it is patent that the articles of association of a joint stock company incorporated thereunder, when filed with the Registrar as was done here, become public documents, of which all persons dealing with the company must be taken (1) to have notice ".

Le peu de portée pratique de la doctrine de la connaissance presumée, de même que son caractère irréaliste, justifiaient son abolition. De plus, le fait qu'une compagnie constituée par lettres patentes ne puisse poser un acte ultra vires si elle agit en contravention de celles-ci (arrêt Bonanza Creek) nous porte à penser que la " constructive notice " n'a jamais eu d'application aux lettres patentes, du moins en ce qui concerne les pouvoirs de la compagnie elle-même. Si l'acte n'était pas ultra vires, il n'était pas nul, et peu importe alors si le tiers est de bonne ou mauvaise foi. Même sa mauvaise foi n'aurait pu permettre à la compagnie d'invoquer la nullité de l'acte. Il nous semble par conséquent que l'art. 18a opère un léger retour en arrière, comparé à l'arrêt Bonanza, en vertu de cet article, si la compagnie arrive à prouver que le tiers savait parfaitement qu'elle excédait ses pouvoirs, elle pourra invoquer la nullité.

Après avoir fait état de la capacité générale d'une corporation, l'art. 15, al. 2 concerne plutôt la capacité extraterritoriale, matière qui a plus particulièrement fait l'objet du litige dans l'arrêt Bonanza Creek. Ayant la capacité d'une personne naturelle, une corporation peut exploiter son entreprise dans tous les endroits qu'elle juge convenables. Au Québec, la loi des pouvoirs spéciaux des corporations (2) contient déjà une disposition semblable.

(1) Juge Mackenzie, à la page 74.

(2) 1964, S.R.Q. Ch. 275, art. 1.

On a déjà décidé qu'une compagnie d'assurance peut valablement contracter à l'extérieur de la province où elle est incorporée.⁽¹⁾

Au niveau des relations contractuelles entre une corporation et les tiers, quelles seront les conséquences de l'abolition de la présomption de connaissance ? Le tiers n'étant pas censé connaître les statuts de la compagnie, celle-ci ne pourra lui opposer, à moins qu'il en ait réellement connaissance, le fait que la transaction excède ses pouvoirs. S'il est de bonne foi, la compagnie sera liée en vertu de l'art. 16, al. 3 du projet de loi : "Nul acte d'une corporation, y compris le transfert de biens à une corporation ou par les soins de celle-ci, n'est nul pour le seul motif que cet acte ou ce transfert est contraire à ses statuts ou à la présente loi." ⁽²⁾ Encore faut-il que la compagnie se trouve engagée par un agent qui possède l'autorité requise pour le faire. Si par exemple, la compagnie s'engage dans une activité ultra vires, par l'expression de la volonté du conseil d'administration, la compagnie ne pourra invoquer le défaut d'autorité du conseil, car celui-ci est le seul habilité à administrer les affaires de la compagnie. Il ne possède pas d'autorité usuelle ou apparente, mais une autorité illimitée à l'égard des tiers de bonne foi. Tant et aussi longtemps que les administrateurs agissent collégialement, la compagnie est engagée par les actes qu'ils posent en son nom. L'art. 16, al.1 dispose en effet qu'il n'est pas nécessaire que la corporation adopte un règlement pour conférer à ses administrateurs un pouvoir particulier.

(1) Canadian Pacific Railway Co. v. Ottawa Fire Insurance Co., 1908, 39 R.C.S. 405; Kittles v. Colonial Assurance Co., 1917, 35 D.L.R. 588.

(2) " This section fully maintains whatever protection to members the ultra vires rule may provide, while preventing it from causing hardship to third parties." Gower, commentant l'art. 25 du Draft Ghana Companies Code, p.42 ; cet article correspond à l'art. 16 du projet canadien.

Si donc une corporation contracte, par l'intermédiaire de son conseil d'administration, avec un tiers de bonne foi, mais d'une manière contraire à son acte constitutif, la transaction sera valide et personne ne pourra en alléguer la nullité.

Soulignons que la directive européenne du 9 mars 1968 a adopté une disposition substantiellement semblable.⁽¹⁾ Son art. 9, al. 1 est à l'effet que la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Cette disposition a été incorporée dans les lois des différents états membres de la C.E.F., mais certains pays comme la France se sont crus justifiés d'utiliser la réserve prévue par la directive. Cette réserve permet aux législations nationales de prévoir que la société ne sera pas engagée si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. C'est en fait exactement la position adoptée par le projet de loi canadien. La France a usé de cette réserve.⁽²⁾ Cependant, la loi allemande, plus soucieuse de l'intérêt et de la protection des tiers, prévoit que la société sera engagée même si le tiers connaissait réellement le dépassement de l'objet social. Pour que le dépassement puisse être opposé au tiers comme motif de nullité de la transaction, la société devra prouver collusion du tiers et de l'agent social ou encore connaissance d'un abus par le tiers.

(1) Ripert et Roblot, Traité élémentaire de Droit Commercial, Paris, L.G.D.J., 1972, no 1294.1. Houin, R., Où en est le droit des sociétés dans le Marché Commun ?, 1968, 4 Revue trimestrielle de Droit Européen, p. 131 (139). Loussouarn, Y., Les sociétés et la C.E.E., 1971, Revue du Marché Commun, p. 59 (71 et 72).

(2) Ordonnance du 20 décembre 1969.

Dans les autres pays, il lui suffira d'établir la connaissance du tiers.⁽¹⁾

Qu'arrivera-t-il, en vertu du projet de loi C-213, si le tiers contracte avec un simple agent de la compagnie, par exemple un administrateur, mais toujours en contravention des pouvoirs de la compagnie ? En supposant que le tiers est de bonne foi, la compagnie sera-t-elle liée ? Si l'agent corporatif agit à l'intérieur de son autorité apparente ou habituelle, la compagnie sera liée.

A première vue, il semble difficile d'imaginer comment un acte peut être à l'intérieur des limites de l'autorité d'un administrateur et en même temps hors des capacités et pouvoirs de la compagnie elle-même. Pour paradoxale que la situation puisse paraître, elle n'est pas inconcevable :

" The authority conferred by the shareholders upon the directors and officers is limited to intra vires business, but transactions which are ultra vires may be within the apparent scope of the authority of the directors or officers. Consequently, when the latter act within the apparent scope of their authority, they may bind the corporation, whether the particular transaction is intra vires or ultra vires. " (2)

Reprenons par exemple la cause du Manitoba, déjà mentionnée, *Trades Hall Co. v. Erie Tobacco Co.*⁽³⁾ Il s'agissait d'une compagnie propriétaire d'un immeuble de rapport dans lequel elle avait établi une tabagie pour l'accomodement des locataires. Le gérant de la tabagie avait acheté au nom de *Trades Hall Co.* une certaine quantité de tabac; la compagnie

(1) Van Ommeslaghe, P., La première directive du 9 mars en matière de sociétés, 1969, Cahiers de Droit Européen, p. 619 (630).

(2) Stevens, On Corporations, 2e ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1949, p. 775.

(3) 1916, 29 D.L.R. 779.

agissait ultra vires et l'acte était donc absolument nul. Si cette affaire devait se décider en vertu des dispositions du projet de loi, la transaction serait-elle considérée nulle ? Nous ne le pensons pas. Il entre parfaitement dans l'autorité habituelle ou apparente du gérant d'une tabagie de passer des commandes de marchandises relatives à ce genre de commerce. Peu importe si la compagnie Trades Hall agissait ultra vires en établissant un tel commerce. Erie Tobacco Co. n'était pas censée le savoir (art. 17).

Supposons ici que le concierge de l'immeuble ait décidé d'emprunter au nom de Trades Hall Co., une certaine somme à une banque, en offrant l'immeuble en garantie. Supposons par ailleurs que les statuts de la compagnie fassent interdiction à celle-ci de contracter des emprunts sur la garantie de l'immeuble. Trades Hall Co. aurait pu alors désavouer la transaction et n'aurait pas été liée car il n'est pas de l'autorité habituelle d'un simple gérant de magasin de contracter un emprunt au nom de la corporation.

L'abolition de la présomption de connaissance et l'octroi d'une capacité illimitée aux corporations a pour effet de faire reposer les relations entre celles-ci et les tiers uniquement sur la notion de mandat. Les tiers auront toujours l'obligation de tenir compte des limites à l'autorité actuelle ou apparente des agents corporatifs (art. 18d). La validité des actes accomplis en contravention des statuts corporatifs n'y change rien. Elle demeure sujette à la capacité de l'agent qui les pose. En d'autres mots, l'extension des pouvoirs de la corporation ne modifie pas les pouvoirs de ses préposés. La corporation ne sera pas liée par un acte posé en contravention de ses statuts par un agent qui n'aurait pas eu le pouvoir de le poser si l'acte avait été intra vires de la corporation.

Sous-section 2 - Capacité limitée quant aux actionnaires.

L'octroi d'une capacité illimitée aux compagnies quant aux tiers ne doit pas faire perdre de vue l'intérêt des actionnaires. Ceux-ci sont en droit de s'attendre à ce que l'entreprise de la compagnie soit conduite selon les clauses de l'acte constitutif et des règlements. L'assouplissement de la doctrine de l'ultra vires quant aux tiers se traduit par un accroissement de la responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires. Le rapport Lawrence pensait déjà que " an extension and clarification of the duties and responsibilities of directors towards the company and its shareholders is a more desirable route by which to achieve protection of creditors than is the unclear ultra vires doctrine " .

On a constaté ces dernières années un certain relâchement dans la protection que la doctrine était censée procurer aux actionnaires. Cela vient du fait qu'un usage assez courant s'est développé, consistant à insérer dans l'acte constitutif des compagnies une petite phrase habile et vague, permettant de rendre très élastique la clause d'objets. Les tribunaux anglais et canadiens ont admis la légalité de ces clauses. La situation est bien exprimée par ce passage de Lord Parker of Waddington dans l'arrêt *Cotman v. Brougham* ⁽¹⁾ :

" The question whether or not a company can be wound up for failure of substratum is a question of equity between a company and its shareholders. The question whether or not a transaction is ultra vires is a question of law between a company and a third party. The truth is that the statement of a company's objects in its memorandum is intended to serve a double

(1) 1918, A.C. 514, à la page 520.

purpose. In the first place, it gives protection to subscribers, who learn from it the purposes to which their money can be applied. In the second place, it gives protection to persons who deal with the company, and who can infer from it the extent of the company's powers. The narrower the objects expressed in the memorandum, the less is the subscriber's risk, but the wider such objects, the greater is the security of those who transact business with a company. "

Dans l'affaire *Anglo-Overseas Agencies v. Green* ⁽¹⁾, il s'agissait d'une compagnie qui avait pour objet principal l'import-export. Egalement, une clause particulière lui permettait d'acquérir des droits de concession et des contrats. La compagnie avait engagé les défendeurs à obtenir un bail emphytéotique et les avait par la suite poursuivis en dommages-intérêts pour collusion frauduleuse et infraction au contrat d'emploi. La défense invoqua le fait que l'acquisition du bail était ultra vires de la compagnie. Le tribunal décida que la clause permettant d'acquérir des concessions ne devait pas être interprétée restrictivement par rapport à l'objet principal de la compagnie. L'acquisition du bail n'était donc pas ultra vires. Longtemps avant cette affaire, la Chambre des Lords avait déjà eu l'occasion d'admettre que " whatever may fairly be regarded as incidental to or consequential upon the specified objects ought not, unless expressly prohibited, to be held by judicial construction, to be ultra vires ". ⁽²⁾

Même si l'on peut admettre qu'une compagnie est nécessairement investie des pouvoirs ancillaires nécessaires à la réalisation de son objet, l'usage des clauses universelles

(1) 1961, 1 Q.B. 1.

(2) *Attorney-general v. Great-Eastern Railway Co.*, 1880, 5 A.C. 473; Lord Shelborne, p. 478.

se trouve à accroître indûment le risque couru par les actionnaires. Ainsi, la jurisprudence a récemment reconnu la validité du memorandum d'une compagnie d'exploitation foncière, memorandum qui mentionnait entr'autres objets, l'exercice d'activités " whatever which can, in the opinion of the board of directors, be advantageously carried on by the company in connection with or as ancillary to any of the above business or the general business ".⁽¹⁾

Certains auteurs n'ont pas manqué de mettre en évidence le danger de cette pratique qui accorde aux administrateurs entière discrétion pour étendre comme bon leur semble les activités de la compagnie. Leon Getz par exemple, pense que des clauses semblables " represent a serious attenuation of shareholder control over management ".⁽²⁾ Malgré tout, la jurisprudence, étant d'avis par ailleurs que le memorandum et les articles d'association constituent un contrat entre la compagnie et ses membres ⁽³⁾, pense que l'actionnaire ne doit s'en prendre qu'à lui-même si après en avoir pris connaissance, il décide quand même d'investir dans la compagnie concernée :

" The shareholders subscribe their money on the basis of the memorandum of association and if that confers the power on directors to decide whether in their opinion it is proper to undertake particular business in the circumstances specified, why should not their decision be binding ? The shareholders by taking shares on the terms of the memorandum agreed to it." ⁽⁴⁾

(1) Bell Houses v. City Wall Properties Ltd., 1966, 2 All E.R. 674, infirmant 1965, 3 All E.R. 427. Pour une décision canadienne, voir H. & H. Logging Ltd. v. Random Services Ltd. 1967, 63 D.L.R. 2d. 6.

(2) op. cit., p. 57.

(3) Hickman v. Kent & Romney Sheep-Breeders Ass., 1915, 1 Ch. 881. (4) Bell Houses v. City Wall Properties Ltd., 1966, 2 All E.R. 674; Lord Danckwerts, p. 683.

Le projet de loi ne prohibe pas expressément les clauses à portée générale. En fait, accorder à la compagnie la capacité d'une personne naturelle, c'est déjà en reconnaître la validité. Mais à l'égard des actionnaires, le projet a voulu limiter cette capacité dans les termes suivants : " Une corporation ne doit exploiter aucune entreprise ni exercer aucun pouvoir que ses statuts lui interdisent d'exploiter ou d'exercer, de même qu'elle ne doit pas exercer l'un quelconque de ses pouvoirs d'une manière contraire à ses statuts ".⁽¹⁾

La première observation à faire est que la compagnie peut faire tout ce qui n'est pas expressément prohibé par ses statuts. Mais de toute façon, en vertu de l'art. 16, al. 3, la violation d'une prohibition expresse de ces statuts sera inopposable à un tiers de bonne foi (art. 18a).

La deuxième observation est que les actionnaires ne pourront jamais se plaindre d'une activité qui n'est pas interdite par les statuts, même si elle n'y est pas prévue ou permise expressément. Les administrateurs eux-mêmes ne pourront désavouer la transaction intervenue en vertu de cette activité, car la question de bonne ou mauvaise foi du tiers ne saurait ici entrer en ligne de compte. Finalement, la seule circonstance où l'acte posé peut être attaqué ne survient que lorsque la compagnie contrevient à une prohibition expresse de ses statuts.

Il convient de mettre en lumière plusieurs éventualités : d'abord, si le tiers est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignore que la compagnie enfreint ses statuts, ni elle ni ses actionnaires ne pourront lui en opposer la nullité. Le règlement de la situation devra alors se faire au niveau interne de la compagnie. De toute façon, si l'acte normalement reprochable s'est avéré profitable pour celle-ci, il est sûr

(1) art. 16, al. 2. Voir aussi art. 25, al. 1 du Draft Ghana Companies Code.

que personne ne s'en plaindra. Mais si l'acte s'est avéré néfaste, un actionnaire, même minoritaire, devrait alors avoir un recours contre les administrateurs, en prenant une action dérivative, en vertu de l'art. 229, au nom de la compagnie.⁽¹⁾ Le Rapport Dickerson, il est vrai, prévoit la possibilité de retrait de l'actionnaire minoritaire dissident,⁽²⁾ mais cela ne concerne que la modification de structure de la compagnie, et non la violation d'une prohibition expresse de ses statuts. C'est seulement si la majorité des actionnaires décide de modifier les statuts, que l'actionnaire dissident n'aura que le choix de se retirer. Mais en attendant, il est en droit de faire respecter les statuts actuels. Les actionnaires peuvent ratifier la violation d'une clause concernant la régie interne de la corporation, mais cela ne permet pas de conclure que la violation des clauses concernant les pouvoirs et objets de la corporation elle-même peut être ratifiée par la majorité. D'ailleurs, la jurisprudence a non seulement admis que les statuts corporatifs constituent un contrat entre la compagnie et ses actionnaires, mais encore un contrat entre les actionnaires tout simplement.⁽³⁾ Les clauses des pouvoirs et objets de la compagnie constituent le fondement même de son existence, et il nous semble ne faire aucun doute que la prohibition expresse de l'art. 16, al. 2 permet à un actionnaire minoritaire d'en exiger le respect. Au demeurant, selon l'art. 114, al. 2, les administrateurs devraient être responsables des dommages causés à la compagnie par la violation de ses statuts :

(1) Rapport Dickerson, vol. 1, no 482; vol. 2, art. 3.03
 (1) (c), p. 14. *Burrows v. Becker*, 1969 R.C.S. 162, p. 174.

