

LES SÛRETÉS DANS UN CONTEXTE D'AIDE FINANCIÈRE À UN ACTIONNAIRE

Louis Payette

Volume 14, numéro 1, 1983

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110193ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19692>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Payette, L. (1983). LES SÛRETÉS DANS UN CONTEXTE D'AIDE FINANCIÈRE À UN ACTIONNAIRE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 14(1), 325–373. <https://doi.org/10.17118/11143/19692>

LES SÛRETÉS DANS UN CONTEXTE D'AIDE FINANCIÈRE À UN ACTIONNAIRE

par Louis PAYETTE*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	327
I. POUVOIR DE PRÊTER ET DE CAUTIONNER	328
A. Partie I de la Loi sur les compagnies	329
a) Interprétation de l'article 31	329
b) L'article 95 prohibe-t-il le cautionnement?	331
c) Aide financière par la compagnie en vue de faciliter l'achat de ses propres actions	335
1) La règle canadienne <i>l'ultra vires</i>	335
2) Tempérament à la règle	338
3) Cautionnement des dettes d'un actionnaire en d'autres circonstances	342
B. Loi sur les sociétés commerciales canadiennes et partie IA de la Loi sur les compagnies	344
C. Conclusions	345
D. Autres législations provinciales	345
II. L'AIDE FINANCIÈRE PERMISE PAR L'ARTICLE 42 DE LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES CANADIENNES	346
A. L'article 42 de la Loi	347
B. Personnes à qui l'interdiction est faite	347
a) Une société	347
b) Une société de son groupe	348
C. L'aide financière interdite	350

* D. Phil. (Oxon), avocat à l'étude Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque de Montréal.

D. Personnes que l'article 42 interdit d'avantager	351
a) Premier exemple	352
b) Second exemple	353
E. Exceptions à la prohibition	354
F. Tests financiers	355
III. L'AIDE FINANCIÈRE SUIVANT L'ARTICLE 123.(66) DE LA PARTIE IA DE LA LOI SUR LES COMPAGNIES	358
IV. SANCTIONS D'UNE VIOLATION	359
A. Loi sur les compagnies du Québec (partie I)	360
a) Prêt prohibé	360
b) Cautionnement et autres formes d'aide financière	363
c) Application de la doctrine de l'"indoor management rule"?	365
B. Loi sur les sociétés commerciales canadiennes	366
a) Nullité relative	366
b) Le prêteur de bonne foi	366
c) Connaissance réelle ou réputée de l'infraction	370
d) Responsabilité des administrateurs	372
C. Loi sur les compagnies (partie IA)	372
CONCLUSION	373

INTRODUCTION

Un financement de son entreprise ou une transaction sur ses actions constituent deux circonstances où une corporation est fréquemment appelée à apporter une aide financière à un actionnaire. Dans un contexte de financement, le prêteur exigera des garanties de la filiale de l'emprunteur, que ce soit un cautionnement ou une sûreté sur les actifs de cette filiale. Dans un contexte de transaction sur les actions de la corporation, la personne qui se porte acquéreur des actions cherchera à se faire financer par la corporation ou à faire garantir par celle-ci le prix d'achat qu'il doit. Le conseiller juridique de la corporation ou celui du prêteur qui assure le financement doit alors tenir compte de problèmes légaux dont l'homme d'affaires ne mesure pas toujours l'importance ou l'étendue.

On sait que pour trouver une solution à ces problèmes, le conseiller juridique doit parfois suggérer de modifier la structure du financement proposé. Il suggérera, par exemple, que le prêteur avance une partie des fonds directement à la filiale ou que la personne morale mère avance à sa filiale, sur prêt garanti, une partie des fonds empruntés et transporte à son tour en garantie cette créance au prêteur; parfois il recommandera de continuer une compagnie régie par la Partie I en une compagnie régie par la Partie IA. Parfois encore il faudra avoir recours à une compagnie régie par une autre loi autre que celle du Québec ou autre que la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ou encore, le cas l'admettant, à la technique d'émission d'actions rachetables.

Profondément enraciné dans notre droit des compagnies se trouve le principe de la protection de l'intégrité du capital. Les sommes versées par les actionnaires pour former le capital-actions de la corporation ne doivent pas leur revenir avant liquidation. Pendant longtemps dans l'histoire de notre droit corporatif, cette règle ne devait pas souffrir d'exception. Ce principe général a lui même donné lieu à la règle suivant laquelle une compagnie ne peut racheter ses actions, puis à celle suivant laquelle elle ne peut prêter son assistance à une transaction sur ses actions. C'est sans doute également ce principe qui a motivé le législateur, depuis 1920 au Québec¹ et dans plusieurs juridictions au Canada dès les toutes premières lois sur les compagnies, à défendre à une compagnie de consentir un prêt à son actionnaire. Dans ce contexte, les tribunaux canadiens ont été appelés à maintes reprises à juger de la validité d'aides financières apportées par une compagnie à son actionnaire. Cette jurisprudence, rendue à propos de dispositions

1. (1920) 10 Geo. V, c. 72, art. 1.

législatives variant d'une juridiction à une autre au Canada n'est pas toujours, cela s'explique, uniforme.

Le législateur fédéral et celui du Québec ont, à l'occasion des réformes de la dernière décennie, codifié ce qui leur paraissait être, ou devoir être, le droit sur le sujet de l'aide financière apportée par une corporation à son actionnaire. Les nouvelles dispositions sur le rachat des actions que contiennent la loi fédérale et la loi provinciale se sont, tout naturellement, reflétées sur la rédaction des articles sur l'aide financière en ceci qu'on y retrouve l'obligation pour la corporation de respecter des tests de solvabilité qui sont substantiellement les mêmes.

Dans un premier temps, nous reverrons les règles relatives au pouvoir d'une corporation de prêter et de cautionner en examinant plus particulièrement le cas d'une compagnie régie par la première partie de la *Loi sur les compagnies du Québec*. Nous examinerons ensuite les règles établies par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* puis celles édictées à la partie IA de la *Loi sur les compagnies du Québec*. Enfin nous traiterons des sanctions aux violations de la loi dans ce domaine.

I. POUVOIR DE PRÊTER ET DE CAUTIONNER

L'aide financière qu'apporte une corporation à son actionnaire prend généralement la forme de l'une ou l'autre des trois opérations suivantes: prêt à cet actionnaire, cautionnement d'un engagement de cet actionnaire ou, troisièmement, octroi d'une garantie soit pour appuyer le cautionnement donné, soit pour assurer directement l'exécution de l'engagement de l'actionnaire (certains parlent alors de "cautionnement réel"). L'aide financière prend donc le plus souvent la forme d'un prêt, d'un cautionnement ou d'un "cautionnement réel".

Une première question qui se soulève à cet égard a trait au pouvoir général d'une compagnie de prêter de l'argent ou de cautionner. Nous examinerons très brièvement l'existence et l'étendue de ce pouvoir à propos des compagnies régies par la partie I de la *Loi sur les compagnies du Québec*², puis des compagnies régies par la partie IA de cette loi et enfin des sociétés régies par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*³.

La partie I de la *Loi sur les compagnies* ne comporte pas de disposition spécifique sur l'aide financière apportée par la compagnie à l'occasion d'une transaction sur ses actions, contrairement à la partie

2. L.R.Q. 1977, c. C-38.

3. Elizabeth II, 1974-75-76, c. 33.

IA et à la loi fédérale dont les articles 123.66 et 42 respectivement traitent du sujet. Aussi avant de passer à la seconde partie, où ces deux derniers articles seront analysés, y aura-t-il lieu de traiter du caractère *ultra vires* des pouvoirs d'une compagnie régie par la partie I que peut parfois revêtir pareille aide financière.

A. Partie I de la Loi sur les compagnies

Une compagnie constituée par lettres patentes a, en principe, pleine capacité de poser les actes utiles pour la réalisation des objets décrits dans ses lettres patentes ou implicitement autorisées par celles-ci, sous réserve cependant des restrictions ou des dispositions établies à la loi la régissant. Parmi ces dispositions se trouve l'article 31.

a) Interprétation de l'article 31

Le paragraphe f) de l'article 31 mentionne que la compagnie peut:

"31f) faire des prêts à toute corporation, société ou personne en relations d'affaires avec la compagnie, ainsi qu'à toute corporation dans le fonds social de laquelle elle possède des actions ou dont elle détient des obligations, les aider à obtenir des fonds et garantir l'exécution de leurs engagements".

La liste des pouvoirs énumérés à cet article 31 est-elle exhaustive? La mention dans un de ses paragraphes de l'exercice d'un pouvoir exclut-elle la possibilité que tel pouvoir puisse s'exercer en d'autres circonstances? Si on interprète l'article 31 d'une manière restrictive il faut conclure qu'une compagnie ne peut devenir prêteur ou caution qu'à l'égard d'une personne avec laquelle elle est en relation d'affaires ou d'une compagnie dont elle détient des valeurs, sauf si ses lettres patentes prévoient un pouvoir plus vaste (possibilité que l'article 31 évoque à son avant-dernier alinéa).

Certains ont cru qu'il fallait ici appliquer la règle *expressio unio, exclusio alterius*. Puisque le pouvoir de prêter et de cautionner est mentionné au paragraphe f) mais qu'on l'y restreint à des circonstances précises, il faudrait interpréter l'article comme excluant le pouvoir de prêter ou de cautionner dans des circonstances différentes⁴. Ceci équivaut à nier à la compagnie un pouvoir général de prêter ou de cautionner.

À cause de cette interprétation beaucoup de praticiens insistent-ils sur l'établissement de relations d'affaires entre les deux compagnies qui se proposent de se prêter ou de se cautionner et, de plus, recommandent la consécration formelle de ces relations d'affaires dans un

4. Voir *Quebec Corporations Manual*, Richard de Boo, p.2005 (23.4.76) et *Manuel des Corporations du Québec*, Richard de Boo, 1983, p. 421.

document contractuel; ce document établit la preuve qu'une des deux conditions de l'article 31 f) est remplie.