(2) Rapport Dickerson, vol 1, no 347.

(3) *Rayfield v. Hands*, 1960, Ch. 1. Voir aussi *Wood v. Odessa Waterworks Co.*, 1889, 42 Ch.D. 636; *Juge Stirling*, p. 642. *Contra*, *Welton v. Saffery*, 1897, A.C. 299; *Lord Herschell*, p. 315.

" Tout administrateur et dirigeant d'une corporation doit se conformer à la présente loi, à ses règlements d'application, aux statuts, aux règlements de la corporation et à toute convention unanime des actionnaires ".

Maintenant, si le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait que l'acte posé était contraire aux statuts, la corporation pourra toujours en invoquer la nullité et la décision n'appartient ici qu'aux administrateurs. Cependant, si l'acte est au détriment de la corporation et que les administrateurs refusent d'agir, un actionnaire pourrait le faire à leur place, en vertu de la règle précédente.

Un actionnaire pourrait-il empêcher qu'un acte soit posé par la corporation en violation d'une prohibition expresse de ses statuts ? La réponse est affirmative :

" The effect of the restriction (i.e. celle posée par l'art. 16, al. 2) is to entitle the shareholder to seek an injunction or an order to set aside an existing contract ". (1)

Il convient de mentionner ici l'art. 25, al. 4 du Draft Ghana Companies Code qui accorde le recours de l'injonction non seulement à l'actionnaire, mais aussi au créancier obligataire : " On the application of any member of the company, or the holder of any debenture secured by a floating charge over all or any of the company's property or by the trustee for the holders of any such debentures, the court may prohibit by injunction the doing of any act or the conveyance or transfer of any property in breach of subsection 1 of this section ". (2)

Fraser & Stewart mentionnent (3) le jugement *Caufield v.*

(1) Ziegel, J., op. cit., vol. 2 (1973), p. 19.

(2) Selon nous, le créancier obligataire a les mêmes droits que l'actionnaire sous le projet de loi canadien : Rapport Dickerson, vol. 2, art. 3.03 (1), p. 14.

(3) op. cit., p. 675. .

Sunland Biscuit Co.⁽¹⁾, dans lequel la Cour Suprême de l'Alberta a maintenu une injonction pour empêcher une assemblée d'actionnaires d'approuver des attributions illégales d'actions. Dans *Jenkin v. Pharmaceutical Society of Great Britain* ⁽²⁾, le juge Peterson est également d'avis que " if the society in the present case intends to do acts which are not authorized by its charter, a member is entitled to ask for an injunction restraining the commission of acts which are outside of the scope of the charter and which may result in the forfeiture of the charter and the destruction of the society ".

(1) 1941, 4 D.L.R. 714.

(2) 1921, 1 Ch. 392, à la page 400. Au même effet, *Dickson v. Pharmaceutical Society of Great Britain*, 1966, 3 All E.R. 404; *Hoole v. Great Western Railway Co.*, 1868, 3 Ch. A. 262.

Section 2 - Réforme quant aux limitations légales.

L'art. 16, al. 3 du projet de loi prévoit que nul acte d'une corporation n'est nul pour le seul motif que cet acte est contraire à la présente loi. Cette disposition anéantit le fondement même de la théorie de l'ultra vires, établi dans l'arrêt Ashbury. Même le Business Corporation Act de l'Ontario, à l'art. 16, al. 1, maintient la nullité absolue des actes accomplis par une corporation en contravention de la loi.

Cette initiative du projet de loi fédéral n'est sans doute pas dénuée de bon sens. On peut considérer ultra vires, comme l'a fait l'arrêt Ashbury, les dépassements de pouvoir d'une compagnie en contravention de son memorandum of association, mais comment considérer ultra vires un acte qui est déjà illégal en lui-même :

" It is better to restrict the expression ultra vires to those things which a company is incapable of doing because they are not authorized by its memorandum ; there is no need to invoke it in connection with activities which are prohibited even though (1) authorized in the memorandum ".

Pour Fraser & Stewart, la distinction entre une transaction illégale et une transaction ultra vires est que " no right enforceable in a court of justice can be maintained on an illegal transaction, but a party may come into court and set up the existence of and the incompetence of a party to bind himself by a transaction which is ultra vires ". (2)

On doit noter que la directive européenne du 9 mars 1968

(1) Gower, L.C.B., op. cit., p. 87.

(2) op. cit., p. 60.

a maintenu la théorie de la spécialité de l'objet social pour les actes posés par une société anonyme en contravention des dispositions légales.⁽¹⁾

La disposition de l'art. 16, al. 3 est intéressante parce qu'initialement, le Rapport Dickerson réservait encore l'application de l'ultra vires aux actes posés en contravention de la loi.⁽²⁾

Le caractère ultra vires de certains actes illégaux accomplis par une corporation avait déjà été contesté par la jurisprudence, pour le motif que ces actes rendaient déjà les administrateurs civilement responsables à l'égard de la corporation, sans qu'une faute ait besoin d'être prouvée. Ainsi, l'art. 92 de la loi québécoise des compagnies ⁽³⁾ déclare que la compagnie ne peut faire de prêt à aucun de ses actionnaires, et si quelque prêt semblable se fait, les administrateurs qui l'ont effectué sont conjointement et solidairement responsables envers la compagnie et ses créanciers de la somme prêtée et de l'intérêt.

La Cour Suprême du Canada, dans Eansor v. Eansor ⁽⁴⁾, devait considérer l'art. 96 de la loi des compagnies de l'Ontario de 1937 ⁽⁵⁾, concernant la prohibition des prêts aux actionnaires. Le juge Kellock, contestant la nullité du prêt, affirme :

" It would be absurd, in my opinion to suggest that the result of the section is that the transaction is void and that there is no debt to be recovered by the company. The

(1) art. 9. Et voir Van Omme-slaghe, P., op. cit., p. 629.

(2) vol. 2, art. 3.02, p. 14.

(3) 1964, S.R.Q. Ch. 271. Aussi, art. 17 de la loi fédérale, et 40 du projet de loi C-213.

(4) 1946, R.C.S. 54.

(5) 1937, R.S.O. Ch. 251.

whole object of the section, in my opinion, is to safeguard the assets of the company which would be defeated if the monies lent could not be recovered from the borrowers, and the directors and officers, as might well be the case, were insolvent". (1)

Nous pensons comme Martel⁽²⁾ que le fait que les administrateurs soient responsables envers la compagnie pour un prêt à un actionnaire ne supprime pas le caractère ultra vires et par conséquent la nullité de l'acte posé. Cependant, la nullité d'un dividende illégal est beaucoup plus fonction de la bonne ou mauvaise foi de l'actionnaire qui le reçoit que de la théorie de l'ultra vires. S'il est de bonne foi au moment de la réception du dividende, il pourra normalement le conserver, ce qui va à l'encontre de la théorie. Le projet de loi n'apporte pas une solution différente et en vertu de l'art. 16, al. 3, les actes illégaux ne seraient pas nuls a priori. C'est pourquoi il convient d'étudier parmi d'autres deux situations au regard de cette disposition: d'abord, nous verrons quelles sont les conséquences du paiement d'un dividende fictif, ensuite, celles découlant de l'émission d'actions non libérées. L'art. 25, al. 3 prévoit en effet que les actions doivent être libérées dès leur émission. Donc, pas d'achat d'actions à credit.⁽³⁾

Sous-section 1 - Le paiement de dividendes fictifs.

Une corporation ne doit pas, dit l'art. 38, déclarer ni verser de dividende s'il y a des motifs sérieux de croire

a) qu'elle est ou deviendrait, à la suite du versement de celui-ci, incapable d'honorer ses paiements à leur échéance ; ou

b) que la valeur de réalisation de l'actif de la

(1) à la page 73

(2) op. cit., vol. 1, p. 98.

(3) L'utilité de cette mesure est commentée par le Rapport Dickerson, vol. 1, no 104.

corporation serait de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré de toutes les catégories d'actions.

Conformément à l'art. 16, al. 3, un dividende payé en contravention de l'art. 38 ne sera pas nul pour ce motif. Pourtant nous allons voir qu'à bien considérer la jurisprudence antérieure le projet de loi n'opère pas de véritable changement en matière de dividendes fictifs. Un acte contraire à l'art. 38 ne sera pas nul pour ce seul motif, mais il sera très souvent annulable en pratique. En effet, la connaissance presque inévitable des bénéficiaires de tels dividendes quant à la source dont ils proviennent constitue un motif suffisant que la corporation pourra invoquer pour faire annuler l'acte. D'ailleurs, l'illégalité d'un dividende fait beaucoup plus intervenir la question de bonne foi de ceux qui le reçoivent, que la question de la nullité de l'acte en lui-même. La Cour d'Appel du Québec a déjà reconnu dans l'arrêt *Hyde v. Scott* ⁽¹⁾ qu'un actionnaire de bonne foi n'aurait pas l'obligation de restituer un dividende fictif. ⁽²⁾

" Peut-être qu'un actionnaire de bonnefoi qui recevrait des dividendes irrégulièrement déclarés pourrait être libéré de l'obligation de les restituer. L'intimé est-il dans cette position ? Il a reçu lui-même directement les instructions du président de la compagnie de construction et il connaissait tous les détails de la transaction de sorte qu'il ne peut plaider bonne foi ". ⁽³⁾

Maintenant, considérons l'affaire *Towers v. African Tug Co.* ⁽⁴⁾ Les administrateurs d'une compagnie avaient illégalement, bien qu'honnêtement, payé un dividende entamant

(1) 1919, 28 B.R. 80.

(2) *Contra*, Fraser & Stewart, op. cit., p. 547.

(3) Juge Carroll, p. 88.

(4) 1904, 1 Ch. 558.

le capital de la compagnie. En 1903, deux des actionnaires qui avaient reçu par ailleurs leurs portions du dividende, dirigèrent une action contre les administrateurs pour les obliger à repayer à la compagnie le montant du dividende, alléguant la violation de leurs devoirs fiduciaires à l'égard de la compagnie. La cour refusa de se rendre à cet argument, considérant que " an action cannot be brought by an individual shareholder complaining of an act which is ultra vires if he himself has in his pocket at the time he brings the action some of the proceeds of that very ultra vires act ". (1)

Les actionnaires ne sauraient donc invoquer la seule responsabilité des administrateurs, s'ils ont eux-mêmes consenti implicitement, par leur connaissance des faits, à la distribution du dividende. Ne pourrait-on, par ailleurs, inférer qu'un actionnaire a nécessairement connaissance du caractère illégal du dividende, dès qu'il prend une action impliquant la responsabilité des administrateurs ? Le seul moyen de prouver sa bonne foi serait en fait de remettre l'argent reçu avant même de prendre l'action :

" I am of opinion that the plaintiff has by his action in receiving and retaining down to the present, his portion of the dividend so paid out, with knowledge that it involved a repayment of capital, incapacitated himself from maintaining the claim now under consideration ". (2)

Donc, deux situations peuvent se présenter : ou l'actionnaire remet le dividende reçu, ce qui lui permet de prendre action contre les administrateurs en alléguant leur

(1) Juge Vaughan Williams, p. 567.

(2) Crawford v. Bathurst & Development Co. Ltd., 1916, 37 O.L.R. 611 ; Juge Masten, p. 634.

" breach of duty " à l'égard de la compagnie, ou il conserve le silence. Mais ce silence serait-il suffisant pour rendre inattaquable la distribution illégale du dividende ? La jurisprudence considère que les administrateurs ont toujours la possibilité de revendiquer au nom de la compagnie les argent distribués si les actionnaires ont consenti à leur distribution. C'est ce qui a été décidé dans le jugement *Moxham v. Grant*⁽¹⁾. Les administrateurs d'une compagnie, *Cory's Steamers Ltd.*, avaient distribué une portion de son capital parmi les actionnaires, avec le consentement de ceux-ci. La compagnie fut subséquemment liquidée et la cour de première instance ordonna aux administrateurs de rembourser au syndic les sommes distribuées, sans préjudice de leurs droits de se retourner contre les actionnaires. En appel, la question était de savoir si les administrateurs pouvaient récupérer de l'actionnaire Grant sa part du capital distribué. La cour d'appel répondit par l'affirmative, refusant de se rallier au principe selon lequel " there can be no right to indemnity between joint tortfeasors ". Le juge Collins affirme :

" It has been held over and over again that, where money is paid by a trustee in breach of trust to persons who took it knowing the payment to be a breach of trust, they and the trustee were not thereby constituted joint tortfeasors ". (2)

La conclusion à tirer est que si la connaissance de l'actionnaire quant à la nature de l'acte posé, ne les rend pas, lui et les administrateurs, "joint tortfeasors" dans de telles circonstances, et par conséquent solidaires, l'absence de cette connaissance aura pour effet de protéger adéquatement l'actionnaire. La compagnie ne pourra alléguer la nullité

(1) 1900, 1 Q.B. 88.

(2) à la page 93.

du dividende du seul fait qu'il est illégal. Elle devra invoquer un autre motif de nullité, par exemple justement la connaissance de l'actionnaire que le dividende est illégal. En matière de dividendes illégaux, le projet de loi se trouve donc à maintenir la jurisprudence antérieure.

Il peut sembler curieux que l'art. 18a ne parle pas de l'inobservation de la loi, mais seulement de celle des statuts corporatifs. Il prévoit en effet qu'une corporation ne peut faire valoir contre quiconque a traité avec elle que les statuts, les règlements et toute convention unanime des actionnaires n'ont pas été observés. Mais en fait, cette omission est à l'avantage de la corporation. Ainsi, lorsque les statuts ou les règlements n'ont pas été observés, la seule façon pour la corporation de faire valoir ce fait contre le tiers sera de prouver qu'il avait ou aurait dû en avoir connaissance. Alors que si c'est la loi qui n'a pas été observée, la corporation ne sera pas limitée à faire valoir ce seul fait. Elle pourra démontrer par exemple que l'acte est non seulement contraire à la présente loi (i.e. au projet de loi C-213), mais aussi à une autre loi.⁽¹⁾ Le titre III du projet de loi limite d'une manière assez considérable en fait les cas où la corporation ne pourra pas invoquer la violation de la "présente loi". Si les mots " la présente loi " avait été inclus dans l'art. 18a, l'art. 18f aurait été alors inutile. Finalement, les seuls cas où la corporation pourra invoquer uniquement la connaissance du tiers lorsque " la présente loi " aura été violée, sont les cas prévus aux articles 40, al. 4 et 179, al. 2. Dans tous les autres cas, elle aura la liberté d'invoquer tous les moyens possibles pour faire déclarer la nullité de l'acte. La loi n'a pas voulu limiter ces moyens à la seule connaissance du tiers.

La compagnie devra prouver que l'actionnaire connaissait

⁽¹⁾ Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co., 1923 R.C.S. 618.

l'illégalité du dividende.⁽¹⁾ Si tous les actionnaires d'une compagnie reçoivent ainsi un dividende qui est à leur insu contraire à l'art. 38⁽²⁾, les administrateurs encourent de ce fait la responsabilité prévue à l'art. 114, al. 3 : " Aucune disposition d'un contrat, des statuts, des règlements, ou d'une résolution n'a pour effet de dispenser un administrateur ou un dirigeant du devoir d'agir conformément à la présente loi, à ses règlements d'application, ni de le décharger de sa responsabilité s'il y contrevient ".⁽³⁾

Les administrateurs devront généralement rendre compte à la compagnie lors de la liquidation de celle-ci⁽⁴⁾, sauf ceux qui n'ont pas concouru à l'acte reproché. La consignation par un administrateur de sa dissidence (art. 115, al. 1 et 3), ou sa bonne foi (art. 115, al. 4) auront pour effet de l'exonérer. Ainsi, dans l'arrêt *Dovey v. Cory*⁽⁵⁾, un administrateur d'une banque avait, sur de faux rapports fournis par le président et le gérant général, consenti en toute bonne foi, au paiement d'un dividende entamant le capital de la banque. Lord Halsbury, tout en répugnant à se prononcer sur l'épineuse question de savoir si un administrateur de bonne foi peut être exonéré de toute responsabilité quant à un dividende illégal, y répond indirectement lorsqu'il déclare :

" I cannot think that it can be expected of a director that he should be watching either the inferior officers of the bank or verifying the calculations of the

(1) Il est intéressant de remarquer que l'art. 71, al. 2 du Draft Ghana Companies Code oblige les actionnaires d'une compagnie privée à remettre le dividende illégal, même s'ils sont de bonne foi " for they had no right to the dividend and it should be they who suffer rather than innocent creditors " : Gower, p. 72, no 9. Quant aux actionnaires de compagnies publiques, leur bonne foi les exempte de la restitution (art. 292).

(2) Ce qui peut arriver puisque l'art. 99, al. 2 permet aux administrateurs de ne pas être actionnaires de la compagnie.

(3) Ziegel qualifie cette disposition de trop draconienne, op. cit., vol. 2 (1973), p. 51.

(4) *F.M. Merritt & Co. Ltd. & Hart v. Merritt*, 1924, 30, R.L. n.s. 264; *Hart v. Merritt*, 1924, 62 C.S. 313.

(5) 1901, A.C. 477. Sur cette question, voir Giguère, M, op. cit., p. 62 et ss.

auditors himself. The business of life could not go on if people could not trust those who are put into a position of trust for the express purpose of attending to details of management ". (1)

L'exonération de responsabilité pour l'administrateur de bonne foi en matière de dividendes illégaux est d'ailleurs expressément admise dans les jugements in re Denham & Co. (2) et Smith v. Henderson (3).

Maintenant, si tous les actionnaires sont de mauvaise foi, et les administrateurs seront encore responsables envers la compagnie, mais ils auront alors un recours contre eux. Le liquidateur pourrait même prendre directement action contre les actionnaires (4).

Supposons par contre que seule une catégorie d'actionnaires reçoive un dividende dont ils ne connaissent pas l'origine illégale. Un actionnaire d'une autre catégorie et informé de cette origine peut-il prendre action au nom de la compagnie contre les administrateurs ? Cette éventualité surviendra la plupart du temps lorsque les administrateurs feront partie, en tant qu'actionnaires, de la catégorie gratifiée. Ils ne seront pas intéressés à se censurer en prenant une action au nom de la compagnie. Dans un tel cas, un actionnaire d'une autre catégorie pourra prendre action. D'ailleurs, l'art. 71, al. 3 du Draft Ghana Companies Code permet à un actionnaire de prendre une injonction pour empêcher la distribution d'un dividende illégal ou en exiger la restitution.

De plus, même si, en vertu du projet de loi, un acte illégal n'est pas nul de ce seul fait, cela ne le rend pas pour

(1) à la page 486.

(2) 1884, 25 Ch. D. 752.

(3) 1921, 1 D.L.R. 863. (Cour Supérieure du Québec).

Contra, *Meyer Malt & Grain Corp. v. Coombs*, 1932, O.R. 478, infirmé sur un autre motif par 1933, O.R. 259. Martel, op. cit., vol. p. 366.

(4) *Hyde v. Scott*, 1919, 28 B.R. 80.

autant ratifiable. Un seul actionnaire pourra donc se pourvoir par action dérivative si les administrateurs déclarent un dividende illégal. En effet, un dividende entamant le capital cause un dommage à la compagnie elle-même et non seulement aux actionnaires concernés personnellement :

" Where the persons against whom the relief is sought themselves hold and control the majority of the shares in the company, and will not permit an action to be brought in the name of the company, the courts allow the shareholders complaining to bring an action (1) in their own names. "

Dans un cas de dividendes illégaux, le contrôle des administrateurs ne repose pas nécessairement sur le fait qu'ils sont actionnaires majoritaires, mais sur le fait qu'ils sont les seuls selon la loi canadienne à pouvoir déclarer des dividendes.

Sous-section 2 - L'émission d'actions non libérées.

L'art. 25, al. 3 du projet de loi oblige la compagnie à n'émettre des actions qu'à la condition qu'elles soient immédiatement libérées. Qu'arrivera-t-il alors si elle émet des actions à un souscripteur sans exiger en retour une libération immédiate de celles-ci ? Envisageons d'abord la position de la compagnie à l'égard du souscripteur. Pourra-t-elle faire valoir contre lui que la loi n'a pas été observée, et invoquer la nullité de la transaction en alléguant sa mauvaise foi du fait de ses relations avec la compagnie ? Nous ne le pensons pas. Le souscripteur ne devient pas de mauvaise foi du seul fait de la souscription, et à ce moment-là, il est encore un tiers, donc sans relation particulière avec la compagnie. L'émission d'actions non libérées constitue par

(1) *Burland v. Earle*, 1902, A.C. 83; Lord Davey, p. 93.

conséquent un contrat valable, bien qu'illégal, et le souscripteur peut en exiger l'exécution. Sa bonne foi présumée empêche la compagnie de s'y soustraire et oblige celle-ci à respecter les conditions du contrat quant au paiement des actions. Elle ne peut en exiger le paiement immédiat, ni, dans le cas de refus du souscripteur de satisfaire à cette exigence, déchoir celui-ci du droit aux actions souscrites.

Considérons maintenant la position du souscripteur à l'égard de la compagnie. Pourrait-il refuser le paiement des actions en invoquant l'illégalité et le caractère ultra-vires de la transaction ? La jurisprudence est suffisamment bien établie pour répondre dans la négative. Nous avons vu dans l'arrêt canadien *Breckenridge Speedway Ltd. v. R.*⁽¹⁾ qu'un tiers ne pouvait alléguer le caractère ultra-vires d'une transaction pour s'enrichir aux dépens d'une corporation. Ce principe a été constamment appliqué et le projet de loi ne l'a pas modifié. Son art. 16, al. 3 déclare que nul acte d'une corporation n'est nul pour le seul motif qu'il est contraire à la présente loi. Justement, le seul fait que l'acte ne soit pas nul permet à la compagnie d'obliger le souscripteur à payer le montant de ses actions. L'art. 16, al. 3 a sans doute voulu protéger les tiers mais il n'a sûrement pas voulu préjudicier à la compagnie. Et le souscripteur ne saurait invoquer l'art. 25, al. 3 pour se décharger des obligations dont la compagnie lui a fait la faveur de différer l'exécution. Le fait que cette faveur soit illégale ne change rien.

Mais la situation peut se compliquer si l'actionnaire transfère ses actions sans les avoir encore payées. Il n'était pas nécessaire pour le projet de loi de restreindre le transfert des actions puisque celles-ci doivent de toute façon être libérées dès leur émission. Toutefois, les transferts d'actions demeurent sujets à l'enregistrement au registre central du siège social de la compagnie. D'autre part, l'art. 44, al. 4 prévoit

(1) 1967, 61 W.W.R. n.s. 257.

que l'enregistrement de l'émission ou du transfert d'une valeur mobilière au registre central ou à un registre local des valeurs mobilières constitue à toute fin un enregistrement complet et valide. C'est dire que l'enregistrement du transfert constitue une fin de non-recevoir pour la compagnie, si elle vient à contester la validité du droit de l'actionnaire à ses actions. Supposons alors la situation suivante : l'actionnaire transfère ses actions non libérées à un cessionnaire de bonne foi et la compagnie enregistre le transfert au registre central de son siège social. En échange de l'endossement du certificat d'actions, le cessionnaire paie à l'actionnaire le montant de ses actions. La compagnie pourra-elle exiger du cessionnaire le paiement des actions ? L'enregistrement du transfert l'empêchera de toute façon de contester le droit du cessionnaire au certificat d'actions. Quant au reste, il nous semble que la compagnie n'a aucun recours contre lui pour le paiement des actions . Le cessionnaire est en droit de présumer que l'émission des actions a été faite selon les exigences légales et il sera difficile à la compagnie de prouver qu'il était au courant de l'irrégularité. Elle était d'ailleurs à même de s'en rendre compte lorsqu'elle a procédé à l'enregistrement du transfert. La jurisprudence canadienne nous permet de plus de constater que cette solution n'est pas nouvelle. Ainsi, dans l'arrêt *Page v. Austin*⁽¹⁾, le juge Strong dit :

" When shares improperly issued as paid up have come into the hands of a subsequent transferee as a bona fide purchaser for value, who has taken them upon the representation of the proper officers of the company made to him directly, either in answer to enquiries or otherwise, or upon the faith of a representation appearing on the certi-

(1) 1880-85, 10 R.C.S. 132, à la page 154. Sur un point semblable, voir l'arrêt *Barnard v. Desautels*, 1910, 19, B.R. 114 (aux pages 121 et 122).

ificates, that the shares are paid up, it is well established that no liability, either at law or in equity, attaches to the shares in the hands of such an innocent purchaser. "

Dans *In Re Concessions Trust, McKay's Case*⁽¹⁾ on a jugé qu'un actionnaire qui avait acheté des actions comme entièrement payées et au transfert desquelles la compagnie avait consenti, ne pouvait être responsable pour les appels de versements faits sur ces actions. Le juge Vaughan Williams fait dans ce jugement plusieurs observations intéressantes concernant la distinction à faire entre les faits de cette cause et ceux de l'arrêt *Bishop v. The Balkis Consolidated*.⁽²⁾ Dans l'arrêt *Bishop*, la négation du droit du demandeur aux actions provient non pas du fait que la compagnie n'avait pas le pouvoir d'apposer son certificat au transfert, car de toute façon elle avait ce pouvoir, mais elle provient du fait que l'auteur de *Bishop*, c'est-à-dire Lupton, n'avait lui-même aucun droit sur les actions. Le transfert était par conséquent nul et le certificat de la compagnie n'aurait pu couvrir cette nullité. A notre avis, le projet de loi ne modifie absolument pas cette solution. Une compagnie ne saurait, par un acte si négligent soit-il, accorder un droit qui n'existe pas. L'art. 44, al. 4 ne lui permet pas de contester la validité de l'enregistrement du transfert, mais cela ne l'empêche pas de contester le droit aux actions.

(1) 1896, 2 Ch. 757.

(2) 1890, 25 Q.B.D. 77 et 512.

PARTIE II - Les actes ultra vires des administrateurs.

Après avoir considéré les pouvoirs des corporations à l'égard des tiers, il convient d'examiner maintenant les circonstances pouvant causer un préjudice aux tiers, non pas parce que l'acte concerné excède les droits et privilèges de la corporation, mais plutôt parce qu'il excède les capacités de ses administrateurs. Les rapports de la corporation avec les tiers sont en effet régis par une série de règles, rendues nécessaires d'une part pour assurer une saine administration, d'autre part pour éviter les abus de confiance. Le caractère fiduciaire des fonctions assumées par les administrateurs oblige ceux-ci à faire preuve de bonne foi et de loyauté à l'égard de la compagnie, et partant, à l'égard de ses actionnaires. Ainsi, l'art. 114, al. 2 prévoit que tout administrateur et dirigeant d'une corporation doit se conformer à la présente loi, à ses règlements d'application, aux statuts, aux règlements de la corporation et à toute conventions unanime des actionnaires.

Dans quelle mesure les intérêts des tiers peuvent-ils être menacés lorsque leurs relations contractuelles avec la compagnie sont entachées d'un vice de forme ou d'une quelconque irregularité ? On doit noter d'abord que les engagements pris irrégulièrement au nom d'une compagnie ne le sont pas toujours d'une façon qui laisse entrevoir la mauvaise foi des administrateurs, car, comme le souligne André Tunc,⁽¹⁾ la pression des décisions à prendre les oblige souvent à méconnaître tantôt une règle de convocation du conseil, ou une règle de quorum, tantôt une règle de présentation et vote des résolutions du conseil. Malgré cela, les tribunaux n'ont pas voulu que les tiers puissent souffrir d'une mauvaise administration de la compagnie. Généralement,

(1) Droit Anglais des Sociétés Anonymes, 1971, Paris, Dalloz, p. 131.

ils font preuve de plus de bienveillance à leur égard qu'à celui des actionnaires. Cette attitude se justifie aisément du fait que les actionnaires peuvent se garantir par les règles ~~de la responsabilité~~, par le contrôle de la gestion, éventuellement par la révocation. Au contraire, les tiers n'ont aucune action sur les administrateurs avec lesquels ils doivent entrer en contact. Au nom de l'efficacité commerciale, les tribunaux ont voulu garantir au public la possibilité de contracter avec le maximum de sécurité:

" If directors enter into a contract with a stranger which is within the scope of the objects and powers of the company and therefore intra vires of the company, but inconsistent with their fiduciary obligations to the company and the shareholders, as for example, to procure a profit for themselves, the contract is nevertheless binding upon the company, if the other party to the contract is acting in good faith ". (1)

Ce principe fut consacré en Droit Anglais par le célèbre arrêt Royal British Bank v. Turquand⁽²⁾. Cependant, on a craint qu'une règle aussi générale soit indûment étendue à des situations bien souvent sans rapport avec le but recherché. Le souci d'en limiter la portée a conduit les tribunaux à poser plusieurs critères dont l'imprécision devait retenir l'attention du Rapport Dickerson.

Après avoir examiné à la lumière de la jurisprudence, les différentes situations prévues par l'art. 18 du projet de loi C-213, nous tenterons de préciser en fonction du même article quelles sont les personnes habilitées à revendiquer la protection requise dans ces mêmes situations.

(1) The Sun Trust Co. Ltd. v. Bégin, 1937 R.C.S. 305 ; juge Duff, p. 308.

(2) 1856, 6 E&B 327.

Chapitre 1 - Les irrégularités de régie interne.

Aux fins de nos développements, nous tiendrons compte de deux éventualités possibles : d'abord le cas de défaut d'autorité des administrateurs, soit pour excès de pouvoir, soit pour absence ou irrégularité de nomination, soit encore pour vice de forme entachant l'acte concerné, ensuite le cas de fraude.

Section 1 - Le défaut d'autorité des administrateurs.

Sous-section 1 - L'excès de pouvoir.

Deux situations sont à considérer : l'excès de pouvoir des administrateurs en tant qu'organe collégial, et l'excès de pouvoir d'un administrateur en particulier.

— L'excès de pouvoir des administrateurs :

Selon l'art. 16, al.1, il n'est pas nécessaire qu'une corporation adopte un règlement pour s'attribuer ou pour conférer à ses administrateurs un pouvoir particulier. Il nous semble que cette disposition conduit logiquement à considérer le conseil d'administration comme investi d'un pouvoir illimité d'engager la compagnie. Le Rapport Dickerson milite selon nous en faveur d'une telle interprétation, en déclarant que " seule la connaissance réelle des limites à l'autorité apparente des administrateurs pourra être invoquée contre les personnes traitant avec eux ".⁽¹⁾ L'art. 16, al.1 a trait aux administrateurs en tant qu'organe collégial, c'est-à-dire au conseil d'administration. Les pouvoirs de celui-ci ne sont pas limités et même une limitation serait inopposable aux tiers, s'ils n'en ont pas connaissance. Cette disposition s'inscrit dans la ligne de pensée de celles concernant les actes ultra vires des corporations. La nullité ne sera opposable aux tiers que s'ils ont connaissance

(1) Vol. 1, no 193, p. 78.

de la limitation de pouvoir. Au niveau interne, les pouvoirs du conseil demeurent cependant limités. Ainsi, l'art. 96, al. 1 dispose que, sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs doivent administrer l'entreprise et les affaires d'une corporation. Par conséquent, ils devront répondre envers la corporation des dommages soufferts par elle et résultant de la violation des limites fixées à leurs pouvoirs.

Une disposition comparable à l'art. 16, al. 1 a été adoptée par la directive européenne du 9 mars 1968. Son art. 9, al. 2 déclare en effet que " les limitations aux pouvoirs des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ". Donc, la bonne ou mauvaise foi du tiers ne devrait pas, en vertu de la directive, entrer en ligne de compte.⁽¹⁾

— L'excès de pouvoir d'un simple administrateur.

Le cas du simple administrateur pose davantage de problèmes, car ses pouvoirs sont inséparables de la notion de délégation. Généralement, un administrateur ne peut agir seul, mais plutôt collégialement avec les autres membres du conseil. Il ne pourra engager la compagnie que s'il agit à l'intérieur de ses pouvoirs ordinaires :

" If you are dealing with a director in a matter in which normally a director would have power to act for the company, you are not obliged to inquire whether or not the formalities required by the articles have been complied with before he exercises that power ". (2)

(1) La directive s'inspire directement de la législation allemande. Voir Van Ommeslaghe, P., op. cit., p. 620. Loussouarn, Y., op. cit., p. 70, par. 43. Ripert et Roblot, op. cit., no 698.