D'autres rejettent cette interprétation stricte en soulignant que l'article 31 renvoie spécifiquement "aux droits et privilèges que stipule le Code civil à l'égard des corporations". Or l'article 358 C.c. mentionne, entre autres, qu'une corporation peut "s'obliger et obliger les autres envers elle". Ils en concluent qu'une compagnie régie par cet article possède un pouvoir plus général de prêter ou de cautionner que celui qu'exprime le paragraphe f) de l'article 31:

"Nonobstant ce qui *prima facie* pourrait être considéré comme une restriction au chapitre de la garantie, l'article 29 (maintenant 31) lu dans son ensemble n'impose pas de prohibition au pouvoir de la compagnie du Québec de garantir ou cautionner les obligations d'autrui, même s'il s'agit d'une personne avec laquelle la compagnie n'entretient pas de relations d'affaires"⁵.

C'est ce dernier point de vue que la Cour d'appel du Québec a adopté récemment dans l'affaire *Caisse populaire de Charlesbourg c. Marceau*⁶. Dans cette affaire, sur les faits de laquelle nous reviendrons, la Cour supérieure avait jugé que le pouvoir d'une compagnie de faire des prêts ou de consentir des cautionnements se limitait à ce que prévoit l'article 31 f). Le jugement de la Cour supérieure fut renversé par la Cour d'appel. Sur ce point particulier, deux juges se sont déclarés en désaccord avec le tribunal de première instance⁷; selon eux, l'article 31 n'empêche pas une compagnie d'octroyer un cautionnement dans des circonstances différentes de celles que prévoit son paragraphe f). Il faut considérer, juge la Cour d'appel, que chacune des dispositions de l'article 31 et des articles 357 et 358 du Code civil forment un tout. Il faut tenir compte de cet ensemble pour apprécier les pouvoirs d'une compagnie. Or il se dégage de cet ensemble que le paragraphe f) de l'article 31 n'est pas limitatif. Un argument additionnel est mis de l'avant, à l'appui de leur jugement: si, pour prendre l'exemple du prêt, tout prêt fait dans des circonstances autres que celles prévues à l'article 31 f) était interdit, pourquoi le législateur, à l'article 92 (maintenant 95), prendrait-il la peine de prohiber un prêt à un actionnaire?

"That is clearly not the case in this instance, but I am not prepared to conclude, as did the trial judge, that the inclusion of this particular power in section 29 (f) necessarily prohibits a company from giving guarantees under different cir-

5. R. BEAULIEU, "Capacités, objets, pouvoirs des corporations dans le Québec", dans *Études sur le droit canadien des compagnies*, Toronto, p.222.

6. Non rapporté: C.A.Q., no 200-09-000243-789, 1^{er} avril 1981. (voir annexe "A").

7. M. le juge Kaufman, p. 11 de ses notes, avec lequel concourt M. le juge Monet.

cumstances. I find support for this view in the inclusion in the Act of section 92, which specifically deals with 'loans' to the shareholders of a company"⁸.

Ce dernier argument convainc moins que l'autre. En effet, même si l'article 31 f) était limitatif, l'article 95 pourrait encore recevoir un sens: celui d'empêcher l'exercice du pouvoir mentionné à l'article 31 f) en faveur d'un actionnaire.

b) L'article 95 prohibe-t-il le cautionnement?

S'il se dégage de ce qui précède qu'une compagnie régie par la partie I de la *Loi sur les compagnies* jouit d'une capacité générale de prêter ou de cautionner, dans le cadre de la poursuite de ses objets, reste que le législateur à l'article 95 a prononcé un interdit très clair: "La compagnie ne peut faire de prêt à aucun de ses actionnaires".

Cette prohibition est absolue en ce sens qu'on n'y a prévu aucune exception. Elle a lieu quelle que soit l'utilisation projetée du produit du prêt. Elle a lieu même si l'actionnaire concerné est une personne morale mère qui possède la totalité des actions de la compagnie qui voudrait prêter.

Par ailleurs cette prohibition est restreinte. Elle ne vise que les actionnaires. Elle ne devrait pas s'étendre aux actionnaires des actionnaires. Lorsque le législateur du Québec veut viser ou atteindre les actionnaires des actionnaires, il le dit expressément; ainsi à l'article 123.66 de la *Loi sur les compagnies*, il interdit à la compagnie de prêter, entre autres, "à son actionnaire, à l'actionnaire de sa corporation mère"⁹.

La prohibition s'adresse aux "prêts"; quelle que soit la forme de ce prêt — par exemple celle d'une ouverture de crédit¹⁰ — il sera interdit. S'étend-elle au cautionnement?

Suivant un certain courant d'opinion, l'interdiction posée par l'article 95 de prêter à un actionnaire comprend une prohibition de le cautionner. Le raisonnement tenu est le suivant: la personne qui s'engage à titre de caution s'expose à payer un jour le montant dû au créancier. Qui cautionne paie, dit une vieille maxime. Par la subrogation qui s'opérera le jour où elle paiera, la compagnie sera devenue

8. M. le juge Kaufman, p. 11 de ses notes.

9. Dans *Lagacé c. Lagacé et al.*, (1966) C.S. 489, 501 le tribunal laisse entendre que l'article 92 (maintenant 95) défend aussi à la compagnie de prêter aux administrateurs. Toutefois, ce n'est pas ce que le texte de l'article dit.

10. *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, J.E. 82-242.

créancière de son actionnaire, pour le montant qu'elle a ainsi payé. On aura alors accompli, indirectement, ce que la loi prohibe de faire¹¹.

D'autres soutiennent¹², à l'encontre de ce raisonnement, qu'il faut interpréter strictement une prohibition et qu'on ne doit pas étendre celle de l'article 95 au-delà des mots employés. Un prêt représente un actif; un cautionnement représente un engagement. Un cautionnement n'est pas un prêt. Cela ne fait aucun doute en droit civil. En droit des compagnies, cela est apparent par la juxtaposition à l'article 123.66 de la *Loi sur les compagnies* des mots "prêt, cautionnement ou toute autre forme d'aide financière". Cet article 123.66 démontre précisément que lorsque le législateur a voulu interdire le cautionnement, il l'a fait d'une manière explicite.

Il existe peu de précédents judiciaires sur ce sujet.

On cite parfois l'arrêt *Spécialités Françaises Ltée c. Mérineau*¹³ comme autorité à l'effet que la prohibition de l'article 95 s'étend au cautionnement. En fait cet arrêt décide exactement le contraire. Le tribunal y déclare que si le cautionnement donné en l'affaire pouvait être assimilé à un prêt, la sanction consisterait en la pénalité prévue par l'article 95 et en rien d'autre; mais il décide que tel n'est pas le cas, et que ce n'est pas la sanction de l'article 95 qu'il faut appliquer, mais plutôt la sanction de nullité qui se rattache aux actes *ultra vires* des pouvoirs d'une compagnie¹⁴. Le cautionnement donné pour garantir le paiement de l'achat d'actions émises et payées de la compagnie y fut en effet déclaré nul, non pas parce que contraire à l'article 95, mais comme *ultra vires* des pouvoirs de la compagnie; celle-ci, décide le tribunal, ne peut aider quelqu'un à acheter ses propres actions.

Il y a cinq ans, la Cour supérieure se prononçait dans un sens différent dans l'affaire *Caisse populaire de Charlesbourg c. Marceau*¹⁵. Dans cette affaire une compagnie prenait action contre son créancier

11. R. BEAULIEU, *loc. cit.*, note 5, 222-223. M. et P. MARTEL, *La Compagnie au Québec*, Montréal, 1976, p. 23-9; RENAUD et SMITH, *Droit québécois des corporations commerciales*, vol. 3, Montréal, 1977, pp. 1601-1602.

12. M. DENNIS, "Loan Agreements: A Quebec Practitioner's View", (1981) *Conferences Memorial Meredith* 343: "The language of section 95 refers only to loan and in that respect is clear and leaves no room for interpretation. A guarantee is not a loan and the language of the section does not reveal any intention on the part of the legislator that the word 'loan' should be understood otherwise than in its ordinary meaning which would not include guarantee".

13. (1968) C.S. 520.

14. (1968) C.S. 522.

15. C.S. Québec, no 200-05-001585-75, 29 mars 1978.

et y réclamait la nullité d'un cautionnement qu'elle avait elle-même consenti, de même que la nullité d'une hypothèque qu'elle avait elle-même créée à l'appui de son cautionnement, suite aux circonstances suivantes. Un individu avait acheté la totalité des actions ordinaires émises de la compagnie. Une partie du prix d'achat de ces actions fut payé grâce au produit d'un emprunt qu'il fit auprès de la Caisse populaire de Charlesbourg. La compagnie dont il avait acquis les actions se porta caution de cet emprunt et hypothéqua son immeuble pour garantir son cautionnement en faveur de la Caisse populaire. L'acheteur n'ayant pu remplir le reste de ses obligations, le vendeur reprit possession des actions vendues de même que la direction de la compagnie, et celle-ci intenta subséquemment l'action en nullité du cautionnement et de l'hypothèque.

Le tribunal de première instance accueillit l'action, pour deux motifs principaux. Le tribunal trouve inadmissible, premièrement, que la compagnie ait cautionné une personne avec laquelle elle n'avait pas de relation d'affaires, contrairement à l'article 29f) (maintenant 31f)) de la *Loi sur les compagnies*. Il juge, deuxièmement, que le cautionnement par une compagnie de la dette de son actionnaire viole l'article 92 (maintenant 95) qui prohibe le prêt à un actionnaire.