(2) Kreditbank Cassel GmbH v. Schenkers Ltd., 1927, 1 K.B. 826; Lord Atkin, p. 844.

Lorsque la doctrine du " constructive notice " avait son plein effet, il était normal d'exiger pour que la compagnie soit liée par un simple administrateur au-delà de ses pouvoirs habituels, qu'une délégation de pouvoir ait été effectivement consentie à celui-ci par le conseil. Et si cette délégation était stipulée dans les lettres patentes, le tiers était présumé en avoir connaissance. Par contre, si à la lecture des statuts, aucun pouvoir n'avait été délégué, le tiers ne pouvait transiger avec un simple administrateur, sous peine de nullité de la transaction pour défaut de pouvoir de celui-ci. Il convient donc de se demander si cette situation a été modifiée par le projet de loi. Car à première vue, il semble impensable que le tiers ait la liberté de présumer en toute circonstance que tel ou tel administrateur est investi, par délégation, des pouvoirs normalement dévolus au conseil. Pourtant l'art. 17, abolissant la présomption de connaissance des statuts, permettrait de le supposer. Pour cette raison, il est utile de se référer au Draft Ghana Companies Code, commenté par Gower, et dont le Rapport Dickerson n'a pas manqué de s'inspirer en ce qui concerne la question des pouvoirs des agents corporatifs. L'art 18d du projet de loi est ainsi rédigé :

" une corporation ne peut faire valoir contre quiconque a traité avec elle ou avec toute personne qui a acquis des droits de cette corporation

d) qu'une personne que cette corporation a présentée comme administrateur, dirigeant ou mandataire de celle-ci n'a pas été régulièrement nommée ou n'a pas l'autorisation nécessaire pour exercer les pouvoirs et remplir les fonctions qui sont d'usage dans l'entreprise de la corporation ou habituels chez un tel administrateur, dirigeant ou mandataire.

D'abord, quels sont les pouvoirs habituels d'un simple administrateur ? Il peut assister et voter aux réunions du

conseil. Mais il n'a pas un pouvoir personnel d'engager la compagnie :

" A single director, not held out as a managing director, cannot normally act for the company, but even he may have certain powers to sign cheques, and the like " (1)

Il ne peut être investi hors de ses pouvoirs ordinaires, du pouvoir d'engager seul la compagnie, que par voie de délégation. (2) Les tiers peuvent-ils présumer cette délégation du fait qu'ils n'ont pas à se soucier du contenu des statuts (art. 17) ? Gower interprète ainsi l'art. 142, al. 2 du Code du Ghana, comparable en substance à notre art. 18d :

" It should be noted that a single director, unless appointed or held out as a committee of the board or as managing director or expressly or impliedly authorized to act in the matter, is not capable of imposing liability on the company, unless section 142.2 applies ". (3)

Cette manière de voir ne s'écarte pas de la jurisprudence actuelle (4) et nous semble juste. Il serait inconcevable d'admettre une présomption en faveur des tiers à l'effet qu'ils puissent supposer en tout état de cause que la personne à qui ils ont affaire est bien l'administrateur-gérant de la compagnie. Ils doivent se satisfaire que cette personne possède bien une autorité véritable ou apparente d'administrateur-gérant. L'autorité véritable ne peut provenir que d'une délégation de pouvoir consentie par le conseil, en vertu de l'art. 109 al. 1 du projet de loi : " Les administrateurs d'une corporation

(1) Gower, Draft Ghana Companies Code, p. 111, no 11.

(2) Dans North American Life Assurance Co. v. Silver's Ltd. (1921, 60 D.L.R. 22) on a jugé qu'un billet à ordre émis par un administrateur pour son propre bénéfice et sans autorité actuelle ne liait pas la compagnie. Mais celle-ci sera liée par la lettre de change tirée par un administrateur agissant comme comptable et auquel la compagnie a conféré une autorité apparente ; Bank of Hamilton v. Mutual Fruit Co. Ltd., 1919-21, 29 B.C.R. 448.

(3) Gower, p.110 no 4.

(4) Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd., 1964, 2 Q.B. 480.

peuvent nommer parmi eux-mêmes un administrateur-gérant ou un comité d'administrateurs et déléguer à cet administrateur-gérant ou à ce comité l'un ou plusieurs des pouvoirs qu'ils possèdent ".

L'autorité apparente peut avoir un intérêt au regard de cet article seulement lorsqu'un administrateur agit comme administrateur-gérant sans qu'aucun pouvoir ne lui ait jamais été consenti ou délégué par le conseil.⁽¹⁾ Si la personne en question a toutes les apparences d'un administrateur-gérant, la compagnie ne pourra pas nier son autorité. Un administrateur-gérant a généralement un pouvoir très vaste d'engager seul la compagnie, comme c'est le cas en France pour le président-directeur-général.⁽²⁾ On a même déjà décidé qu'une compagnie était liée par une lettre de change tirée par son administrateur-gérant bien qu'il n'ait pas eu en fait le pouvoir de le faire.⁽³⁾

Une délégation de pouvoir est généralement consentie par le conseil au moyen d'un règlement que jusqu'ici les tiers n'étaient pas présumés connaître. Par ailleurs, la jurisprudence anglaise considère les résolutions spéciales comme des documents publics.⁽⁴⁾ Il est vrai qu'au Canada seules les lettres patentes sont considérées comme documents publics, mais le fait que les règlements et résolutions des compagnies fédérales ne soient pas à la disposition du public ne saurait permettre à celui-ci de présumer des situations qui seraient à son

(1) Arrêt Freeman, précité. Lasalle Finance Co. Ltd. v. Boisclair Automobiles Ltd., 1960 B.R. 1067. Pour un exemple s'appliquant aux corporations municipales, voir Municipalité du Village de Chénéville v. H.Y. Maranda Inc., 1971 C.A. 225.

(2) art. 113 de la loi du 24 juillet 1966.

(3) Dey v. Pullinger Engineering Co., 1921, 1 K.B. 77. Voir cependant la liste des restrictions apportées à ses pouvoirs par l'art. 109, al.3 du projet de loi. Elle énumère les pouvoirs discrétionnaire du conseil que celui-ci ne peut par conséquent déléguer.

(4) Rama Co. Ltd. v. Proved Tin & General Investments Ltd., 1952, 2 Q.B. 147; juge Slade, p. 149.

avantage et qui en fait n'existent pas. Les tiers seront toujours obligés de tenir compte de l'autorité habituelle des agents corporatifs. Du reste, l'art. 17 ne change pas radicalement la situation en ce sens qu'il ne fait que décréter une absence de présomption de connaissance mais il ne décrète pas une présomption d'ignorance. Ce sont en effet deux choses différentes. Les tiers ne peuvent présumer pour leur propre bénéfice des pouvoirs inexistantes.

Supposons que le conseil délègue une partie de ses pouvoirs à un administrateur-gérant. Quant aux tiers on peut alors imaginer deux éventualités. Si un tiers fait affaire avec l'administrateur-gérant, il n'y a aucun problème même s'il ignore la délégation. Le seul fait qu'elle existe suffira à lier la compagnie. Par contre, la compagnie ne pourra être liée par un acte posé par un autre administrateur au-delà de ses pouvoirs habituels. L'art. 17 ne confère pas aux tiers le bénéfice d'une présomption d'ignorance. Il ne fait que déclarer que le seul fait qu'un document a été déposé n'a pas pour effet de faire réputer les tiers avoir reçu avis de son existence. Donc, ce n'est pas parce que les tiers ne sont pas présumés avoir connaissance des documents publics de la compagnie qu'ils peuvent présumer une délégation qui n'a en fait jamais été consentie. Pennington pense que " there is no intrinsic reason why an outsider should not be entitled to assume that a delegation essential to the validity of his transaction has been properly effected ".⁽¹⁾ Cependant, nous pensons que la présomption de délégation en faveur des tiers doit être exclue. Si elle s'appliquait, chaque administrateur se trouverait investi d'une autorité illimitée aux yeux des tiers et il pourrait contracter au nom de la compagnie sans même consulter les autres administrateurs. On voit tout de suite qu'un système

(1) Pennington, R., Principles of Company Law, Butterworths, Londres, 2e éd., 1967, p. 123.

de direction collégiale sur lequel est basé le droit des compagnies ne pourrait s'accorder avec une telle présomption.⁽¹⁾ Par conséquent, si le memorandum de la compagnie ne permet pas au conseil de déléguer ses pouvoirs, ou s'il le permet, mais qu'aucune délégation n'a été effectivement consentie, la compagnie ne sera pas liée par une transaction passée par un administrateur individuel et qui nécessitait cette délégation.⁽²⁾

Cette interprétation de l'art. 17 confirme en définitive la jurisprudence antérieure. Par exemple, dans la cause *Rama Co. Ltd. v. Proved Tin & General investments Ltd.*⁽³⁾, un administrateur de la compagnie défenderesse avait négocié une entente au nom de celle-ci avec la compagnie demanderesse, à l'effet d'acheter les créances d'une autre compagnie. Le conseil d'administration de la défenderesse pouvait, en vertu des règlements de la compagnie, déléguer ses pouvoirs à l'un de ses membres. En fait, aucun pouvoir n'avait jamais été délégué. Malgré cela, la demanderesse invoquait le pouvoir de délégation pour dire que l'administrateur était investi d'une autorité apparente, et que par conséquent la défenderesse se trouvait engagée. Le juge Slade refusa de souscrire à cet argument, en disant :

" A person who, at the time of making a contract with a company registered under the Companies Acts, has not knowledge of the company's articles of association, cannot rely on those articles as conferring ostensible or apparent authority on the agent with whom he dealt."⁽⁴⁾

(1) In *Re George Newman & Co.*, 1895, 1 Ch. 674; Lord Lindley, p. 686 : " For the purpose of binding a company in its corporate capacity, individual assents given separately are not equivalent to the assent of a meeting."

(2) *Contra*, *Smith v. Hull Glass Co.*, 1852, 11 C.B. 897. Cette décision ne devrait pas être suivie.

(3) 1952, 2 Q.B. 147.

(4) à la page 149.

Il est vrai que le juge Slade s'appuyait sur le fait que la demanderesse ignorait les règlements de la défenderesse. De ce fait, elle ne pouvait s'en prévaloir et par conséquent cette ignorance des règlements l'empêchait d'en déduire aucune autorité apparente. Mais est-ce à dire que si elle avait connu ces règlements, elle aurait pu se prévaloir du pouvoir de délégation pour présumer qu'un tel pouvoir avait été exercé ? Nous ne le pensons pas. Le juge Slade réfère lui-même à un autre jugement, *Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wills Ltd.*⁽¹⁾, où Lord Sargant affirme :

" Even if the plaintiffs had known of the existence of the express power of delegation, they would not have been entitled to assume that it had been exercised in favor of a director, secretary or other officer of the company so as to validate the contract now in question ".

Cette opinion nous semble tout a fait justifiée, dans le but d'assurer la sécurité commerciale. Les tiers ne peuvent présumer une délégation ; l'art. 17 ne le leur permet pas, et non seulement ils ne peuvent présumer un pouvoir de délégation mais ils ne peuvent présumer que ce pouvoir a été exercé du seul fait qu'il existe. Une solution contraire obligerait à mettre en doute l'utilité de la collegialité du conseil d'administration, car à toutes fins pratiques, n'importe quel administrateur pourrait engager la compagnie n'importe quand et dans n'importe quelle opération. Le souci de la protection des tiers ne peut aller jusque là. L'art. 142b du Draft-Ghana Companies Code a d'ailleurs prévu expressément le problème, ce que n'a pas fait l'art. 18 du projet de loi : " A person shall not be entitled to assume that any one or more of the directors of

(1) 1927, 1 K.B. 246, à la page 266. Voir aussi Lord Atkin dans *Kreditbank Cassel GmbH v. Schenkers*, 1927 1 K.B. 826, aux pages 842-844, (infirmant 1926, 2 K.B. 450).

the company have been appointed to act as a committee of the board of directors or that an officer or agent of the company has the company's authority merely because the company's regulations provide that authority to act in the matter may be delegated to a committee or to an officer or agent ".

Finalement, l'administrateur ordinaire n'aura aucunement à l'égard des tiers, les pouvoirs de l'administrateur-gérant prévus à l'art. 109, al. 1 du projet de loi, s'il n'y a pas eu de délégation expresse, à moins qu'il n'ait toutes les apparences d'un administrateur-gérant. Maintenant, deux ou plusieurs administrateurs peuvent-ils avoir aux yeux des tiers, en l'absence d'une délégation expresse, les apparences d'un comité d'administrateurs, dont parle le même article ? L'art. 142b ci-haut répond dans la négative. L'apparence ne se morcelle pas et selon Gower, " the rule about de facto appointments does not apply to committees " (1). Toutefois, il nous semble qu'un comité de facto n'est pas inconcevable. Il arrive souvent qu'un conseil d'administration compte plusieurs administrateurs influents dont l'entente peut prendre l'allure d'un comité, aux yeux des tiers.

Sous-section 2 - L'absence ou irrégularité de nomination.

La jurisprudence a toujours admis qu'une compagnie est engagée par les actes de son agent si elle l'a investi aux yeux des tiers d'une autorité apparente, et cela même si la nomination de l'agent fait défaut ou est entachée d'une irrégularité. Par ses représentations, la compagnie se trouve à substituer à une situation de droit, une situation de fait sur laquelle les tiers sont en droit de s'appuyer. Il faut cependant bien noter la distinction entre l'administra-

(1) Draft Ghana Companies Code, p. 112, no 4.

teurs de facto et le simple usurpateur⁽¹⁾. Une compagnie ne sera pas liée par l'acte d'une personne qu'elle n'a jamais reconnue comme son administrateur ou son agent.⁽²⁾

Dans un jugement de l'Etat du Connecticut, le juge Butler decrit ainsi la doctrine de facto :

" The de facto doctrine was introduced in the law as a matter of policy and necessity, to protect the interests of the public and individuals where those interests were involved in the official acts of persons exercising the duties of an office, without being lawful officers. It was seen that the public could not reasonably be compelled to inquire into the title of an officer, nor he compelled to show a title, and these became settled principles in the law. But to protect those who dealt with such officers when apparent incumbents of offices under such apparent circumstances of reputation or color as would lead men to suppose they were legal officers, the law validated their acts as to the public and third persons, on the ground that, as to them, although not officers de jure, they were officers in fact, whose acts public policy required should be considered valid. " (3)

Les dispositions pertinentes du projet de loi sont les articles 18b et 18d : " Une corporation ne peut faire valoir contre quiconque a traité avec elle ou avec toute personne qui a acquis des droits de cette corporation :

b) que les personnes dont le nom figure sur l'avis le plus récent envoyé au Registraire en vertu de l'art. 100 ou 107 ne sont pas les administrateurs de cette corporation.

(1) Ballantine, op. cit., p. 150.

(2) Voir la cause Bent v. Arrowhead, 1909, 18 M.L.R. 632 (Cour d'Appel du Manitoba).

(3) State v. Anthony Carroll, 38 Conn. 449, (467).

d) qu'une personne que cette corporation a présentée comme administrateur, dirigeant ou mandataire de celle-ci, n'a pas été régulièrement nommée.

L'art. 18b ne pose pas de difficulté. Une compagnie ne peut nier que telle personne nommée dans l'avis n'est pas un de ses administrateurs. Cela ne veut pas dire pour autant qu'une compagnie ne peut être liée par une personne non nommée comme administrateur ou administrateur-gérant. Elle sera liée si elle a effectivement donné aux tiers l'impression que cette personne agissait comme telle. Un arrêt est particulièrement frappant et ne laisse aucun doute sur la question. Il s'agit de *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.*⁽¹⁾. Les règlements d'une compagnie autorisaient la nomination d'un administrateur-gérant, mais aucune telle nomination ne fut faite. Le conseil permit néanmoins à l'un de ses administrateurs d'agir comme tel. On jugea que les administrateurs avaient par leur conduite considéré leur collègue comme administrateur-gérant et que les actes entrepris par celui-ci au nom de la compagnie engageaient la compagnie.

Dans une affaire plus ancienne, *Mahony v. East Holyford Mining Co.*⁽²⁾, il s'agissait d'une compagnie qui avait été formée par un certain Wadge. Les statuts avaient été souscrits par trois personnes, Hoare, Wall et McNally. Ils prévoyaient que ces trois personnes devaient nommer les premiers administrateurs qui en fait ne furent jamais nommés. Wadge, Hoare et McNally dirigeaient la compagnie et ils émirent un prospectus invitant le public à acheter des actions de celle-ci. L'argent

(1) 1964, 2 Q.B. 480.