"Il résulte, en conclut le tribunal, qu'en garantissant le remboursement du prêt la Compagnie excédait ses pouvoirs d'où il faut conclure que l'engagement apparemment contracté par elle est radicalement nul puisqu'une Compagnie est limitée dans ses pouvoirs à ceux qui lui sont conférés par la Loi, autrement dit elle détient ses pouvoirs de par la Loi et ne peut exercer que ceux qui lui sont conférés"¹⁶.

Ce jugement fut renversé par un banc unanime de la Cour d'appel¹⁷ pour des motifs variés. Un premier juge écrit dans ses notes qu'il ne faut pas voir dans la description à l'article 29f) d'un certain pouvoir de cautionner une interdiction à une compagnie de cautionner en d'autres circonstances; qu'il n'est pas sûr que l'interdiction de prêter à l'article 92 comporte celle de cautionner, mais qu'il n'a pas à le décider puisque la contravention à l'article 92 n'emporte pas nullité, mais plutôt responsabilité personnelle des administrateurs de la compagnie¹⁸. Un second juge estime qu'il y avait eu relation d'affaires entre l'acquéreur des actions et la compagnie, mais qu'il n'y a pas à décider si l'article 29(f) s'appliquait à la cause; que la transaction en litige ne constituait pas pour la compagnie un trafic de ses propres actions

16. Extrait rapporté au jugement de la Cour d'appel.

17. C.A. Québec, no 200-09-000243-789, 1^{er} avril 1981.

18. M. le juge Kaufman, pp. 11 et 12 de ses notes.

mais concernait plutôt des actions déjà émises et payées avec la conséquence que la compagnie ne s'exposait pas alors à perdre les argents qu'elle avait l'obligation de réaliser sur émission des actions de son capital autorisé; qu'il doutait qu'on puisse assimiler un cautionnement à un prêt consenti à un actionnaire, mais que de toute façon les actes faits en contravention de l'article 92 n'étaient pas nuls¹⁹. Le troisième juge²⁰ déclare dans ses notes arriver aux mêmes conclusions que ses collègues.

Tout compte fait, le jugement de la Cour d'appel ne tranche donc pas cet aspect de la question et laisse ouvert le débat. Toutefois cette décision est très sécurisante du point de vue des prêteurs puisqu'il se prononce en faveur de la validité des droits qu'ils auraient acquis malgré l'article 95.

Je suis personnellement porté à croire qu'un cautionnement ne tombe pas sous l'article 95 pour la principale raison que le législateur y parle de prêt et non de cautionnement. Lorsqu'il a voulu, même dans la partie I de la Loi, référer à ces deux contrats, il l'a fait sans ellipse. À l'article 31f), il mentionne à la fois le fait de prêter et le fait de garantir l'exécution d'engagements. Pourquoi lui prêter l'intention de viser ces deux contrats à l'article 95 alors qu'il n'y parle que de prêt? À l'article 123.66 il parle de nouveau de deux contrats: le prêt et le cautionnement. Il faut, de plus, tenir compte des fins poursuivies par le législateur à l'article 95. L'article 95 se rattache à la règle fondamentale de la protection de l'intégrité du capital de la compagnie. On a voulu empêcher que les fonds mis par un actionnaire dans la compagnie pour en constituer le capital lui soient retournés sous forme de prêt; le prêt serait-il à long terme ou d'une durée indéterminée que son effet réel, à l'égard de la compagnie, serait d'en diminuer le capital, possiblement au préjudice de ses créanciers. Or un cautionnement n'atteint pas ce résultat. En soi le cautionnement ne procure à l'actionnaire aucun retour des fonds qu'il a mis dans la compagnie. L'actionnaire ne cesse pas de devoir à son créancier principal la somme pour laquelle la compagnie a cautionnée. Aussi semble-t-il raisonnable de soutenir que le cautionnement d'un actionnaire consenti par une compagnie pour des motifs où elle y voit son intérêt n'est pas visé par l'article 95.

Ces dernières considérations nous amènent à considérer la règle de l'*ultra vires* applicable lorsqu'une compagnie apporte une aide financière au trafic de ses propres actions.

19. M. le juge Paré, pp. 2 et 3 de ses notes.

20. M. le juge Monet.

c) Aide financière par la compagnie en vue de faciliter l'achat de ses propres actions

Un fort courant jurisprudentiel, tirant ses origines du célèbre et classique arrêt britannique *Trevor c. Whitworth*²¹, a établi qu'une compagnie ne peut pas acheter ses propres actions. Ce pouvoir ne fait pas partie de l'éventail des pouvoirs corporatifs usuels et il faudra que la loi le prévoit si une compagnie veut l'exercer. La justification de cette règle tient à ce qu'un rachat d'actions réduit le capital de la compagnie et risque de diminuer le gage commun de ses créanciers; ceux-ci sont en droit de compter sur l'actif que représente ce capital pour satisfaire leurs créances. Dans l'arrêt *Trevor c. Whitworth*, comme on le sait, la Chambre des Lords a déclaré *ultra vires* l'achat par une compagnie de ses propres actions, tenant pour fondamentale cette règle suivant laquelle le capital d'une compagnie ne peut être diminué de cette manière au détriment possible de ses créanciers. Les termes utilisés par certains Lords ne manquèrent pas de vigueur; Lord Watson, notamment formula la proposition très générale qui suit:

"One of the main objects contemplated by the legislature, in restricting the power of limited companies to reduce the amount of their capital as set forth in the memorandum, is to protect the interests of the outside public who may become their creditors. In my opinion the effect of these statutory restrictions is to prohibit every transaction between a company and a shareholder, by means of which the money already paid to the company in respect of his shares is returned to him, unless the Court has sanctioned the transaction"²².

1) La règle canadienne de l'*ultra vires*

Cet arrêt constitua le point de départ de cette jurisprudence de droit des compagnies suivant laquelle non seulement une compagnie ne peut acheter ses propres actions mais, de plus, ce que les sàvants Lords n'avaient pas décidé parce que les circonstances de l'espèce ne le demandaient pas, ne peut poser aucun geste pour aider quelqu'un à acheter ses actions²³. Dans la mesure où un cautionnement est donné

21. (1887) 12 App. Cas. 409; voir sur ce sujet: R.L. PHILLIPS, "The Concept of a Corporation's Purchase of its Own Shares", (1977) 15 *Alberta Law Review* 324.

22. *Id.*, 423.

23. *Northern Trust Co. c. Butchart*, (1917) 35 D.L.R. 169, 186; *Re Pingelly-Ackitt Ltd.*, (1914) 16 D.L.R. 79, 81; *Martin c. Northern Hotel Company Limited*, (1932) 1 W.W.R. 242; *Murray and Murray c. C.W. Boon & Company Limited*, (1974) 2 W.W.R. 620; *Trustee of the Property of C.E. Plains Ltd. c. Kenley and Royal Trust Co.*, (1931) O.R. 75; *Meunier c. National Finance Corporation*, (1931) 69 C.S. 417, 419.

par la compagnie à cette fin, il serait nul car *ultra vires* de ses pouvoirs et ce pour les mêmes raisons que celles pour lesquelles le rachat d'actions est interdit: la compagnie qui a cautionné le prix d'achat de ses actions appauvrira son capital le jour où, après avoir payé en vertu du cautionnement, elle ne jouira plus que d'un recours contre l'acheteur qu'elle a cautionné, recours qui risque fort d'être illusoire si cet acheteur a été incapable, vis-à-vis son vendeur, de remplir ses obligations.

"... a company may not purchase or *assist* in the purchase of its own shares by encumbering or jeopardizing its assets. This is a concept of company law long recognized and adopted in Canada"²⁴.

Cette extension jurisprudentielle de la règle de l'arrêt *Trevor c. Whitworth* au cautionnement par une compagnie du prix d'achat de ses actions semble être une exclusivité canadienne; les tribunaux anglais n'auraient pas étendu la portée de l'arrêt à ces circonstances: c'est du moins ce qu'observe la Cour suprême de Terre-Neuve, en 1981, dans l'arrêt *Sparkes c. Sparkes*²⁵.

Écoutons Wegenast sur le sujet:

"... it is therefore regarded as a fundamental rule of Company Law that it is *ultra vires* of a company to traffic, directly or indirectly in its own stock, and that this rule stands in the way of a company's purchasing its own stock, or accepting a surrender of it, or 'cancelling' it, or allowing a shareholder to 'withdraw' from the company by giving back to him what he has paid for his stock, of advancing money on the security of it, or for the purpose of purchasing it, or assuming an obligation incurred by an individual shareholder in the purchase of shares in the company..."²⁶.

Le principe général serait donc qu'un cautionnement ou une sûreté consentis par la compagnie pour assurer le paiement du prix de vente de ses actions seraient *ultra vires* de ses pouvoirs et interdits, même si cette interdiction n'est pas spécifiquement formulée dans la loi la régissant.

24. *Murray and Murray c. C.W. Boon & Company Limited*, (1974) 2 W.W.R. 626.

25. "The English cases do not appear in any sense to have extended the principle of *Trevor c. Whitworth* to such a case as now confronts us. No English case supporting the proposition that the securing by a company of the balance due by one of its shareholders for the purchase of shares is *ultra vires* was cited to me; nor was I able to discover any": *Sparkes c. Sparkes*, (1981) 119 D.L.R. (3d) 330, 344. Il faut cependant noter que la loi anglaise interdit expressément le cautionnement dans ces circonstances depuis 1929. Avant cette date, sa validité aurait été douteuse: *Palmer's Company Law*, (C.M. Schmithoff), Vol. I, London, 1982, p. 454.

26. *The Law of Canadian Companies*, Toronto, 1931, p. 478.

C'est en ce sens qu'au Québec notre Cour Supérieure s'est prononcée dans l'affaire précitée de *Spécialités Françaises Ltée c. Méri-neau*²⁷. Un syndic dans la faillite d'une compagnie y attaquait la validité d'un cautionnement et d'un nantissement commercial²⁸ consentis par cette compagnie pour garantir le remboursement du prix des actions vendues par son actionnaire à un acquéreur qui ne les avait pas payées comptant. La Cour donna raison au syndic de faillite:

"The respondent company could not legally have trafficked in its own shares as it has undertaken to do in the aforesaid agreement nor could it have guaranteed the payment of the purchase price of the sale of its own shares for the benefit of a shareholder"²⁹.

La Cour déclara nuls, comme *ultra vires*, le cautionnement et le nantissement.

Il faut mentionner que tous n'admettent pas que l'octroi d'aide financière dans le but de faciliter une transaction sur les actions de la compagnie soit *ultra vires*, en l'absence de dispositions législatives à ce sujet. Est particulièrement représentative de ce point de vue la décision rendue par la Cour d'appel d'Alberta en 1974 dans *Re Mt. View Charolais Ranch Ltd.*³⁰. Dans cette affaire la compagnie avait grevé ses actifs d'une sûreté pour garantir au vendeur le paiement du prix de vente de ses actions. La Cour d'appel d'Alberta souligne dans son jugement que l'affaire *Trevor c. Whitworth* ne concernait qu'un rachat par la compagnie de ses propres actions, et mentionne que le Jenkin's Report sur le droit de la compagnie, en Angleterre, prenait position à l'effet qu'une aide financière pour l'achat d'actions ne contrevenait pas à la règle du maintien du capital notamment parce que:

"The reason why a limited company may not buy its own shares is that in doing so it would part outright with the consideration for the purchase and thereby reduce its capital. A company which lends money to a person to buy its shares simply changes the form of the assets and if the borrower is able to repay the loan the company's capital remains intact".

La Cour d'appel d'Alberta conclut:

"In conclusion and in the light of the above authorities I am of the opinion that the within transaction is not *ultra vires* the appellant as it does not fall within the principle enunciated in *Trevor v. Whitworth* or any binding extension thereof. I

27. (1968) C.S. 520.

28. Le nantissement était invalide sous ce chef — à raison de l'article 1979 e) C.c. qui restreint le nantissement au seul prêt.

29. (1968) C.S. 520, 521.

30. (1974) 2 W.W.R. 289.

am further of the view that a Court should not extend that principle to private companies, particularly after the legislature has dealt with the question and omitted private companies from s. 14(1) of the Act"³¹.

Cet arrêt constitue probablement une des prises de position les plus favorables à la validité d'une sûreté créée par une compagnie dans ces circonstances. Il faut cependant noter que la loi albertaine en considération dans cette cause défendait spécifiquement la transaction survenue dans le cas de compagnies publiques, mais ne le faisait pas et gardait le silence dans cette partie de la loi applicable aux compagnies privées, comme celle qui avait consenti la sûreté attaquée; ce fait a dû être déterminant dans la décision rendue³².

Notre Cour d'appel, dans l'affaire précitée de *Caisse populaire de Charlesbourg*³³ paraît aller presque aussi loin puisqu'elle maintient la validité du cautionnement réel, c'est-à-dire de l'hypothèque, consenti par une compagnie régie par la partie I, pour garantir le remboursement par un acquéreur du prix d'achat de ses actions. La Cour refuse d'y voir un geste *ultra vires*. Toutefois, pour les raisons que nous allons examiner à l'instant, l'arrêt dans l'affaire *Caisse populaire de Charlesbourg* peut aussi se rattacher à la position prise par une abondante jurisprudence prenant une position plus nuancée et suivant laquelle dans "certaines circonstances" la création d'une sûreté par la compagnie à l'occasion d'une transaction sur ses actions échappe à l'*ultra vires*.

2) Tempérament à la règle

Cette jurisprudence plus nuancée se réclame avant tout de l'arrêt de la Cour suprême du Canada rendu en 1915 dans *Hughes c. Northern Electric and Mfg. Co.*³⁴.

Dans l'affaire *Hughes* une compagnie ontarienne avait adopté une résolution relatant que deux de ses trois administrateurs ne voulaient plus continuer à prêter des fonds additionnels à la compagnie, mais que le troisième se déclarait prêt à le faire pourvu que la compagnie, pour l'aider à acheter les actions des deux autres administrateurs, qui étaient disposés à les lui vendre, garantisse le remboursement du solde

31. (1974) 2 W.W.R. 289, 301.

32. Cet arrêt est fortement critiqué par K.B. POTTER, "Financial Assistance Granted by a Company for Purchase Its Own Shares", (1977) 15 *Alberta Law Review* 429, 433.

33. *Supra*, note 3.

34. (1915) 50 S.C.R. 626.

impayé de ces actions; la compagnie autorisera par résolution l'octroi de telle garantie. La garantie fut accordée et, plus tard, attaquée. Les juges majoritaires décidèrent que la garantie créée sur les biens de la compagnie ne pouvait être isolée du contexte où elle fut octroyée et que la transaction, dans son ensemble, s'avérait, au moment où elle fut décidée, un moyen *in extremis* mais rationnel pour sauver la compagnie d'un désastre financier. Par conséquent, l'ensemble de la transaction profitant à la compagnie, la sûreté créée sur les biens de la compagnie fut jugée valide. Pris en soi, l'octroi de la sûreté pour assurer le prix des actions eût pu être *ultra vires*; mais inséré dans le contexte global, compte tenu des circonstances spéciales et périlleuses où se trouvait la compagnie, la création de la sûreté devenait un simple incident se rattachant à une transaction jugée à bon droit dans l'intérêt de la compagnie³⁵.

Il est à noter que la loi régissant la compagnie en cause ne contenait aucune disposition spécifique prohibant l'octroi d'aide financière pour faciliter l'acquisition d'actions³⁶. À cet égard cette loi pouvait se comparer à la partie I de la *Loi sur les compagnies du Québec*.

Cinquante ans plus tard, dans l'arrêt *Olafson c. Twilight Cariboo Lodge Ltd.*³⁷ la Cour suprême du Canada rendait une décision semblable. Deux actionnaires de la compagnie Twilight Cariboo Lodge Limited décidèrent de vendre leurs actions à deux individus. Le prix

35. (1915) 50 S.C.R. 653, 655-656: "As to the merits. It is, of course, not contended that the mortgage of its property for the purpose of securing the payment of the purchase price of shares bought by one of its shareholders for his own benefit would in itself, special circumstances apart, be within the powers of this company; but the broad common sense of the matter seems to be that the company being overwhelmed with debts, the shareholders being involved in disagreements, making effective administration impossible, and the plan which was proposed and carried out promising an escape from these difficulties and prosperity for the company's undertaking as against ruin otherwise certain, the transaction ought not to be regarded as outside a reasonable application of the doctrine of *ultra vires* merely because it involved as one of its incidents as part of the consideration moving to one of the shareholders for services in procuring payment of the company's debts and further advances to enable it to carry on its business a guarantee or payment of a limited part of the purchase price of shares in the company, the purchase which was of the very essence of the plan decided upon".

36. C'est ce qui ressort des notes du jugement de la Cour suprême: (1915) 50 S.C.R. 626, 654-655.

37. (1966) S.C.R. 726; la compagnie dans cette affaire était régie par la *Loi sur les compagnies de Colombie-Britannique*, dont l'article 152.(1) interdisait spécifiquement l'aide financière en rapport avec l'achat des actions de la compagnie.

convenu fut de 225 000 \$ dont 65 000 \$ furent versés comptant. Le remboursement du solde de 160 000 \$ fut garanti par un "mortgage" créé par la compagnie sur ses biens. Par ailleurs les vendeurs payèrent complètement une dette hypothécaire et une autre dette de la compagnie totalisant 71 961,42 \$. Le prix convenu prenait en considération le fait que les acquéreurs achetaient une créance des actionnaires sortants envers la compagnie d'une valeur de 142 369,55 \$. Ainsi, en résumé, la compagnie engagea ses biens pour un montant supérieur à son enrichissement, ce dernier n'étant que de 71 961,42 \$ puisque l'achat aux actionnaires de leur créance envers la compagnie ne libérait pas pour autant celle-ci envers les nouveaux acquéreurs. Malgré tout, l'engagement fut reconnu valide.

La Cour suprême du Canada conclut à la validité de la sûreté consentie par la compagnie pour un motif qui, semble-t-il, est le suivant: la sûreté consentie pour 160 000 \$ aurait pu l'être jusqu'à concurrence d'au moins 142 369,55 \$, montant qui était déjà dû par la compagnie avant la transaction; pour le surplus, la compagnie a tiré avantage de l'acquittement de créances totalisant 71 961,42 \$. Elle se trouve donc, indirectement, à avoir reçu "valeur" pour l'hypothèque qu'elle a consentie à la garantie du remboursement des 160 000 \$ dus à titre de prix de vente à l'actionnaire qui avait vendu ses actions.

Ce jugement fait ressortir l'importance, dans l'appréciation de la validité de l'aide financière octroyée dans semblables circonstances, du fait que la compagnie ait reçu "contrepartie" ou "valeur" en retour du cautionnement ou de la sûreté consentis. C'est ce critère qui permit à la Cour suprême de distinguer les circonstances de l'arrêt *Olafson* de celles de la décision qu'elle avait rendue trois ans plus tôt dans l'affaire *Thibault Auto Limitée c. Central Trust of Canada*³⁸ où la Cour avait annulé la sûreté octroyée par une compagnie dans des circonstances voisines mais démontrant que le geste posé par la compagnie était gratuit, sans contrepartie et, pour cette raison sans doute, étranger aux objets corporatifs propres de la compagnie:

"Reading the October agreement and the mortgage together and having regard to the whole transaction, it is my conclusion the defeasance clause refers to the covenant of Clavette, in the October agreement, to purchase from the defendant all the capital stock of the company. The purpose and result of the mortgage was the creation of a charge on the real property of the company to secure payment of the price Clavette had agreed to pay Thibault for shares in its capital stock. There was no outstanding indebtedness of the company to Thibault. The

38. (1963) R.C.S. 312; 39 D.L.R. (2d) 330.

company received no consideration for the mortgage, either express or implied"³⁹.