(2) 1875, L.R. 7 H.L. 869.

ainsi reçu des nouveaux actionnaires était placé dans une banque et à la suite d'une réunion des prétendus administrateurs, il fut demandé à la banque d'honorer les chèques faits par ces actionnaires en paiement de leurs actions. A la liquidation de la compagnie, le syndic poursuivit la banque pour les montants ainsi payés, déclarant que Wadge, Hoare et McNally n'avaient jamais été nommés administrateurs et qu'ils n'avaient donc pas le pouvoir de tirer des chèques sur la banque au nom de la compagnie. La Chambre des Lords jugea que la banque n'était pas responsable. Il n'était pas du devoir de celle-ci de s'assurer du statut réel des prétendus administrateurs, et elle avait le droit de traiter Wadge, Hoare et McNally comme s'ils avaient été légalement assignés aux fonctions qu'ils prétendaient remplir :

" When a cheque is signed by three directors, they (those dealing with the company) are entitled to assume that those directors are persons properly appointed for the purpose of performing that function, and have properly performed the function for which they (1) have been appointed ".

Dans une autre affaire, *Re County Life Assurance Co.*⁽²⁾, on a décidé qu'une police d'assurance émise par des administrateurs irrégulièrement nommés demeure valide. Le tiers assuré est en droit de présumer qu'ils sont vraiment administrateurs puisqu'ils contrôlent effectivement les affaires de la compagnie :

" The company is bound by what takes place in the usual course of business with a third party where that third party deals bona fide with persons who may be termed de facto directors and who might, so far as he could tell, have been directors de jure ".⁽³⁾

(1) Lord Hatherley, p. 894.

(2) 1870, 5 Ch. A. 288.

(3) Lord Giffard, p. 293.

Les tribunaux canadiens ont adopté le même principe. Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *MacDonald v. Drake*⁽¹⁾, on a jugé que les administrateurs d'une compagnie ne pouvaient pas invoquer le fait qu'ils n'étaient pas légalement qualifiés pour être administrateurs, dans le but d'échapper à leur responsabilité pour le salaire des employés de la compagnie. :

" I cannot assent to the contention that a director who, with his consent, has been elected and has acted as a director, should, merely because he was not qualified to hold the office, escape liability that he would have incurred if he had been qualified. The true principle seems to be that a man cannot take advantage of his own wrong ". (2)

Une compagnie ne peut pas non plus échapper à sa responsabilité en invoquant l'irrégularité de l'élection de ses administrateurs : *Re W.N. McEachren & Sons Ltd.*⁽³⁾

Cette solution avait déjà été codifiée par la loi anglaise de 1948. L'art. 180 stipule que " the acts of a director or manager shall be valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification ". Une disposition semblable est aussi prévue par la directive européenne. Selon son art. 8, l'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui en qualité d'organe ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance.⁽⁴⁾ Cela confirme une situation déjà reconnue par les tribunaux, tant européens qu'anglo-saxons. L'apparence est créatrice de droit et ce principe fut posé notamment dans

(1) 16 M.L.R. 220.

(2) Juge Richards, à la page 223. Situation semblable à celle de l'art. 108, al.3 qui exige que le quorum des administrateurs siégeant à une assemblée du conseil soit constitué en majorité de résidents canadiens.

(3) 1933 O.R. 349.

(4) Van Omme-slaghe, P., op. cit., p.633. Houin, R. op. cit. p. 139.

un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 decembre 1953, Etablissement Nicolle v. Société Prouvost et Cie.⁽¹⁾ En l'espèce, une société anonyme fut condamnée à payer le prix de tissus achetés apparemment en son nom par une personne qui avait accès à ses magasins, qui y réceptionnait les marchandises et qui disposait de son cachet commercial.

Gower critique l'insuffisance de l'art. 180 de la loi anglaise de 1948, en disant que " it appears to give rather less protection to third parties than the common law rule since the House of Lords have drawn a somewhat subtle distinction between ' defective appointment ' and ' no appointment at all ' ".⁽²⁾ Gower fait référence à l'arrêt Morris v. Kanssen⁽³⁾ où Lord Simonds, interprétant l'art. 143 de la loi anglaise de 1929, semblable à l'art. 180 de celle de 1948, s'appuie sur un certain nombre d'autorités⁽⁴⁾, dont le langage " clearly indicates that in the opinion of those learned judges the section and article alike deal with slips or irregularities in appointment, not with a total absence of appointment..., that the section or article can be called in aid by a third party unless and until he has himself discovered the defect in the appointment or qualification of a director."⁽⁵⁾

Comme Gower, nous sommes portés à penser que l'art. 18d du projet de loi couvre les deux situations. Il n'y a donc pas lieu de faire de distinction. Gower interprète en fait l'art. 142, al. 2 du Draft Ghana Companies Code, presque iden-

(1) D.- 54. J. 315.

(2) Draft Ghana Companies Code, p. 111, no 10.

(3) 1946, A.C. 459.

(4) Dawson v. African Consolidated Land & Trading Co., 1898, 1 Ch. 6. British Asbestos Co. v. Boyd, 1903 2 Ch. 439. Channel Collieries Trust Ltd. v. Dover, St. Margaret's & Martin Mill Light Railway Co., 1914, 2 Ch. 506.

(5) aux pages 472-473.

tique à notre art. 18d. En déclarant que la compagnie ne peut opposer aux tiers l'absence d'autorisation nécessaire de son administrateur, l'art. 18d lui interdit inévitablement d'opposer aux tiers son absence de nomination. La nomination a justement pour objet d'autoriser une personne à agir.

Sous-section 3 - Les vices de forme entachant l'acte concerné.

Dans l'arrêt *Royal British Bank v. Turquand*⁽¹⁾, les statuts d'une corporation ne permettaient au conseil d'administration d'emprunter sur document négociable qu'avec l'autorisation de l'assemblée des actionnaires. Le conseil, sans avoir obtenu cette autorisation, emprunta auprès d'une banque. La cour jugea que l'emprunt était validement fait. Elle estima que le devoir de la banque se limitait à lire les statuts et qu'elle pouvait légitimement supposer que l'autorisation des actionnaires avait été donnée. Ce principe fut suivi constamment par la jurisprudence et les tribunaux québécois s'en inspirent volontiers. Ainsi, les tiers n'ont pas à se soucier du quorum nécessaire à la validité d'une réunion des administrateurs : *Montreal and St. Lawrence Light & Power Co. v. Robert*⁽²⁾. Également le défaut d'avis à chaque administrateur ne peut être opposé aux tiers dans le but d'invoquer la nullité de l'assemblée : *Goulet v. la compagnie Hydraulique de Portneuf Ltée.*⁽³⁾ Dans le jugement *Dame Allard et Vir v. la compagnie Cinéma Maisonneuve*⁽⁴⁾, on a décidé qu'une copie de résolution adoptée par un conseil d'administration, à une assemblée des administrateurs et des actionnaires déclarée avoir été tenue régulièrement dans le proces

(1) 1856, 6 E&B 327

(2) 1906 A.C. 196.

(3) 1917, 52 C.S. 58.

(4) 1923, 29 R.L. n.s. 53.

verbal de cette assemblée, ne peut être contestée par la compagnie afin de répudier son obligation.

Le principe se trouve codifié dans les art. 18a et 18f du projet de loi. Sa nécessité avait été mise en évidence par plusieurs auteurs⁽¹⁾. La règle a même été suivie par la Cour Suprême des Etats-Unis dans *Merchant's Bank v. State Bank*⁽²⁾. En France, un arrêt de la Cour de Cassation, *Banque Canadienne Nationale v. Directeur Général des Impôts*⁽³⁾, a même rendu inopposables aux tiers les irrégularités apparentes à la lecture des statuts. En l'espèce, le président de la banque avait, sous sa seule signature alors que deux signatures étaient nécessaires, souscrit au nom de la banque, envers l'Administration des Domaines, un cautionnement solidaire. La Cour confirma l'arrêt de la Cour d'Appel qui avait condamné la banque à s'exécuter, sur le motif que " l'Administration a pu légitimement penser qu'elle traitait avec un mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs normaux". L'arrêt ajoute que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire était légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs". La Cour remarquait donc déjà le caractère irréaliste de la présomption de connaissance des statuts. Comme le dit Jean Calais-Auloy dans la note d'arrêt :

" Les besoins modernes de rapidité, encore eux, ne sauraient se satisfaire de la longueur des recherches au greffe du tribunal de commerce ou dans les journaux d'annonces légales. En dépit de la publicité dont elle est l'objet, la limitation de pouvoir ne cesse pas d'être cachée, et dès lors, l'erreur d'être légitime. Le régime actuel de publicité manifeste par là son insuffisance. Il ne remplit pas le rôle qu'on attendait de lui."

(1) Pennington, op. cit., p. 125. Martel, op. cit., vol. 2, p. 393. Wegenast, op. cit., p. 326.

(2) 10 Wallace's Reports 604.

(3) Cass. Assemblée Plénière Civile, 13 décembre 1962, D. 1963. J. 277, Pourvoi contre un arrêt de la Cour de Poitiers.

Le non-accomplissement des formalités de régie interne est donc inopposables aux tiers à moins qu'ils en aient connaissance ou que les circonstances ne les obligent à s'informer davantage. L'art. 142 du Draft Ghana Companies Code dont l'art. 18 du projet canadien s'est inspiré, ajoute en effet : " Provided that

a) a person shall not be entitled to make such assumptions as aforesaid if he had actual knowledge to the contrary or if, having regard to his position with or relationship to the company, he ought to have known the contrary ".

La jurisprudence antérieure avait déjà refusé d'accorder protection au tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire qui savait que l'acte était irrégulier, ou qui aurait dû le savoir, en raison de son poste au sein de la corporation ou de ses relations avec elle. C'est ainsi qu'on a refusé à un administrateur le bénéfice de la règle⁽¹⁾. La notification réelle ou implicite d'une irrégularité prive celui qui contracte avec la compagnie du bénéfice de la protection de l'arrêt Turquand, sauf lorsqu'il réclame réparation intégrale par l'intermédiaire d'une autre personne qui, pour sa part, n'a pas été informée⁽²⁾.

Dans certains cas, la malversation d'un administrateur peut conduire le tiers à faire enquête et il aura alors l'obligation de s'informer davantage :

" Where an officer of a corporation is dealing for himself to the knowledge of the other party and also assumes to act for and bind his corporation, such act is sufficient to put the

(1) Morris v. Kanssen, 1946, A.C. 459.

(2) Re Bank of Syria, Owen & Ashworth's Claim, 1901, 1 Ch. 115.

other party upon inquiry as to his power to act for the corporation; and as a general rule, if the other party deals with the officer without making inquiry as to his authority to bind the corporation, he does so at his peril." (1)

On a par ailleurs jugé qu'une corporation n'a pas automatiquement connaissance de l'irrégularité dans la régie interne d'une autre corporation avec qui elle fait affaire du seul fait qu'elle a un fonctionnaire commun avec l'autre corporation, un administrateur par exemple. (2) Mais on présumera cette connaissance si l'administrateur avait l'obligation de la communiquer à la première corporation en raison d'un devoir qui lui serait imposé par celle-ci. (3)

L'art. 18f du projet de loi concerne deux sortes d'opérations requérant l'approbation des actionnaires : d'une part, la garantie par la compagnie d'une obligation d'une autre personne, prévue par l'art. 40, al. 4, d'autre part, la vente, la location ou l'échange de tous les biens ou de presque tous les biens d'une compagnie, intervenue autrement que dans le cours ordinaire des affaires de celle-ci. Cette dernière opération est prévue par l'art. 179, al.2.

La compagnie ne pourra pas opposer aux tiers le défaut d'autorisation des actionnaires quant à ces deux opérations, sauf s'ils en ont connaissance. (4)

D'un autre côté, pour ce qui est des formalités simplement statutaires et non plus légales, la compagnie ne pourra jamais opposer aux tiers le défaut de telles for-

(1) Ballantine, op. cit., p. 148. *Wagner Trading Co. v. Battery Park National Bank*, 228 N.Y. 37.

(2) *McArthur Co.Ltd. v. Alberta & Great Waterways R. CO.* 1924, 2 D.L.R. 118.

(3) *Re Hampshire Land Co.*, 1896, 2 Ch. 743. Voir aussi *Retailer's Trust Co.Ltd. v. Dominion Bank*, 1935, 3 W.W.R. 165.

(4) Quant à la vente des actifs, dans le même sens *Hermann v. Canadian Nickel Co.Ltd.*, 1929, 64 O.L.R. 190. Contra, *Pellatt v. Dominion Sewer Pipe & Clay Industries Ltd.*, 1929, 36 O.W.N. 298. Quant à la garantie de l'obligation d'une autre personne, contra, *Export Brewing & Malting Co. v. Dominion Bank*, 1937, 3 D.L.R. 513.

malités, sauf s'ils en ont connaissance. En effet, l'art. 18a ne prévoit pas spécifiquement les opérations concernées comme le fait l'art. 18f : " Une corporation ne peut faire valoir contre quiconque a traité avec elle que les statuts, les règlements et toute convention unanime des actionnaires n'ont pas été observées."

Quelle conclusion pourrait-on logiquement tirer pour les opérations autres que celles prévues à l'art. 18f, et pour lesquelles la loi exige l'approbation des actionnaires ? A défaut d'approbation, de telles opérations seront sujettes à une nullité relative. Le défaut étant opposable aux tiers (18f a contrario), la compagnie pourra toujours si elle le veut invoquer la nullité et l'inefficacité de ces opérations, même si le tiers ignorait en fait le défaut d'approbation. Mais à défaut d'agir par les administrateurs, les actionnaires auraient le droit de le faire à leur place. Toutefois, leur recours ne subsiste qu'en autant que la majorité d'entre eux refusent ultérieurement de ratifier l'acte. En effet, si l'opération est approuvée, plus personne n'a lieu de se plaindre car elle devient alors pleinement valide.

Section 2 - Le cas de fraude.

C'est la circonstance qui a créé le plus de problèmes aux tribunaux. Fallait-il rendre inopposable aux tiers l'existence d'une fraude commise à l'intérieur d'une compagnie pour le motif que, en ce qui les concerne, ils avaient contracté de bonne foi, ou fallait-il plutôt appliquer le principe selon lequel " Fraus omnia corrumpit " ? Lord Loreburn, dans la cause *Ruben v. Great Fingall Consolidated*⁽¹⁾ opta pour la deuxième alternative. Dans cet arrêt, un certificat d'actions avait été émis par le secrétaire de la compagnie, sous le sceau

(1) 1906, A.C. 439.

de celle-ci, avec sa propre signature et celles, forgées, de deux administrateurs. La fausse signature des administrateurs pouvait-elle être opposée au détenteur du certificat ?

" The forged certificate is a pure nullity. It is quite true that persons dealing with limited liability companies are not bound to inquire into their indoor management, and will not be affected by irregularities of which they had no notice. But this doctrine, which is well established, applies only to irregularities that otherwise might affect a genuine transaction. It cannot apply to a forgery." (1)

Mais Lord Loreburn ajoute plus loin :

" That decision may possibly be upheld upon the supposition that the secretary there was, in fact, held out as having authority to warrant the genuineness of a certificate ".

Dans une décision plus ancienne, *Shaw v. The Port Philip & Colonial Gold Mining Co. Ltd.* (2), les juges Stephen et Mathew protégèrent le détenteur du certificat, pour le motif qu'il rentrait dans les pouvoirs du secrétaire d'émettre des certificats d'actions. Par conséquent, le détenteur du certificat n'avait pas à se soucier de l'authenticité de la signature des administrateurs :

" A person can inform himself whether the certificate comes from the secretary because he gets it from the secretary's office, but I do not see how, according to any practicable course of business, he can go behind the certificate and ascertain for himself such matters as whether the signature of the director is genuine " (3)

(1) Lord Loreburn, p. 443.

(2) 1883-84, 13 Q.B.D. 103.

(3) Juge Stephen, p. 108.

Dire qu'un agent corporatif puisse commettre une fraude à l'intérieur de son autorité, ne manque pas d'être paradoxal. Dans l'affaire Lloyd v. Gace, Smith Co.⁽¹⁾, Lord Macnaghten déclare :

" It may be generally assumed that, in mercantile transactions, principals do not authorize their agents to act wrongfully, and consequently frauds are beyond the scope of the agent's authority in the narrowest sense of which the expression admits. But so narrow a sense would have the effect of enabling principals largely to avail themselves of the frauds of their agents, without suffering losses or incurring liabilities on account of them, and would be opposed as much to justice as to authority."