C'est également ce critère de "valeur" ou de "contrepartie" reçue qui avait permis à la Cour suprême d'Ontario de maintenir pour partie la validité de la garantie consentie dans *Re Inrig Shoe Co. Ltd.*⁴⁰, c'est-à-dire de la maintenir jusqu'à concurrence de l'endettement que la compagnie avait déjà envers certains actionnaires et que les acquéreurs des actions s'engageaient à payer. Ces arrêts ont fait dire à certains commentateurs que constitue une exception à la règle prohibant l'aide financière par une compagnie à une personne en vue de l'aider à acheter des actions le fait que cette personne soit déjà créancière de la compagnie⁴¹. Il est en effet déterminant, suivant cette jurisprudence, de vérifier si la compagnie a reçu contrepartie pour les sûretés qu'elle consent; si la sûreté accordée a pour but d'assurer le remboursement d'une dette que la compagnie avait déjà contractée envers l'actionnaire sortant, ou si elle garantit une dette qui remplace telle dette, la sûreté serait valide. Toutefois la circonstance où la personne "assistée" par la compagnie était déjà créancière de celle-ci n'est pas la seule, comme on vient de le voir, où l'aide financière ait été jugée valide.

39. 33 D.L.R. (2d) 317, 332 (Cour d'appel N.B.). Ce critère revêt également une grande importance dans la décision *Central and Eastern Trust Company c. Irving Oil*, (1980) 2 R.C.S. 29. Dans cette affaire, une institution financière fit un prêt dont le produit servit à payer le prix d'achat des actions d'une compagnie. La compagnie consentit une hypothèque pour garantir ce prêt. Cette hypothèque fut jugée nulle par la Cour suprême du Canada comme consentie en violation explicite de l'article 96(5) de la *Loi sur les compagnies de Nouvelle-Écosse* (R.S.N.S. 1967, c. 42). L'absence de considération réelle reçue par la compagnie en échange de l'octroi de l'hypothèque apparaît comme un motif déterminant de la nullité, aussi bien au niveau du jugement de la Cour suprême (p. 36) qu'au niveau du jugement de la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse ((1978) 28 N.S.R. (2d) 120). Toutefois ce n'est pas en vertu d'un principe d'*ultra vires* de prohibition que la Cour suprême annula l'hypothèque consentie par la compagnie pour obtenir des fonds destinés à payer le vendeur des actions, mais en vertu d'un article précis de la *Loi sur les compagnies de Nouvelle-Écosse*.

40. (1924) 4 D.L.R. 625.

41. RENAUD et SMITH, *op. cit.*, note 11, 1597 et 1598: "Une exception intéressante à la règle est le cas où la compagnie fournit un prêt ou une assistance financière à l'un de ses actionnaires parce que ce dernier est le créancier de la compagnie: il semble en effet que si la compagnie donne une garantie pour cautionner ses obligations à l'égard d'un créancier qui se trouve être également de ses actionnaires, cette transaction ne tombe pas sous l'application de la prohibition".

En résumé, l'octroi par une compagnie de garanties ou d'aide financière pour assurer l'acquisition de ses actions serait *ultra vires* au cas de silence de la loi régissant cette compagnie, mais cette règle ne jouerait pas lorsque l'aide est octroyée dans le contexte d'une transaction que les administrateurs estiment de bonne foi devoir tourner au profit ou à l'avantage de la compagnie.

La Cour suprême de Terre-Neuve résumait probablement d'une manière correcte l'état du droit en énonçant récemment, dans *Sparkes c. Sparkes*:

"Upon review of the *Trevor v. Whitworth* case, *supra*, and the Canadian authorities and having in mind the basis upon which those decisions have been made, I am of the opinion that the securing by a company of a shareholder's debt for the purchase of shares is *ultra vires* unless demonstrably done for the material benefit of the company and that the security holder and persons claiming through or under him with constructive or actual knowledge that the security is *ultra vires* derive no benefit from their respective instruments of title — the same being void"⁴².

C'est à cette tendance jurisprudentielle qu'on peut tenter de rapprocher la décision de notre Cour d'appel dans l'affaire de la *Caisse populaire de Charlesbourg*⁴³. La cour y jugea valide l'hypothèque consentie par une compagnie pour garantir à un actionnaire le remboursement du prix de ses actions. M. le juge Paré souligne, d'une façon concise, que la transaction intervenue était à l'avantage de toutes les parties:

"De débitrice qu'elle (la compagnie) était de ses créances hypothécaires d'environ 55 000 \$, Château Fort devient à la suite du prêt qu'elle garantit à la Caisse seulement caution quoique pour le montant plus élevé de 85 000 \$. C'est là une transaction d'affaires où chacune des trois parties peut y trouver son bénéfice"⁴⁴.

3) Cautionnement des dettes d'un actionnaire en d'autres circonstances

Il importe de souligner que dans toutes ces causes où les tribunaux se sont interrogés sur le caractère *ultra vires* d'une aide apportée par la compagnie à un actionnaire sous la forme de la création d'une sûreté, l'aide avait été apportée dans le but de faciliter l'achat ou la vente des actions de la compagnie. Ce qui vicie, en ces cas, le cautionnement réel,

42. (1981) 119 D.L.R. (3d) 330, 352.

43. *Supra*, note 6.

44. M. le juge Paré, pp. 1 et 2 de ses notes.

ce qui lui donne un caractère *ultra vires*, ce n'est pas le fait qu'il ait été donné pour garantir les engagements d'un actionnaire, mais plutôt le fait qu'il constitue un geste par lequel la compagnie participe à une transaction sur ses propres actions. La cause de la nullité n'est pas l'aide à un actionnaire, mais l'aide donnée pour qu'une personne puisse devenir actionnaire.

Il ne découle donc pas de cette jurisprudence que tout cautionnement donné par une compagnie, relativement à une dette de son actionnaire, est menacé de la nullité rattachée aux actes *ultra vires*. Cette jurisprudence est inapplicable, à notre avis, aux circonstances où une compagnie conférerait une sûreté pour garantir le remboursement d'une dette que son actionnaire contracte pour une raison qui n'a rien à voir avec l'achat d'actions de la compagnie.

La décision ontarienne *Walton c. Bank of Nova Scotia*⁴⁵ est explicite en ce sens. Le syndic dans la faillite d'une compagnie, en appel d'un jugement qui avait débouté son action en première instance, plaidait la nullité d'une sûreté donnée par la compagnie pour garantir l'emprunt d'un actionnaire et administrateur. Il alléguait que cet acte était *ultra vires* des pouvoirs de la compagnie⁴⁶.

La Cour d'appel ontarienne, confirmant sur ce point le tribunal de première instance⁴⁷, jugea que la transaction était *intra vires* des pouvoirs de la compagnie, puisque rien, dans la loi régissant la compagnie ou dans ses lettres patentes, ne lui interdisait de consentir une hypothèque à la garantie d'une dette de son actionnaire. En d'autres mots, le pouvoir de cautionner un actionnaire y fut analysé sans que l'identité de la personne cautionnée ne soulève aucun interdit⁴⁸.

On peut constater, d'ailleurs, que plusieurs des lois provinciales qui ont transformé en infraction statutaire le fait, pour une compagnie, de cautionner un actionnaire, ont longtemps restreint l'interdiction aux seules situations où ce cautionnement avait pour but de faciliter une

45. (1964) 43 D.L.R. (2d) 611.

46. *Id.*, 617.

47. (1963) 37 D.L.R. (2d) 684, 690-691.

48. Le fait qu'une compagnie perde de l'argent suite à un cautionnement donné dans le cours de ses affaires au profit d'un actionnaire ne constitue pas une violation de la règle dans *Trevor c. Whitworth*; Lord Herschell écrivait dans cet arrêt: "It (the capital) is of course, liable to be spent or lost in carrying on the business of the company, but no part of it can be returned to a member so as to take away from the fund to which the creditors have a right to look that out of which they are to be paid" (1887) 12 App. Cas. 409, 420.

transaction sur les actions de la compagnie⁴⁹. Plusieurs de ces lois statuent encore dans ce sens⁵⁰.

B. Loi sur les sociétés commerciales canadiennes et partie IA de la Loi sur les compagnies

C'est au droit commun applicable à toute personne qu'il faut s'en reporter pour établir la capacité des compagnies régies par ces lois; il n'est pas nécessaire de rechercher dans celles-ci un texte habilitant. Ce que le droit commun permet leur sera permis à moins d'une disposition précise à l'effet contraire.

En effet la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* donne à la société la capacité d'une personne physique (art. 15(1)). De son côté la *Loi sur les compagnies*, partie IA, confère à la compagnie "la pleine jouissance des droits civils... sauf quant à ce qui est propre à la personne humaine..." (art. 123.29). Les articles 31 f) et 95 de la Loi ne s'appliquent pas à celle-ci (art. 123.6).

Ces deux dispositions établissent, au niveau des principes très généraux, le pouvoir d'une société ou d'une compagnie de prêter ou de cautionner. Elles réfèrent au droit applicable à toute personne physique. Suivant le droit commun au Québec toute personne capable de s'obliger est capable de cautionner⁵¹. Pour ce qui est du prêt, le droit civil est encore moins exigeant puisque même ceux qui n'ont que la capacité d'administrer peuvent prêter⁵², sous réserve des dispositions applicables aux placements que certains administrateurs des biens d'autrui peuvent faire.