Plus loin, citant le juge Willes dans la cause Barwick v. English Joint Stock Bank⁽²⁾, Lord Macnaghten ajoute :

" In all these cases it may be said, as it was said here, that the master had not authorized the act. It is true he has not authorized the particular act, but he has put the agent in his place to do that class of acts, and he must be answerable for the manner in which that agent has conducted himself in doing the business which it was the act of his master to place him in."

S'appuyant sur l'arrêt Lloyd, Wegenast est d'opinion⁽³⁾ qu'il importe peu pour le bénéfice de qui la fraude est commise. Que ce soit pour celui de l'agent ou celui de la corporation, celle-ci sera liée si l'agent n'excède pas son autorité habituelle ou apparente. Lord Macnaghten affirme justement :

" The only difference in my opinion between the case where the principal receives

(1) 1912, A.C. 716. Citant Sir Montague Smith, p. 733.

(2) L.R. 2 Ex. 259.

(3) op. cit., p. 585.

the benefit of the fraud, and the case where he does not, is that in the latter case the principal is liable for the wrong done to the person defrauded by his agent acting within the scope of his agency; in the former case, he is liable on that ground and also on the ground that by taking the benefit he has adopted the act of his agent; he cannot ap- (1)
probate and reprobate."

Dans le jugement T.D. Bank v. Consolidated Paper Co. Ltd. (2), la Cour Supérieure du Québec refusa de considérer la compagnie défenderesse comme liée pour le motif que l'employé lui avait volé des certificats d'actions et les avait frauduleusement complétés pour son bénéfice personnel. Il les avait ensuite transférés à la banque en garantie de deux prêts :

" In cases such as the present, where one of two innocent persons must suffer, it is the transferee of the forged certificate, whose duty it was to verify the genuineness of the signatures but who failed to make the simple inquiry which he might have made and which, had he made it, would have prevented the fraud, (3)
who must bear the loss."

La compagnie ne pouvait être liée parce qu'il n'entre pas dans l'autorité d'un employé de compléter des certificats d'actions. Mais une compagnie sera responsable d'un billet à ordre signé en son nom par son agent pour le bénéfice personnel de celui-ci et à l'intérieur de son autorité : Bryant, Powis & Bryant Ltd. v. Quebec Bank. (4)

Le principe d'après lequel la fraude est inopposable aux tiers si elle ne dépasse pas le champ de l'autorité apparente ou habituelle a reçu l'accord de plusieurs auteurs,

(1) Lloyd v. Grace, Smith & Co., 1912, A.C. 716, p. 738.

(2) 1959, C.S. 533.

(3) à la page 538.

(4) 1893, A.C. 170 (179) (Conseil Privé).

notamment Wegenast. Selon lui, " it is better that the company, though guiltless of fraud or even negligence, should suffer for the wrongdoing of the officers than that persons innocently taking the documents should bear the loss ".⁽¹⁾ Cette remarque nous semble parfaitement justifiable. Si en effet un simple administrateur commet une fraude à l'intérieur de ses pouvoirs, la compagnie ne pourra opposer cette fraude aux tiers. Ceux-ci seront en droit d'exiger l'exécution de la transaction entachée de fraude. A ce titre, un autre jugement anglais nous semble être allé trop loin : *South London Greyhound Racecourses Ltd. v. Wake*⁽²⁾. On y décida qu'un certificat d'actions auquel le sceau de la compagnie avait été apposé en présence d'un administrateur ne liait pas la compagnie et constituait une fraude parce qu'il n'y avait pas eu de résolution du conseil autorisant l'apposition du sceau. Ce jugement nous paraît mal fondé. Il étend la fraude à un degré tel que c'est mettre en danger la protection normalement procurée par l'arrêt *Turquand*. Même si à la rigueur on peut avancer l'idée que l'administrateur ait commis une fraude du fait qu'il connaissait l'inexistence de la résolution, sa seule présence lors de l'apposition du sceau aurait suffi à rendre cette fraude inopposable au détenteur du certificat. Néanmoins, cette décision peut se justifier du fait que d'après les statuts de la compagnie, l'apposition du sceau était de la compétence exclusive du conseil et qu'elle n'entraînait pas, à défaut de résolution, dans les pouvoirs habituels d'un simple administrateur. La personne aurait dû alors vérifier si une résolution avait été passée :

(1) *op. cit.*, p. 640. *Fraser & Stewart, op. cit.*, p. 143. *Ward v. Montreal Cold Storage & Freezing Co.*, 1904, 26 C.S. 310. *Re James Robinson Co.Ltd.*, 1925, 38 B.R. 479.

(2) 1931, 1 Ch. 496.

" It is within common experience that the affixing of the seal is a matter with which the board deals and not the director, and it (1) is commonly so understood ".

Néanmoins, un document signé sans l'autorité requise ne constitue pas nécessairement une fraude. Il y a une distinction à faire entre signature frauduleuse et signature non autorisée.

L'art. 142, al. 3 et 4 du Draft Ghana Companies Code prévoit que la fraude ne modifie pas la responsabilité de la compagnie à l'égard des tiers, si elle a été accomplie à l'intérieur d'une autorité, réelle ou apparente :

" Any person having dealings with a company or with someone deriving title under the company shall be entitled to make the following assumptions and the company and those deriving title under it shall be estopped from denying their truth,

1)

2)

3) that the secretary of the company, and every other officer or agent of the company having authority to issue documents or certified copies of documents on behalf of the company has authority to warrant the genuineness of the documents or the accuracy of the copies so issued.

4) that a document has been duly sealed by the company if it bears what purports to be the seal of the company attested by what purport to be the signatures of two persons who, in accordance with paragraph 2 of this section, can be assumed to be a director and the secretary of the company."

La disposition correspondante du projet de loi, l'art. 18e, s'énonce ainsi : " une corporation ne peut faire valoir contre quiconque a traité avec elle qu'un document qu'a délivré tout

(1) Juge Clauson, p. 509.

administrateur, dirigeant ou mandataire d'une corporation avec l'autorisation spéciale ou d'usage de le délivrer n'est pas valable ou n'est pas authentique ".

Par exemple, Gower pense que généralement un administrateur a le pouvoir habituel de signer des chèques au nom de la corporation.⁽¹⁾ Celle-ci sera donc liée s'il appose frauduleusement la signature de la compagnie sur un chèque. Cependant, cette situation pose un point d'interrogation car le tiers bénéficiaire du chèque sera nécessairement conduit à faire enquête, si l'administrateur voulait payer une dette personnelle en utilisant un chèque sur lequel la compagnie est désignée comme tireur. Un tiers sera également conduit à faire enquête si l'administrateur lui endosse personnellement un chèque dont la compagnie est bénéficiaire.⁽²⁾ Du reste, en pratique, dans les compagnies canadiennes, il y a toujours deux administrateurs qui sont désignés expressément pour signer les chèques et leurs deux signatures doivent apparaître sur ceux-ci; cette mesure a pour but de réduire les possibilités de fraude.⁽³⁾ Qu'arrive-t-il alors si un administrateur falsifie la signature de l'autre ? La compagnie ne devrait pas être liée dans ce cas parce qu'il dépasse alors ses pouvoirs habituels, et non seulement il les dépasse, mais il commet une fraude. Un tiers ne pourrait pas faire valoir que l'apposition des signatures est une matière de régie interne. Rappelons en effet que le juge MacKenzie, dans *Glasgow Lumber Co. v. Fettes* ⁽⁴⁾ a refusé de considérer comme telle l'apposition du sceau. La même règle devrait s'appliquer aux signatures.

(1) Draft Ghana Companies Code, p. 111, no 11.

(2) *A.L. Underwood Ltd. v. Bank of Liverpool*, 1924, 1 K.B. 775.

(3) C'est la résolution bancaire, document dans lequel le conseil désigne d'autorité les officiers signataires des chèques et des effets de commerce de la corporation. A ne pas confondre avec le règlement bancaire permettant au conseil d'emprunter au nom de la corporation sans l'approbation de l'assemblée des actionnaires. Voir aussi *Joint Stock Discount Co. v. Brown*, 1869, L.R. 8 Eq. 381, à la page 404.

(4) 1933, 1 D.L.R. 66, p. 74.

Enfin, dans une autre décision canadienne, Industrial Acceptance Corp.Ltd. v. Lunenburg Outfitting Co.Ltd.⁽¹⁾, on a jugé qu'une compagnie pouvait dénier l'authenticité d'une signature apparaissant sur un billet sur lequel elle était désignée comme souscripteur, sur le motif que le demandeur n'avait pas établi d'une part qu'elle était au courant de la fraude, au moment de sa commission, d'autre part qu'elle avait cherché à la dissimuler, en supposant qu'elle en ait eu connaissance. Le demandeur n'avait pas établi non plus l'existence d'un préjudice pouvant résulter de cette prétendue dissimulation.

(1) 1934, 2 D.L.R. 558 (Cour Suprême de Nouvelle-Ecosse).

Chapitre 2 - Qui peut revendiquer le bénéfice de l'indoor management rule ?

Il s'agit ici d'interpréter le dernier alinéa de l'art. 18 du projet de loi : " Sauf lorsque cette personne a ou devrait avoir connaissance du contraire en raison de son poste au sein de cette corporation ou de ses relations avec elle ".

La théorie de l'apparence est destinée à rendre créatrice de droit une erreur légitime, et en définitive à protéger la victime de cette erreur. Cependant, la détermination des personnes pouvant être considérées comme victimes d'une apparence trompeuse, donc dignes de protection, peut poser quelques problèmes en droit des compagnies. Les actionnaires et les administrateurs peuvent-ils invoquer la règle ? D'un autre côté, s'il est vrai que les tiers sont en droit d'être protégés contre les irrégularités d'administration d'une compagnie, peut-on soutenir en revanche qu'ils peuvent se prévaloir de ces mêmes irrégularités pour leur propre bénéfice ? On a vu que dans la théorie classique de l'ultra vires, un tiers ne pouvait invoquer l'incapacité d'une compagnie pour conserver les fruits d'une transaction passée avec elle. Mais peut-il invoquer une irrégularité de régie interne pour se décharger d'une obligation contractuelle qu'il juge finalement trop onéreuse ?

Section 1 - Les tiers.

Deux circonstances sont à envisager. D'une part, pour bénéficier de l'indoor management rule, les tiers doivent répondre à certains critères de bonne foi. D'autre part, doctrine et jurisprudence admettent généralement qu'un tiers ne peut profiter d'une irrégularité. Nous devons alors dans ce cas faire une distinction entre les tiers et les actionnaires.

Sous-section 1 - Le tiers invoque l'indoor management rule.

La règle énoncée dans l'arrêt *Turquand* étant destinée à protéger les tiers, il va de soi qu'ils sont les premiers à pouvoir l'invoquer. Le tiers sera maintenu dans sa position malgré l'irrégularité qui entache sa transaction avec la compagnie. Lorsque celle-ci demandera que soit déclarée nulle cette transaction, le tiers lui opposera l'indoor management rule comme fin de non-recevoir. Néanmoins, l'art. 18, codifiant les attitudes jurisprudentielles, pose comme condition qu'il soit de bonne foi. S'il a ou devrait avoir connaissance de l'irrégularité en raison de ses relations avec la compagnie, celle-ci pourra obtenir l'annulation de l'acte. Ainsi, dans la cause *A.L. Underwood Ltd. v. Bank of Liverpool*⁽¹⁾, il s'agissait d'une compagnie administrée par une seule personne. Celle-ci encaissait dans son propre compte de banque les chèques tirés en faveur de la compagnie. Une action fut portée contre la banque par la compagnie au nom d'un créancier. La cour refusa à la banque le bénéfice de la règle sur le motif qu'elle aurait dû normalement trouver suspect que l'administrateur encaisse personnellement les chèques dont la compagnie était bénéficiaire. Le juge Banks déclare :

" As, however, the defendants are relying on a rule of law applicable only to dealings with an agent, they must take the rule as they find it, and if they have omitted, as I am clearly of opinion they have omitted, to make an ordinary inquiry, they must take the consequences ." (2)

Cette décision fut suivie dans l'affaire *Liggett*

(1) 1924, 1 K.B. 775.

(2) à la page 788. *E.B.M. v. Dominion Bank*, 1937, 3 All E.R. 555.

(Liverpool) Ltd. v. Barclay's Bank⁽¹⁾. La banque avait été avertie par un administrateur de la compagnie qu'il suspectait l'autre administrateur de tirer des chèques sur le compte de celle-ci. Il invita donc la banque à ne plus honorer les chèques dans le futur à moins qu'ils ne soient signés par les deux administrateurs. Mais la banque continua d'honorer les chèques tirés par l'administrateur suspect. Elle fut jugée responsable.

Dans une cause canadienne, Innes & Griffith v. Cameron Valley Land Co.Ltd.⁽²⁾, une compagnie avait pris une hypothèque et sur l'acte qui la constatait, son sceau avait été apposé en présence de deux administrateurs (dont l'un était le secrétaire de la compagnie) et de W.B. Morgan, secrétaire-adjoint. Aucune nomination n'autorisait spécifiquement ce dernier à agir comme tel, ni à signer l'acte d'hypothèque, ni à authentifier l'apposition du sceau par sa présence. Le document constatant l'hypothèque était donc légalement nul à première vue. Mais l'un des créanciers hypothécaires était un solicitor qui avait lui-même préparé le document et qui avait été nommé solicitor de la compagnie avant même son exécution. Il avait donc connaissance du défaut à ce moment-là et la compagnie pouvait alors lui opposer la nullité du document :

" Where one of the parties to a mortgage is a solicitor who has prepared the document, instructed its mode of execution, and actually been appointed solicitor for the company, prior to the execution of the document, I think that knowledge is brought home to the mortgagees, that the necessary sealing of the mortgage, has not been in compliance with the Companies Act. " (3)

(1) 1928, 1 K.B. 48.

(2) 1919, 1 W.W.R. 751 (Cour Suprême de Colombie-Britannique).

(3) Juge MacDonald, p. 754.

L'hypothèque fut cependant jugée valide en raison de sa confirmation par des documents subséquents.

Dans l'arrêt *Peterson & Canwood Cooperative Ass. Ltd. v. Cook*⁽¹⁾, le conseil d'administration d'une compagnie avait passé une convention pour vendre les actifs de la compagnie à un certain Cook. La vente ne fut pas confirmée par les actionnaires. A défaut de cette approbation, les administrateurs n'avaient pas le pouvoir de passer une telle convention, ni de déléguer ce pouvoir à un " selling committee ". La Cour d'Appel de Saskatchewan jugea que l'acheteur aurait dû le savoir et annula la vente. Cette décision est selon nous mal fondée et ne peut plus faire autorité aujourd'hui en vertu de l'art. 18f du projet de loi.

Sous-section 2 - Le tiers veut se prévaloir de l'irrégularité.

Un tiers peut-il demander la nullité d'une transaction en invoquant son irrégularité ? Martel dit que non⁽²⁾, cependant que Pennington pense que " there is no reason why a person who enters into a transaction with a company should not rely on the company's failure to comply with its memorandum or articles as a defence when the company sues him ".⁽³⁾ Pennington appuie notamment son affirmation sur l'arrêt *Garden Gully United Quartz Mining Co. v. McLister*⁽⁴⁾. Dans cette cause, trois administrateurs avaient déclaré forfaites certaines actions impayées. Le quorum au conseil d'administration était effectivement de trois. Cependant, à la demande des actionnaires concernés, le tribunal déclara invalide et sans effet

(1) 1923, 1 W.W.R. 1212.
 (2) op. cit., vol. 2, p.394.
 (3) op. cit., p. 106.
 (4) 1875, 1 A.C. 39.

la déchéance des actions prononcée par les administrateurs, sur le motif que le quorum ne pouvait être atteint parce que deux d'entre eux avaient été réélus à une assemblée dont l'avis requis n'avait pas été donné. Le défaut d'avis avait rendu l'assemblée irrégulière et par conséquent leur réélection inopérante. Pennington reconnaît que cet arrêt mettait en cause les actionnaires de la compagnie et non des tiers étrangers à celle-ci, mais il dit que le même principe peut s'appliquer aux tiers. Ce n'est pas aussi sûr et d'après nous la position de l'actionnaire est différente de celle du tiers en ce que l'actionnaire est en droit de s'attendre au respect des conditions du pacte social. Dans un arrêt de la Cour d'Appel de l'Ontario, *Re W.N. McEachren & Sons Ltd.*⁽¹⁾, le juge Davis confirme notre opinion lorsqu'il dit, en parlant de la cause citée par Pennington :

" This case dealing with the protection of shareholders as between themselves and the company do not apply to business transactions between the company and outsiders."