Toutefois l'article 42 de la loi fédérale et l'article 123.66 de la loi provinciale comportent des tempéraments fort importants à cette capacité. Ces deux articles seront examinés dans les deux développements qui suivent.

49. Les législations canadiennes sur le sujet se seraient inspirées de la loi anglaise de 1929 (19 & 20 Geo. 5, c. 23, art. 45); H. SHANDLING, "Financial Assistance by a Company in the Purchase of its Shares", (1965) 43 *R. du B. Can.* 502.

50. British Columbia, *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, art. 127; Nova Scotia, *Company Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42, art. 96.(5).

51. Sous réserve des lois régissant les compagnies qui peuvent offrir au public les services d'agir comme caution.

52. D'après la loi un prêt porte intérêt au taux légal à défaut de stipulation: art. 1785 C.c.

C. Conclusions

On peut dégager de ce qui précède les propositions suivantes.

Une compagnie régie par la partie I de la *Loi sur les compagnies* possède un pouvoir général de prêter et de cautionner dans la poursuite de ses fins; l'exercice de ce pouvoir ne serait pas restreint, même en l'absence de dispositions spécifiques dans ses lettres patentes, aux circonstances que prévoit l'article 31f). Ce pouvoir est toutefois sujet à l'interdiction de prêter à un actionnaire (art. 95) et sujet, quant à toute forme d'aide financière à un actionnaire, au principe, non écrit, se rattachant à la nature de la compagnie, de l'*ultra vires* qui peut vicier une transaction en rapport avec un achat des actions de la compagnie ou une transaction impliquant un retour de fonds aux actionnaires, si telle transaction ne présente pas dans son ensemble un avantage marqué pour la compagnie.

Une corporation régie par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ou par la partie IA de la *Loi sur les compagnies du Québec* jouit d'une capacité générale de prêter ou de cautionner, sujet aux restrictions établies aux articles 42 et 123.66 de chacune de ces lois respectives.

Comme nous le verrons à l'instant, le législateur a incorporé à ces deux articles respectifs l'ensemble des restrictions applicables sur le sujet de l'aide financière que peut apporter une compagnie, y compris la règle de la nullité rattachée à une assistance donnée pour l'achat de ses actions. Ce faisant, il a rendu plus certaines les règles de droit. Toutefois, le législateur fédéral a considérablement étendu le champ d'action des restrictions imposées. L'article de la loi fédérale aussi bien que celui de la loi provinciale, crée des restrictions et non des interdictions. Il faut se souvenir en effet que la loi fédérale et la partie IA ont rendu possible le rachat par la corporation de son capital-actions pourvu que certains tests financiers soient remplis par la corporation. Les effets d'une aide financière à un actionnaire ont souvent été associés, on l'a vu, aux effets d'un retour de capital aux actionnaires; aussi, ces deux lois ont-elles subordonné certaines formes d'aide financière aux mêmes tests qu'elles imposent pour le rachat de capital.

D. Autres législations provinciales

Cet effort de codification des restrictions devant entourer l'aide financière par une compagnie à son actionnaire s'est évidemment manifesté dans la plupart des provinces canadiennes.

Ceux qui ont à agir dans des financements impliquant des compagnies créées en vertu de l'une ou l'autre des lois des compagnies des

autres provinces ont pu constater qu'il existe une absence remarquable d'uniformité dans la législation d'une province à l'autre. Certaines lois sont très restrictives, d'autres moins; certaines sont permissives. Aussi, arrive-t-il même que pour les fins d'un projet donné il puisse y avoir avantage à constituer en vertu de l'une de ces dernières lois une corporation qui agira ici au Québec⁵³. La plupart de ces lois interdisent l'aide financière que pourrait donner une compagnie en rapport avec l'achat de ses actions. Certaines n'interdisent pas le prêt à un actionnaire⁵⁴; certaines l'interdisent, mais ne prohibent pas le cautionnement de ses obligations⁵⁵; certaines comportent des tests financiers, d'autres pas⁵⁶; plusieurs, mais pas toutes, contiennent des dispositions protégeant les prêteurs de bonne foi au bénéfice de qui ont été octroyées des sûretés contrevenant à ces dispositions législatives.

II. L'AIDE FINANCIÈRE PERMISE PAR L'ARTICLE 42 DE LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES CANADIENNES

L'article 42 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* régit d'une manière très articulée le pouvoir d'une société d'apporter une aide financière en certaines circonstances. Cet article régleme aussi l'aide financière à d'autres personnes qu'un actionnaire et le nombre de ces personnes est très considérable, compte tenu de l'utilisation que fait la loi au niveau de cet article de la notion de "personnes liées" et de la notion du "groupe" auquel appartient la société. En fait, cette réglementation de l'aide financière, qu'on dit souvent ne s'adresser qu'aux actionnaires (*upstream guarantee*), peut rejoindre un grand nombre de personnes reliées à la société commerciale par voie ascendante, par voie collatérale ou même par affiliation. L'article 42 restreint d'une manière substantielle le pouvoir général qu'a une société commerciale canadienne de cautionner les obligations d'autrui; en contrepartie, il rend possible l'aide financière en certains cas où autrefois, soit à cause de dispositions législatives soit à cause d'un principe non écrit d'*ultra vires*, elle ne l'était pas.

53. M. DENNIS, *loc. cit.*, note 12, 338.

54. British Columbia, *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c.59, art. 127(1).

55. British Columbia, *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, art. 127(1); Nova Scotia, *Company Act*, art. 96(5).

56. *The Ontario Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, art. 17(1); Nouveau-Brunswick, *Loi sur les compagnies*, S.R.N.B. 1973, c. C-13, art. 38(1); Manitoba, *The Companies Act*, R.S.M. 1970, c. C-160, art. 27(1); Ile du Prince-Édouard, *Companies Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. C-15, art. 69.

A. L'article 42 de la Loi

Cet article se lit comme suit:

"42.(1) Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution,

- a) à leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés ou aux personnes ayant des liens avec eux, ou
- b) à tout acheteur d'actions émises ou à émettre par l'une d'elles, dans les cas où il existe des motifs raisonnables de croire que, de ce fait,
- c) elle ne peut ou ne pourrait acquitter son passif à échéance, ou
- d) la valeur de réalisation de son actif, déduction faite de l'aide consentie, soit sous forme de prêt, soit par mise en gage de biens ou de constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution, serait inférieure au total de son passif et du capital déclaré de chaque catégorie d'actions.

(2) La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution,

- a) à toute personne, dans le cadre de son activité commerciale normale, si le prêt d'argent en fait partie;
- b) à toute personne, à titre d'avance sur des dépenses engagées ou à engager pour son compte;
- c) à sa personne morale mère, si elle lui appartient en toute propriété;
- d) à une personne morale qui est sa filiale; et
- e) à ses employés ou à ceux des personnes morales de son groupe:
 - (i) pour les aider à acheter ou à construire leur propre logement, ou
 - (ii) dans le cadre d'un programme d'achat d'actions de la société ou de ces personnes morales destinées à être détenues en fiducie.

(3) La société peut poursuivre l'exécution des contrats qu'elle a conclus en violation du présent article; il en est de même du prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation. 1974-75-76, c. 33, art. 42; 1978-79, c. 9, arts 1, 17".

B. Personnes à qui l'interdiction est faite

a) Une société

Bien entendu les prohibitions de l'article 42 ne peuvent viser qu'une société que la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* régit. Il ne pourrait pas en être autrement. L'interdiction s'adresse à une "société" c'est-à-dire, suivant la définition donnée à l'article 2.(1), à une "personne morale régie par la présente loi". On remarquera

toutefois que la personne ultimement affectée par l'interdiction est l'actionnaire de la société ou une personne liée à cet actionnaire; or, cet actionnaire, ou la personne qui lui est liée, pourrait très bien être une compagnie provinciale. En ce sens, l'article 42 peut affecter des compagnies qui ne sont pas régies par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

b) Une société de son groupe

L'article 42 adresse aussi sa défense à une société du groupe d'une société donnée. Il fait ici appel à la notion de "groupe" élaborée à l'article 2.(2) a) de la Loi:

"(2) Aux fins de la présente loi

- a) appartiennent au même groupe deux personnes morales dont l'une est filiale de l'autre ou qui sont sous le contrôle de la même personne; et
- b) sont réputées appartenir au même groupe deux personnes morales dont chacune appartient au groupe d'une même personne morale".

On sait qu'une personne a le "contrôle" d'une société lorsqu'elle détient des valeurs mobilières conférant plus de cinquante pour cent des voix à l'élection des administrateurs et un droit de vote permettant d'élire la majorité des administrateurs (art.2.(3)). Appartiennent donc au même groupe une filiale et sa personne morale mère ou encore deux personnes morales soeurs.

Le deuxième alinéa de cet article 2.(3) crée une règle distincte de celle établie au premier en édictant que deux corporations qui font toutes deux partie du groupe d'une troisième se trouvent, de ce fait, à être toutes deux du même groupe. Ainsi, quoique n'étant ni filiale ni soeur d'une première corporation, une deuxième corporation fera partie du groupe de la première si, toutes deux, pour un motif de filiation ou de détention commune de leurs actions, font partie du groupe d'une troisième.

Prenons le cas d'une société dont la filiale a elle-même une filiale. La société fait partie du groupe de la filiale par ce que celle-ci, précisément, est sa filiale. La sous-filiale de son côté fait aussi partie du groupe de cette filiale, pour la même raison que celle-ci constitue sa personne morale mère (art. 2.(2) a). Par conséquent, la société et la sous-filiale, appartenant au groupe de la filiale, sont réputées être du même groupe. En application de cette même règle une société sera réputée faire partie du groupe d'une sous-filiale au deuxième degré et, plus généralement, de toute sous-filiale quel que soit son degré de "parenté".

Prenons maintenant le cas de trois filiales dont la dernière contrôle elle-même deux sous-filiales. Chacune des deux sous-filiales sera réputée appartenir au groupe de la première et au groupe de la seconde des filiales. En effet chaque sous-filiale appartient au groupe de sa personne morale mère (par filiation) et d'autre part cette personne morale mère fait partie du groupe de chacune de la première et de la seconde filiale puisque par hypothèse toutes trois sont contrôlées par la même personne.

Cette règle de l'appartenance réputée au même groupe est donc fort importante car, par l'extension de son application, elle transforme en corporation du "même groupe" toutes les corporations d'un réseau corporatif qui sont contrôlées les unes par les autres. Cela accroît d'autant l'étendue de la prohibition de l'article 42, comme nous le verrons sous peu.

Le législateur a pris soin d'utiliser à l'article 2.(2) l'expression "personne morale" plutôt que "société". Pour l'application de l'article 2.(2), on doit donc considérer toutes les corporations d'un réseau corporatif et non seulement celles que gouverne la *Loi sur les sociétés-commerciales canadiennes*. Ceci a pour effet de conférer à chaque corporation contrôlée d'un réseau corporatif donné une appartenance au groupe de chacune, même s'il se trouve dans ce réseau une ou des corporations qui ne sont pas régies par la loi fédérale et dont la présence dans la chaîne aurait pu, par conséquent, constituer un maillon empêchant le "regroupement". La présence dans un réseau de corporations régies par une autre loi ne fera donc pas échec à la règle de l'appartenance réputée des sociétés commerciales canadiennes qui s'y trouvent et ne leur permettra pas d'échapper aux restrictions de l'article 42.

Supposons le cas suivant. Une société commerciale canadienne a trois filiales dont deux sont aussi régies par la loi fédérale et la troisième régie par la *Loi sur les compagnies du Québec*. Cette dernière compagnie contrôle elle-même une filiale, une quatrième société commerciale canadienne. Cette quatrième société fait partie du groupe de la deuxième filiale car, tout comme celle-ci, elle fait partie du groupe de la compagnie québécoise; l'une en fait partie parce qu'elle en est la filiale, l'autre parce qu'elle en est la soeur. Par conséquent, en application de ce que nous verrons plus loin la sous-filiale (la quatrième société commerciale canadienne) ne pourra cautionner la première filiale sans rencontrer le test financier prévu par la loi, car, si elle le faisait, elle apporterait de l'aide financière à une personne (la deuxième filiale) qui a des liens avec l'actionnaire (la société mère) d'une "société de son groupe" (la deuxième filiale). Il en aurait été différemment si le

mot "société" avait été utilisé à l'article 2.(2); car alors le fait que la troisième filiale soit, dans cet exemple, une compagnie du Québec aurait empêché les sous-filiales et les autres filiales d'être des sociétés du même groupe; le cautionnement aurait alors été valide sans condition.

C. L'aide financière interdite

L'aide financière interdite par l'article n'est pas définie. Le législateur en mentionne toutefois deux formes, le prêt et le cautionnement, mais cette courte énumération n'est pas limitative. L'article peut s'appliquer dès lorsqu'on est en présence d'aide, c'est-à-dire d'assistance ou de secours, à caractère financier, c'est-à-dire impliquant un déboursement possible d'argent ou un débit en argent, en faveur de la personne aidée ou à un tiers pour elle. N'est sans doute pas interdite l'assistance technique, l'assistance conseil, l'assistance donnée par voie de lettre d'intention remise à un tiers ou par voie d'engagement de la société à ne pas emprunter, ou à ne pas grever ses propres biens de sûretés, ou toute autre forme d'aide qui ne représente pas un engagement d'ordre monétaire. Bien sûr tout se paie et tout coûte et toute aide apportée à quelqu'un peut s'évaluer en termes de dollars; il faut toutefois plus que cela pour qu'elle tombe sous l'article 42.

Un tribunal anglais a déjà indiqué que la seule forme d'assistance financière autre que le prêt et le cautionnement, était probablement l'octroi d'une sûreté, c'est-à-dire, dans notre vocabulaire, l'octroi d'un cautionnement réel (par constitution de nantissement, gage, hypothèque ou par voie de transport général de créances en garantie)⁵⁷. On peut aussi penser à la remise de dette ou au don⁵⁸.

57. *Heald c. O'Connor*, (1971) All. E.R. 1105, 1109: "It seems to me that a usual way, and maybe the only way, in which a company could give financial assistance by means of the provision of a security in circumstances which would not amount to the giving of financial assistance by means of a loan or guarantee would be by entering into a debenture such as the one in the present case". La compagnie garante avait nanti au profit du créancier une débenture qu'elle avait émise.

58. Dans *Clarkson Company Limited c. White et al.*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25, 42, la Cour suprême (division appel) de Nouvelle Écosse annule une remise de dette effectuée par une compagnie en faveur d'un administrateur-actionnaire sous l'autorité de l'article 78 de la *Loi sur la faillite* et déclare par conséquent ne pas avoir à juger s'il s'agissait là d'aide financière contrevenant à l'article 96(5) de la *Loi sur les compagnies* de cette province.

D. Personnes que l'article 42 interdit d'avantager

Les personnes que l'article 42 interdit d'avantager en leur apportant de l'aide financière sont, premièrement, les actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés de la société qui se proposent d'apporter l'aide financière; deuxièmement, les personnes liées avec les personnes comprises dans cette première catégorie; troisièmement, les actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés d'une société du groupe de la société qui se proposent d'apporter l'aide financière; quatrièmement, les personnes liées avec les personnes comprises dans cette troisième catégorie.

Les personnes liées avec la société elle-même, ou avec une société de son groupe sont-elles visées? Il faut croire que non. Il est vrai que l'article 42.(1) réfère à des personnes liées avec "eux"; le genre masculin, utilisé au pluriel, peut se rapporter aussi bien à des mots de genre masculin (l'actionnaire, l'administrateur, le dirigeant ou l'employé) qu'à des mots de genre féminin (la société, la société de son groupe). Toutefois cette règle grammaticale ne devrait pas s'appliquer ici puisque le mot "eux" se trouve dans un paragraphe distinct de celui où se retrouvent les mots "société" et "société de son groupe" et, par conséquent, ne devrait pas les viser. Si on étendait le mot "eux" à la "société" ou à une "société de son groupe"; on étendrait du même coup l'application de la défense créée par l'article 42.(1). Or on ne doit pas, par interprétation, étendre la portée d'une interdiction. De plus la version anglaise de la loi restreint bien clairement l'application faite ici du concept de "personne liée"⁵⁹ en rattachant celle-ci à l'énumération qui précède immédiatement. Enfin, on voit au paragraphe b) de cet article 42.(1) que lorsque le législateur a voulu viser la société ou une société de son groupe il emploie le mot féminin "elle" (en anglais, les mots "the corporation or affiliated corporation").

Le législateur introduit à l'article 42 l'autre concept que constitue celui de la "personne liée" ou de la "personne ayant des liens" avec une autre. Suivant l'article 2.(1) de la loi est tenue pour liée avec une personne: premièrement, la personne morale dont les valeurs mobilières conférant plus de dix pour cent du droit de vote sont détenues par elle; deuxièmement, son associé, agissant pour le compte de la société qui existe entre eux; troisièmement, la succession ou la fiducie dans laquelle elle a un intérêt important ou pour laquelle elle

59. "42(1) ... corporation shall not ... give financial assistance ...

o) (to) any shareholder, director, officer or employee of the corporation or of an affiliated corporation or to an associate of any such person for any purpose,
or

...

agit comme exécuteur ou fiduciaire; quatrièmement, son conjoint, ses enfants; enfin, cinquièmement, des parents, ou des parents de son conjoint, qui vivent sous son toit.

On saisit mieux par des illustrations la portée des mots employés par le législateur fédéral au paragraphe a) de l'article 42.(1).

a) Premier exemple

Prenons l'exemple d'un homme, contrôlant une société fédérale (SC1) dont la filiale (SC2) contrôle elle-même une société fédérale (SC3) et de son conjoint, actionnaire principale d'une quatrième société fédérale (SC4). Ces gens ont un fils vivant sous leur toit. Voyons comment s'appliquent à eux les interdictions, en supposant que les tests financiers prévus par la loi ne peuvent être rencontrés et que les exceptions prévues à l'article 42.(2) ne s'appliquent pas.

SC1 ne pourra cautionner le mari, qui est son actionnaire, ni son conjoint, ni le fils, qui sont des personnes liées avec son actionnaire. SC1 ne pourra cautionner SC2 car celle-ci est l'actionnaire d'une société, SC3, du groupe de SC1 (SC1 et SC3 sont du même groupe car toutes deux appartiennent au groupe de SC2). SC1 pourrait cautionner SC3 de même que SC4.

SC2 ne pourra cautionner SC1, son actionnaire. Elle ne pourra non plus cautionner le mari, car celui-ci est actionnaire d'une société (SC1) de son groupe, non plus que son conjoint ou le fils qui sont des personnes liées avec l'actionnaire (le mari) d'une société de son groupe. On remarquera ici que si SC1 avait été régie par une autre loi, par exemple par la *Loi sur les compagnies du Québec*, SC2 aurait pu apporter une aide financière au mari, ou à la femme, ou au fils puisque le mari serait alors actionnaire d'une "personne morale" et non d'une "société" (fédérale) du groupe de SC2. SC2 pourra cautionner SC3 et SC4. Si cependant SC4 détenait vingt pour cent des actions de SC1, SC2 ne pourrait pas cautionner SC4 car alors elle cautionnerait une personne liée à son actionnaire.