Cette distinction a bien été saisie par la jurisprudence française. P.G. Gourlay⁽²⁾ rapporte un jugement du Tribunal Civil de Lyon, *La Centrale v. Chanel*⁽³⁾, dans lequel des assurés poursuivis par une compagnie d'assurance en paiement de primes invoquaient la nullité des poursuites dirigées contre eux au motif que le conseil d'administration qui les avait autorisées, était irrégulièrement composé. Le tribunal refusa de se rendre à cet argument pour le motif qu'il n'appartient pas à des assurés, véritables débiteurs de la société, de demander la nullité d'une procédure régulièrement intentée par l'organe d'exécution de la société, cette dernière ayant seule qualité pour désavouer son mandataire. Il ajoute,

(1) 1933, O.R. 349, à la page 361.

(2) *Le Conseil d'Administration de la Société Anonyme*, Paris, Sirey, 1971, p. 225.

(3) 9 mars 1889, J.S. 1890.79.

et c'est le point important, que la nullité peut d'un autre côté être toujours invoquée par des actionnaires que l'on poursuit pour n'avoir pas répondu à des appels de fonds (c'est le cas de l'arrêt cité par Pennington) car les administrateurs d'une société anonyme n'ont qualité pour imposer leur volonté collective à l'ensemble des associés qu'à la condition qu'ils agissent dans les limites du pacte social dont ils tirent leur autorité. La doctrine française partage ce point de vue⁽¹⁾. De plus, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris⁽²⁾ a refusé aux tiers le pouvoir d'invoquer la nullité des décisions prises par un conseil d'administration qui n'avait pas respecté le quorum prévu par les statuts de la société et qui ne pouvait donc délibérer valablement. Il en serait de même pour la nullité des actes d'un conseil d'administration pris avec le concours d'un administrateur dont la cooptation par le conseil n'a pas été ratifiée par l'assemblée.⁽³⁾

En droit canadien, on peut également citer l'opinion d'un expert. Wegenast dit en effet :

" Not only it is that outsiders need not concern themselves with the internal management of the company, as is laid down in *Royal British Bank v. Turquand*, but they must do not so; that is to say, if any objection is to be taken to an irregularity in the internal management, it must be by the company or a shareholder, not by an outsider." (4)

La doctrine américaine est au même effet. Ainsi, Stevens affirme :

" Disregard of these regulations may not furnish persons who have dealt with the

(1) Ripert et Roblot, op. cit., no 1220 et ss.

(2) 15 février 1924, S. 1925.2.44.

(3) J.S. 1910.7.

(4) op. cit., p. 240.

corporation with a ground for contesting the validity of the corporate action." (1)

La jurisprudence canadienne refuse aussi aux tiers le droit d'invoquer une irrégularité interne. Dans l'arrêt *Dumart Packing Co.Ltd. v. Dumart* (2), la Cour d'Appel de l'Ontario a nié à des anciens administrateurs d'une compagnie la possibilité d'invoquer le fait que leur nomination avait été irrégulière :

" If the Bank of Montreal should sue a customer for an overdraft in his banking account, would it be thinkable that the defendant should have the action dismissed upon an allegation or even proof that there was some irregularity at the last annual meeting and that the board of directors of the bank was improperly appointed and therefore it could not instruct solicitors or sue ? " (3)

Les tiers ne peuvent donc invoquer une irrégularité pour faire annuler une transaction, d'autant plus que si la personne en connaissait l'existence au moment de se lier envers la compagnie, elle serait malvenue de s'en plaindre (4). Néanmoins, la compagnie ne saurait invoquer cette connaissance du tiers au moment de la transaction pour refuser d'exécuter ses obligations à l'égard de celle-ci (5).

Finalement, l'opinion de Pennington ne se justifie pas, parce qu'il existe une distinction entre les actionnaires et les tiers. La jurisprudence anglaise l'a saisie implicitement en affirmant que les règlements d'une corporation constituent

(1) Stevens, op. cit., p. 748.

(2) 1927, 61 O.L.R. 478.

(3) Juge Middleton, p. 480. *Grammas v. Kensington Cafe Ltd.*, 1919, 3 W.W.R. 301.

(4) *Re Home & Foreign Investment & Agency Co. Ltd.*, 1912, 1 Ch. 72.

(5) *Reversion Fund & Insurance Co Ltd v. Maison Cosway Ltd.*, 1913, 1 K.B. 364.

un contrat entre celle-ci et les actionnaires.⁽¹⁾ Gower est du même avis :

" The memorandum and articles constitute a contract between the company and each member. This has been called a contract of the most sacred character since the shareholder advances his money in reliance upon it." (2)

Dans un jugement de l'Etat du Massachusetts, *Flint v. Pierce*⁽³⁾, le juge Wells reconnaît une nature contractuelle aux règlements. Stevens affirme que les règlements d'une corporation lient les actionnaires et les administrateurs, et que les uns et les autres peuvent en exiger l'application, " unless third persons will be unduly prejudiced thereby " ⁽⁴⁾. La position du droit canadien semble faire l'objet d'un peu plus d'hésitation. *Wegenast*⁽⁵⁾ est d'opinion que les actionnaires sont en droit de s'attendre à ce que les affaires de la compagnie soient conduites selon ses règlements. Cependant, on peut relever deux arrêts contradictoires sur la question de savoir si les règlements ont une nature contractuelle. D'abord l'arrêt *In Re Good & Jacob Schantz, Son & Co.*⁽⁶⁾ et l'arrêt *Theatre Amusement Co. v. Stone*⁽⁷⁾. Dans le premier, le juge Maclaren refuse aux règlements une nature contractuelle pour le motif que les règlements des compagnies canadiennes diffèrent des " articles " des compagnies anglaises⁽⁸⁾. Dans le deuxième, le juge Duff déclare que " the articles of association constitute a contract between the company and the shareholders which every shareholder is entitled to insist upon being carried out." ⁽⁹⁾

(1) *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cunningham*, 1906 2 Ch. 34. *Hickman v. Kent & Romney Sheep-Breeders Ass.* 1915, 1 Ch. 881.

(2) op. cit., p.261. Aussi, art. 20 de la loi anglaise de 1948.

(3) 1868, 99 Mass. 68, p. 70.

(4) op. cit., p. 748.

(5) op. cit., p. 325.

(6) 1910, 21 O.L.R. 153.

(7) 1915, 50 R.C.S. 32.

(8) à la page 158.

(9) à la page 37.

Selon nous, les by-laws des compagnies incorporées par lettres patentes possèdent une nature contractuelle autant que les articles des compagnies incorporées par memorandum. Du reste, un jugement ontarien le confirme : *Rands v. Hiram Walker, Gooderham & Worts Ltd.*⁽¹⁾

Section 2 - Les actionnaires et les administrateurs.

Sous-section 1 - Les actionnaires.

Ils sont en droit, nous l'avons dit, d'exiger que les règlements corporatifs soient appliqués fidèlement et de refuser de ratifier leur violation. Quand les intérêts individuels d'un actionnaire, c'est-à-dire ses droits personnels, sont en jeu comme dans la cause *Garden Gully United*, il peut, même seul, s'élever contre l'irrégularité et celle-ci n'est pas ratifiable par la majorité, car comme dit Martel⁽²⁾, un aspect essentiel de la protection de la minorité est son droit d'exiger qu'on se conforme aux règlements. La majorité ne peut par exemple empêcher l'actionnaire d'exiger que la compagnie respecte les termes des conditions attachées à son action privilégiée. Ainsi, un actionnaire peut introduire une action afin de prévenir une violation de ses droits individuels d'associé⁽³⁾. Lorsque c'est l'intérêt de la compagnie elle-même qui est en jeu, la solution est différente. Dans ce cas, le dommage est en fait subi par la compagnie. Or, il est clairement établi depuis l'arrêt *Foss v. Harbottle*⁽⁴⁾ que seule la victime, c'est-à-dire la compagnie, peut poursuivre pour un dommage qu'elle a subi. Cependant, le problème réside

(1) 1936, O.R. 488. La distinction ne concerne pas seulement la nature contractuelle, mais aussi la "constructive notice". Les règlements des compagnies constituées par lettres patentes ne seraient pas des documents publics. Voir Prentice, dans Ziegel, op. cit., vol. 1, p. 311. Fraser & Stewart, op. cit., p. 133. Martel, op. cit., vol. 2 p. 447. *Mtl. & St. Lawrence Light & Power Co. v. Robert*, 1906, A.C. 196 (203). In *Re McEachren & Sons Ltd.*, 1933, O.R. 349 (367).

(2) op. cit., vol. 2, p. 479. Voir aussi 1916, 25 B.R. 97.

(3) *Edwards v. Halliwell*, 1950, 2 All E.R. 1064.

(4) 1843, 2 Hare 461.

dans le fait que c'est le conseil d'administration qui est l'autorité compétente pour prendre une décision à cet effet. Et il ne sera sûrement pas intéressé à se censurer lui-même. Le seul recours de l'actionnaire sera de ne pas approuver les actes en litige dans le cas où ceux-ci doivent être approuvés par les actionnaires, c'est-à-dire s'ils sont ratifiables. Si la majorité ratifie l'acte, l'actionnaire minoritaire est sans recours :

" He is a minority shareholder and must endure the unpleasantness incident to that situation. If he chooses to risk his money by subscribing for shares, it is part of his bargain that he will submit to the will of the majority." (1)

Finalement, la seule véritable exception à l'arrêt *Foss v. Harbottle* est le cas de fraude à la minorité. L'acte frauduleux n'est pas ratifiable. Dans ce cas, l'actionnaire minoritaire pourra agir à la place de la compagnie, par action dérivative, par exemple lorsque les administrateurs-actionnaires majoritaires s'approprient certains actifs de la compagnie à un prix dérisoire (2).

L'acte posé doit présenter un certain caractère dolosif pour qu'il ne soit pas ratifiable. Par exemple, dans la cause *Heyting v. Dupont* (3), on a refusé de faire exception à l'arrêt *Foss v. Harbottle*. Il s'agissait d'un actionnaire minoritaire qui se pourvoyait en son nom et au nom de tous les autres actionnaires, sauf le défendeur, contre les actionnaires de la majorité, en réparation des dommages causés à la compagnie. Il invoquait l'abus d'autorité qui avait consisté à retenir un bien de la compagnie, mais sans faire état d'un dol envers la

(1) *Re Jury Gold Mine Development Co.*, 1928, 4 D.L.R. 735 (736). (2) *Cook v. Deeks*, 1916, 1 A.C. 554. Les détenteurs d'obligations ont le même recours que les actionnaires dans le cas de fraude à la minorité ; *British America Nickel Corp. v. O'Brien*, 1927, A.C. 369 (Conseil Privé), confirmant 57 O.L.R. 536.

(3) 1964, 2 All E.R. 273. Voir aussi *Pavlidis v. Jensen*, 1956 Ch. 565.

minorité, ni d'une usurpation de ce bien. Il fut considéré que l'action était irrecevable. Finalement, les tribunaux ont toujours hésité à intervenir dans l'administration interne des compagnies. Cette réticence se remarque même dans la jurisprudence québécoise⁽¹⁾.

Maintenant, un actionnaire peut-il alléguer la validité d'une transaction irrégulière en invoquant l'indoor management rule ? En tant qu'insider, c'est difficile à imaginer. L'actionnaire est toujours à même de connaître les formalités de régie interne de la compagnie, en raison de ses relations avec elle. Il ne saurait par conséquent être excusé de les ignorer :

" An outsider is one who is neither
an officer nor a member of the com- (2)
pany."

Mais Gower dit qu'un officier ou un actionnaire de la compagnie n'est pas pour autant un insider " for every official and shareholder cannot be expected to know what authority has been conferred on particular officers by the board ".⁽³⁾ Mentionnons une cause où un actionnaire s'est vu accorder le bénéfice de l'arrêt *Turquand v. Barget* : *Bargate v. Shortridge*⁽⁴⁾. Dans cette affaire, les actionnaires devaient, selon les règlements de la compagnie, obtenir le consentement du conseil d'administration avant de transférer leurs actions. Or, un actionnaire s'était servi, pour transférer ses actions, d'un consentement écrit qu'il pensait venir du conseil, alors qu'en fait ce consentement avait été donné par l'administrateur-gérant. Le tribunal a jugé que le transfert était valide car l'actionnaire était en droit

(1) *Western Quebec Investment Ltd. v. J.G. Bisson Construction & Engineering Ltd.*, 1972 C.S. 331. Voir aussi l'arrêt *Burrows v. Becker*, 1969 R.C.S. 162.

(2) *Morris v. Kanssen*, 1946 A.C. 459, p. 464.

(3) op. cit., 2e ed., 1957, p. 146.

(4) 1855, 5 H.L.C. 297.

de présumer que le consentement qu'il détenait était bien celui du conseil.

Aussi, dans une décision de l'Etat de New York, *Pearsall v. Western Union Telephone Co.*⁽¹⁾, on a jugé qu'un actionnaire, faisant affaire avec sa corporation en tant que client, n'était pas présumé connaître les résolutions adoptées par les administrateurs ni les règlements concernant les relations de la corporation avec sa clientèle.

Nous soulignerons enfin que l'art. 109, al. 3 du projet de loi fait défense à l'administrateur-gérant de déclarer des dividendes. Qu'arrivera-t-il si les actionnaires sont de bonne foi ? Pourraient-ils invoquer l'indoor management rule ? L'arrêt *Bargate*, précité, semble répondre par l'affirmative, mais cela ne nous paraît pas très convaincant car les pouvoirs discrétionnaires du conseil ne peuvent en principe être délégués. C'est pourquoi nous nous contenterons de poser la question.

Sous-section 2 - Les administrateurs.

On a déjà admis qu'un administrateur pouvait invoquer la protection de l'indoor management rule lorsqu'il n'agit pas en tant que tel dans une transaction avec la compagnie, mais plutôt en tant que tiers. C'est la cause *Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd.*⁽²⁾. Dans cette affaire, un administrateur avait prêté de l'argent à la filiale de sa compagnie et avait aussi garanti les prêts consentis à cette filiale par d'autres personnes. Or, un autre administrateur, qui avait irrégulièrement assumé les fonctions d'administrateur-gérant avec l'approbation du conseil, avait passé au nom de la compagnie une convention visant à indemniser l'administrateur prêteur. Le

(1) 124 N.Y. 256.

(2) 1967, 2 All E.R. 14. Pour une décision canadienne, voir *Thorold v. Neelon*, 18 O.A.R. 658 (665), infirmé cependant par 22 R.C.S. 390.

tribunal décida que ce dernier était en droit de faire exécuter la convention. Le juge Roskill dit :

" I do not think that the mere fact that a director of a company makes a contract with that company in a capacity other than that of a director, automatically affects him in the capacity in which he is contracting with constructive knowledge of such disabilities and limitations, as he might be deemed to know where he also acting for the company in the transaction in question. As counsel for the plaintiff said in the course of his reply, to extend this doctrine in the way suggested would have very far-reaching ramifications on ordinary day-to-day business transactions and would, or might, involve very often considerable enquiry before a contract could be signed what the respective position and authority was of a particular individual by whom it was proposed that a contract (1) should be signed."

A part ce cas exceptionnel, il est certain que les administrateurs, en raison de leur poste au sein de la corporation, comme dit l'art. 18, ne peuvent se plaindre des actes qu'il est de leur devoir d'accomplir correctement⁽²⁾. Dans la cause Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co.⁽³⁾, il s'agissait d'une compagnie qui avait acheté une propriété d'un de ses administrateurs. Une partie du prix d'achat consistait en 25 obligations de \$100.00 chacune. Or, les règlements de la compagnie prévoyaient que pour les emprunts supérieurs à \$1,000.00, les administrateurs devaient avoir l'autorisation préalable des actionnaires. Ils ne se préoccupèrent pas de l'obtenir et empruntèrent le montant nécessaire. A la liquidation de la compagnie, le détenteur des obligations reçut son dû, mais seulement jusqu'à concurrence de \$1,000.00 :

(1) à la page 25.

(2) Fraser & Stewart, op. cit., p. 620.

(3) 1888, 38 Ch.D. 156.

" Unfortunately for the holders of these debentures, they are all directors, and therefore, the well-known authorities which make it unnecessary to see whether the internal regulations of a company have been observed or not, do not apply; because of course the directors must be taken to know that the internal requirements of the company had not been observed in the case of these debentures." (1)

Dans l'arrêt *Morris v. Kanssen* (2), Lord Simonds refusa le bénéfice de la règle à un administrateur de facto. Il justifie ainsi sa décision :

" It is the duty of directors, and equally of those who purport to act as directors, to look after the affairs of the company, to see that it acts within its powers and that its transactions are regular and orderly. To admit in their favour a presumption that that is rightly done which they have themselves wrongly done is to encourage ignorance and condone dereliction from duty. It may be that in some cases, it may be that in this very case, a director is not blameworthy in his unauthorized act. It may be that in such a case, some other remedy is open to him, either against the company, or against those by whose fraud he was led into this situation, but I cannot admit that there is open to him the remedy of invoking this rule and giving validity to an otherwise (3) invalid transaction."

(1) Juge Kay, p. 170.

(2) 1946 A.C. 459.

(3) à la page 476.

CONCLUSION

Le titre III du projet de loi C-213 a le mérite de réconcilier les décisions des juges et de clarifier plusieurs situations incertaines. Comme le dit avec justesse Leon Getz, " Company law reform is much too serious a matter to be left to the judges: witness the development of the law of ultra vires contracts. It is only by legislation that rational reform can be effected."⁽¹⁾ Il sera intéressant de voir comment les nouvelles dispositions du projet seront accueillies et interprétées par les tribunaux canadiens. Il semble cependant qu'à première vue, le projet opère une refonte rationnelle et réaliste des pouvoirs des corporations et de leurs administrateurs, dépassant même en qualité le Business Corporation Act de l'Ontario, dont certains juristes canadiens vont jusqu'à demander une révision complète⁽²⁾, pour le motif qu'il ne répond déjà plus aux exigences actuelles.

Le projet de loi renforce non seulement la protection des tiers, mais il la précise en rendant compte d'une manière plutôt exhaustive du contexte jurisprudentiel canadien. D'un autre côté, cet accroissement de la sécurité commerciale va de pair avec celui de la responsabilité des administrateurs. Contrairement à la situation antérieure où cette responsabilité était plus ou moins neutralisée par le jeu des nullités, l'administrateur moderne assume une fonction sociale et non seulement une fonction corporative. Par là, il se trouve à devoir rendre compte de ses actes non seulement à l'égard de la compagnie et de ses actionnaires, mais aussi à l'égard du public en général, d'où la nécessité pour lui de redoubler à la fois de compétence et d'honnêteté professionnelle. La sécurité accrue qu'exige le tissu complexe des transactions commerciales est à ce prix.

(1) op. cit., p. 80.

(2) Barkway, M., Financial Times of Canada, 13 août 1973.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages Généraux

Ballantine, On Corporations, Chicago, Callaghan & Co, 1946.

Fraser & Stewart, Company Law of Canada, Toronto, Carswell Co.Ltd., 5e éd., 1962.

Giguère, M., Les Devoirs des Dirigeants de Sociétés par Actions, Presses de l'Université Laval, Québec, 1967.

Gourlay, P.G., Le Conseil d'Administration de la Société Anonyme, Paris, Sirey, 1971.

Gower, L.C.B., Modern Company Law, Londres, Stevens & Sons, 3e éd., 1969.

Martel, M., Les Aspects Juridiques de la Compagnie au Québec, 2 vol., Montréal, 1970.

Palmer & Prentice, Cases and Materials on Company Law, Toronto, Butterworths, 1969.

Pennington, R., Principles of Company Law, Londres, Butterworths, 2e éd., 1967.

Ripert et Roblot, Traité Élémentaire de Droit Commercial, Paris, L.G.D.J., 1972.

Stevens, On Corporations, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 2e éd., 1949.

Tunc, A., Droit Anglais des Sociétés Anonymes, Paris, Dalloz, 1971.

Wegenast, F., The Law of Canadian Companies, Toronto, Burroughs & Co. Eastern Ltd., 1931.

Ziegel, J., (editeur), Studies in Canadian Company Law, Toronto, Butterworths, vol. 1 (1967) et vol. 2 (1973).

Documents et Articles de Revues

Barkway, M., The New Corporations Act: Bill C-213, dans Financial Times of Canada, 13, 20 et 27 août 1973, 3, 10 et 17 septembre 1973.

Baxter, I., Unjust Enrichment in the Canadian Common Law and in Quebec Law: Frustration of Contract, 1954, 32 Canadian Bar Review, p. 855.

Calais-Auloy, J., Devoirs et Responsabilité des Administrateurs de Compagnie dans la Province de Québec, 1971, 23 Revue Internationale de Droit Comparé, p. 591.

Dickerson, R., Getz, L., & Howard, J., Propositions pour un Droit Nouveau des Corporations Commerciales Canadiennes, Ottawa, 1972 (Rapport Dickerson).

Getz, L., Ultra Vires and Some Related Problems, 1969, 3 U.B.C. Law Review, p. 30.

Gower, L.C.B., Final Report of the Commission of Inquiry into the Working and Administration of the Present Company Law of Ghana (Draft Ghana Companies Code), Londres, 1961.

Houin, R., Où en est le Droit des Sociétés dans le Marché Commun ?, 1968, 4 Revue Trimestrielle de Droit Européen, p. 131.

Howard, J., The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada: Concepts and Policies, 1972, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, p. 17.

Lawrence, A., Interim Report of the Select Committee on Company Law, Ontario Legislature, 1967.

Loussouarn, Y., Les Sociétés et la C.E.E., 1971, Revue du Marché Commun, p. 59.

Thompson, A.R., Company Law Doctrines and Authority to Contract, 1956, 11 University of Toronto Law Journal, p. 248.

Tunc, A., Un Projet Canadien de Loi sur les Sociétés par Actions, 1972, Revue Internationale de Droit Comparé, p. 411.

Van Ommeslaghe, P., La Première Directive du 9 mars en Matière de Sociétés, 1969, Cahiers de Droit Européen, p. 619.

TEXTE DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE
DU 9 MARS 1968.

TEXTE DE LA DIRECTIVE

PREMIÈRE DIRECTIVE DU CONSEIL

du 9 mars 1968

tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

(68/151/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 54 paragraphe 3 sous g),

vu le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement¹, et notamment son titre VI,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis de l'Assemblée²,

vu l'avis du Comité économique et social³,

considérant que la coordination prévue par l'article 54 paragraphe 3 sous g) et par le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement est urgente, notamment à l'égard des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, car l'activité de ces sociétés s'étend souvent au-delà des limites du territoire national ;

considérant que la coordination des dispositions nationales concernant la publicité, la validité des engagements de ces sociétés et la nullité de celles-ci revêt une particulière importance, notamment en vue d'assurer la protection des intérêts des tiers ;

considérant que, dans ces domaines, des dispositions communautaires doivent être arrêtées simultanément pour ces sociétés, car elles n'offrent comme garantie vis-à-vis des tiers que le patrimoine social ;

¹ JO n° 2 du 15.1.1962, p. 36/62.

² JO n° 96 du 28.5.1966, p. 1519/66.

³ JO n° 194 du 27.11.1964, p. 3248/64.

considérant que la publicité doit permettre aux tiers de connaître les actes essentiels de la société et certaines indications la concernant, notamment l'identité des personnes qui ont le pouvoir de l'engager ;

considérant que la protection des tiers doit être assurée par des dispositions limitant, autant que possible, les causes de non-validité des engagements pris au nom de la société ;

considérant qu'il est nécessaire, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité ainsi que l'effet rétroactif de la déclaration de nullité et de fixer un délai bref pour la tierce opposition à cette déclaration,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE :

Article premier

Les mesures de coordination prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux formes de sociétés suivantes :

— *Pour l'Allemagne :*

die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ;

— *Pour la Belgique :*

de naamloze vennootschap,	la société anonyme,
de commanditaire vennootschap op aandelen,	la société en commandite par actions,
de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid ;	la société de personnes à responsabilité limitée ;

— *Pour la France :*

la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée ;

— *Pour l'Italie :*

società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata ;

— *Pour le Luxembourg :*

la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée ;

— *Pour les Pays-Bas :*

de naamloze vennootschap, de commanditaire vennootschap op aandelen.

SECTION I

PUBLICITÉ.

Article 2

1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que la publicité obligatoire relative aux sociétés porte au moins sur les actes et indications suivants :

- a) l'acte constitutif, et les statuts s'ils font l'objet d'un acte séparé ;
- b) les modifications des actes mentionnés sous a), y compris la prorogation de la société ;
- c) après chaque modification de l'acte constitutif ou des statuts, le texte intégral de l'acte modifié dans sa rédaction mise à jour ;
- d) la nomination, la cessation des fonctions ainsi que l'identité des personnes qui, en tant qu'organe légalement prévu, ou membres de tel organe
 - i) ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice,
 - ii) participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société.

Les mesures de publicité doivent préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement.

- e) au moins annuellement, le montant du capital souscrit, lorsque l'acte constitutif ou les statuts mentionnent un capital autorisé, à moins que toute augmentation du capital souscrit n'entraîne une modification des statuts ;
- f) le bilan et le compte de profits et pertes de chaque exercice. Le document qui contient le bilan doit indiquer l'identité des personnes qui, en vertu de la loi, sont appelées à certifier celui-ci. Toutefois, pour les sociétés à responsabilité limitée de droit allemand, belge, français, italien ou luxembourgeois, mentionnées à l'article 1^{er}, ainsi que pour les sociétés anonymes fermées du droit néerlandais, l'application obligatoire de cette disposition est reportée jusqu'à la date de mise en œuvre d'une directive portant sur la coordination du contenu des bilans et des comptes de profits et pertes, et dispensant de l'obligation de publier tout ou partie de ces documents celles de ces sociétés dont le montant du bilan est inférieur à un chiffre qu'elle fixera. Le Conseil arrêtera cette directive dans les deux ans suivant l'adoption de la présente directive ;
- g) tout transfert du siège social ;
- h) la dissolution de la société ;
- i) la décision judiciaire prononçant la nullité de la société ;

- j) la nomination et l'identité des liquidateurs ainsi que leurs pouvoirs respectifs, à moins que ces pouvoirs ne résultent expressément et exclusivement de la loi ou des statuts ;
 - k) la clôture de la liquidation et la radiation du registre dans les Etats membres où celle-ci entraîne des effets juridiques
2. Pour l'application du paragraphe 1 sous f), sont considérées comme sociétés anonymes fermées, celles qui répondent aux conditions suivantes :
- a) elles ne peuvent pas émettre d'actions au porteur ;
 - b) aucun « certificat au porteur d'actions nominatives » au sens de l'article 42 c du Code de commerce néerlandais ne peut être mis en circulation par quelque personne que ce soit ,
 - c) les actions ne peuvent pas être cotées en bourse ,
 - d) les statuts contiennent une clause d'agrément de la société pour toute cession d'actions à des tiers, à l'exception des transmissions à cause de mort et à l'exception, si les statuts le prévoient, des transmissions au conjoint, aux ascendants et aux descendants ; la cession doit, à l'exclusion de tout acte en blanc, être faite soit par acte sous seing privé signé par le cedant et le cessionnaire, soit par acte authentique ;
 - e) les statuts indiquent le caractère de société anonyme fermée , la dénomination sociale comporte les mots « Besloten Naamloze Vennootschap » ou le sigle « B N V. ».

Article 3

1. Dans chaque Etat membre un dossier est ouvert auprès, soit d'un registre central, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés, pour chacune des sociétés qui y sont inscrites.
2. Tous les actes et toutes les indications qui sont soumis à publicité en vertu de l'article 2 sont versés au dossier ou transcrits au registre ; l'objet des transcriptions au registre doit en tout cas apparaître dans le dossier.
3. Copie intégrale ou partielle de tout acte ou de toute indication visés à l'article 2 doit pouvoir être obtenue par correspondance sans que le coût de cette copie puisse être supérieur au coût administratif.
Les copies transmises sont certifiées « conformes », à moins que le demandeur ne renonce à cette certification.
4. Les actes et indications visés au paragraphe 2 font l'objet, dans le bulletin national désigné par l'Etat membre, d'une publication soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre.
5. Les actes et indications ne sont opposables aux tiers par la société qu'après la publication visée au paragraphe 4, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient connaissance. Toutefois, pour les opérations

intervenues avant le seizième jour suivant celui de cette publication, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance.

6. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour éviter toute discordance entre la teneur de la publication dans la presse et celle du registre ou du dossier.

Toutefois, en cas de discordance, le texte publié dans la presse ne peut être opposé aux tiers ; ceux-ci peuvent toutefois s'en prévaloir, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du texte déposé au dossier ou transcrit au registre.

7. Les tiers peuvent, en outre, toujours se prévaloir des actes et indications pour lesquels les formalités de publicité n'ont pas encore été accomplies, à moins que le défaut de publicité ne les prive d'effet.

Article 4

Les Etats membres prescrivent que les lettres et notes de commande portent les indications suivantes :

- un registre auprès duquel le dossier mentionné à l'article 3 est ouvert ainsi que le numéro d'immatriculation de la société dans ce registre ;
- la forme de la société, le lieu de son siège social et, le cas échéant, l'état de liquidation dans lequel elle se trouve.

Si dans ces documents il est fait mention du capital de la société, l'indication doit porter sur le capital souscrit et versé.

Article 5

Chaque Etat membre détermine les personnes tenues d'accomplir les formalités de publicité.

Article 6



Les Etats membres prévoient des sanctions appropriées en cas :

- de défaut de publicité du bilan et du compte de profits et pertes telle qu'elle est prescrite à l'article 2 paragraphe 1 sous f) ;
- d'absence sur les papiers commerciaux des indications obligatoires prévues à l'article 4.

SECTION

VALIDITÉ DES ENGAGEMENTS DE LA SOCIÉTÉ

Article 7

Si des actes ont été accomplis au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité morale, et si la société ne reprend pas les engagements résultant de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire

Article 8

L'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance

Article 9

1. La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes.

Toutefois, les Etats membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent les limites de l'objet social, si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

2. Les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées.

3. Si la législation nationale prévoit que le pouvoir de représenter la société peut, par dérogation à la règle légale en la matière, être attribué par les statuts à une seule personne ou à plusieurs personnes agissant conjointement, cette législation peut prévoir l'opposabilité de cette disposition des statuts aux tiers à condition qu'elle concerne le pouvoir général de représentation ; l'opposabilité aux tiers d'une telle disposition statutaire est réglée par les dispositions de l'article 3.

SECTION III

NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ.

Article 10

Dans tous les Etats membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications à ces actes doivent être passés par acte authentique.

Article 11

La législation des Etats membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes :

1. la nullité doit être prononcée par décision judiciaire ;
2. les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont :
 - a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique ;
 - b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société ;
 - c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social ;
 - d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social ;
 - e) l'incapacité de tous les associés fondateurs ;
 - f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité.

Article 12

1. L'opposabilité aux tiers d'une décision judiciaire prononçant la nullité est réglée par les dispositions de l'article 3. La tierce opposition, lorsque le droit national la prévoit, n'est recevable que pendant un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire.
2. La nullité entraîne la liquidation de la société, comme peut l'opérer la dissolution.

3. La nullité ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des engagements de la société ou de ceux pris envers elle, sans préjudice des effets de l'état de liquidation.

4. La législation de chaque Etat membre peut régler les effets de la nullité entre associés.

5. Les porteurs de parts ou d'actions demeurent tenus au versement du capital souscrit et non libéré, dans la mesure où les engagements pris envers les créanciers l'exigent.

SECTION IV

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Article 13

Les Etats membres mettent en vigueur, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la directive, toutes modifications de leurs dispositions législatives, réglementaires ou administratives nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente directive et en informent immédiatement la Commission.

L'obligation de publicité prévue à l'article 2 paragraphe 1 sous f) n'entre en vigueur, pour les sociétés anonymes de droit néerlandais autres que celles visées à l'actuel article 42 c du Code de commerce néerlandais, que trente mois après la notification de la présente directive.

Les Etats membres pourront prévoir que la publicité afférente au texte intégral des statuts, dans la rédaction résultant des modifications survenues depuis la constitution de la société, ne sera exigée pour la première fois que lors de la prochaine modification des statuts ou, à défaut, au plus tard le 31 décembre 1970.

Les Etats membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 14

Les Etats membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 9 mars 1968.

Par le Conseil,

Le président :

M. COUVE DE MURVILLE.