SC3 ne pourra cautionner SC2, son actionnaire, non plus que SC1, qui est une personne liée à son actionnaire. Elle ne pourra cautionner le mari, qui est actionnaire d'une société (SC1) de son groupe ni la femme ou le fils, qui sont des personnes liées à un actionnaire (le mari) d'une société (SC1) de son groupe (SC1 et SC3 font partie du même groupe puisqu'appartenant toutes deux au groupe de SC2). SC3 pourrait cautionner SC4.

SC4 ne pourrait cautionner la femme, qui est son actionnaire, ni le mari ou le fils, personnes liées à son actionnaire. Elle pourrait toutefois

cautionner SC1, SC2 et SC3, aucune de celles-ci n'étant des sociétés du groupe de SC4.

b) Second exemple

Prenons maintenant un second exemple, celui d'une société SC1 qui contrôle une autre société SC2 et détient quatre-vingt pour cent des actions d'une autre société SC4 dont les autres actions sont détenues par un homme. SC2 détient à son tour quatre-vingt-cinq pour cent des actions d'une autre société commerciale, SC3 dont les autres actions sont détenues par A, associé de B.

SC1 peut cautionner sa filiale SC4 mais, étrangement, ne peut cautionner le mari, qui est un actionnaire d'une société de son groupe (SC4 sa filiale) non plus que le conjoint du mari, qui est une personne liée à celui-ci. SC1 ne peut cautionner SC2 qui est l'actionnaire d'une société de son groupe. Elle peut aussi cautionner SC3, quoique, encore étrangement, SC1 ne peut cautionner A, qui est actionnaire d'une société (SC3) de son groupe (SC3 et SC1 font partie du groupe de SC2), non plus que l'associé B dans la mesure où celui-ci représente la société dont il fait partie avec A (car B est alors une personne liée avec l'actionnaire d'une société du groupe SC1).

SC2 ne peut cautionner son actionnaire SC1, ni le mari, qui est actionnaire d'une société (SC4) de son groupe — mais elle l'aurait pu si SC4 était une personne morale non régie par la loi fédérale. Elle ne peut davantage cautionner le conjoint de ce mari qui est une personne liée avec un actionnaire d'une société de son groupe. SC2 ne peut pas cautionner A ni B pour les raisons mentionnées tantôt, mais peut cautionner SC3. Elle ne peut toutefois cautionner SC4 car celle-ci est liée à son actionnaire SC1 (des liens existent entre SC4 et SC1 puisque celle-ci détient plus de dix pour cent des actions de SC4).

SC3 ne peut cautionner ses actionnaires, SC2 et A, non plus que B qui est une personne liée à un de ses actionnaires. Elle ne peut cautionner SC1 qui est l'actionnaire d'une société de son groupe (SC2) mais, elle l'aurait pu si SC2 et SC4 n'avaient pas été régies par la loi fédérale car, alors SC1 n'aurait pas été l'actionnaire d'une "société de son groupe". Elle ne peut pas non plus cautionner le mari, car celui-ci est actionnaire d'une société de son groupe, (SC4) non plus que la femme qui lui est liée. SC3 ne peut non plus cautionner SC4 car elle apporterait ainsi une aide à une personne liée avec l'actionnaire (SC1) d'une société de son groupe (SC2).

SC4 ne peut cautionner son actionnaire le mari, ni la femme qui lui est liée non plus que son actionnaire SC1. SC4 ne peut cautionner

SC2 car celle-ci est liée à son actionnaire SC1. Elle ne peut non plus cautionner ni B ni A, pour les raisons exprimées tantôt. Elle peut toutefois cautionner SC3 mais ne le pourrait plus si, en modifiant l'exemple, SC3 avait elle-même pour filiale une société commerciale canadienne: dans telle hypothèse, SC4 cautionnerait l'actionnaire d'une société de son groupe.

E. Exceptions à la prohibition

Le deuxième paragraphe de l'article 42 lève l'exception à la prohibition dans un certain nombre de cas qu'on peut regrouper en trois catégories. Dans une première, la loi permet l'aide financière en faveur de toute personne, s'il s'agit d'une transaction habituelle pour une société dont le prêt d'argent fait partie des activités commerciales ordinaires (art. 42.(2)c). Cette exception est rattachée à la nature des opérations habituelles de la société. Dans une seconde catégorie, la loi crée des exceptions à raison du but poursuivi par l'aide financière: l'aide financière à titre d'avances pour dépenses de la société est permise en faveur de toute personne (art. 42.(2)b); celle pour aider à construire ou à acheter un logement ou pour assurer le fonctionnement d'un programme d'achat d'actions de la société, s'il est prévu que ces actions doivent être détenues en fiducie, est permise en faveur de ses employés ou à ceux d'une personne morale de son groupe (art. 42.(2)e).

La troisième catégorie d'exceptions regroupe deux cas qui tiennent à la relation de filiation existant entre la société qui apporte l'aide et celle qui la reçoit. Ainsi l'article 42.(2)c) permet toute aide à un actionnaire, quel qu'en soit le but, si la société qui accorde cette aide appartient en toute propriété à cet actionnaire et si cet actionnaire est une personne morale; l'article 42.(2)d) de son côté permet toute aide financière, quel qu'en soit le but, à une filiale de la société qui accorde cette aide (c'est-à-dire à la personne morale dont la société a le contrôle). Cette dernière exception surprend, de prime abord, puisque l'article 42 ne défend pas l'aide financière à une filiale. Toutefois, par le jeu du concept de "groupe" et de "personne liée", une filiale peut être atteinte par l'interdiction du premier paragraphe. Telle serait la situation d'une société SC1 détenant trente pour cent des actions d'une autre société SC3 et toutes les actions d'une autre société SC2, celle-ci détenant soixante-dix pour cent des actions de SC3. La société SC2 ne pourrait cautionner la société SC3, sa filiale, car elle aurait alors cautionné une personne liée avec son actionnaire (SC1), n'eût été de l'exception de l'article 42.(2)d).

On remarquera que le législateur est moins généreux lorsqu'il crée les exceptions que lorsqu'il formule l'interdiction. Par exemple, il

permet à la société l'aide financière à sa personne morale mère si elle lui appartient en toute propriété, créant ainsi une exception à l'interdiction d'aider un actionnaire; mais il ne permet pas pour autant d'aider une personne ayant des liens avec cette personne morale mère. Il ne permet pas non plus, en principe, d'aider la personne morale à qui appartiendrait en pleine propriété cette personne morale mère. Toutefois, cette dernière situation est largement tempérée par le fait qu'une filiale à part entière peut cautionner les obligations de sa société mère, y compris les obligations indirectes de celle-ci, notamment celles qu'elle aurait elle-même pu contracter par un cautionnement en faveur de sa propre société mère qui la possède en propriété exclusive: en aidant sa société mère une société peut de ce fait avantager l'actionnaire de celle-ci. Supposons que la société SC1 emprunte d'une banque et que sa filiale à part entière SC2 cautionne cet emprunt. Rien n'empêche la société SC3, filiale à part entière de SC2, de cautionner les obligations qu'a contractées SC2 envers la banque à titre de caution. Rien n'empêche non plus SC2, à l'appui de son cautionnement de grever ses actifs de sûretés, par exemple d'effectuer un transport général de créances en faveur de la banque. Ultimement SC1 bénéficiera de cette situation.

F. Tests financiers

La loi interdit l'aide financière s'il existe des motifs raisonnables de croire que cette aide entraînera comme conséquence ou bien que la société ne pourra acquitter son passif à échéance ou bien que la valeur de réalisation de son actif, déduction faite de la somme que représente la valeur de l'aide accordée, deviendra inférieure à son passif et à son capital déclaré de chaque catégorie d'actions.

La loi s'en reporte à des "motifs raisonnables de croire". C'est donc dire que l'aide financière accordée par la société et qui entraîne l'une des deux conséquences ci-dessus ne déclenche pas nécessairement l'application des sanctions prévues: il faut, de plus, qu'il y ait eu, au moment où l'aide a été octroyée, des motifs raisonnables de croire que l'aide entraînerait cette conséquence. Si la société qui octroie l'aide avait des motifs raisonnables d'anticiper l'une des deux conséquences que le prêteur, de son côté, malgré le degré d'attention normal qu'il doit avoir, ne connaissait pas, il y aura violation de l'article mais le prêteur sera protégé par sa bonne foi (art. 42.3). Par ailleurs, si ni la société, ni le prêteur n'avaient de motifs raisonnables d'anticiper la survenance de l'une ou l'autre des conséquences, il n'y aurait pas violation de l'article.

Certaines difficultés se posent au niveau de l'interprétation de ces tests financiers.

Le premier test que prévoit l'article 42.(1)c) est en quelque sorte un test d'insolvabilité. Faut-il, en appréciant la possibilité de cet événement, tenir pour perdus les fonds que la société aura prêtés? Dans le cas d'un cautionnement ou de l'octroi d'une sûreté, faut-il considérer, fictivement, que la société est immédiatement privée de l'argent que représente la somme qu'elle paierait si elle était appelée en vertu du cautionnement, ou la somme que représente ce qu'elle perdrait si la réalisation de la garantie sur ses actifs avait lieu?

Répondre par l'affirmative rendrait le test très exigeant, trop exigeant. Ce serait aussi violenter le texte de loi. Il faut accorder à l'expression "de ce fait" l'importance qu'elle mérite. "Ce fait" c'est l'aide financière, le prêt, le cautionnement. Dans le cas d'un prêt, c'est le fait du prêt qui doit rendre la compagnie immédiatement insolvable et non pas le fait, possible mais non certain, éventuel mais non immédiat, de perdre l'argent que l'emprunteur pourrait ne pas rembourser.

Prenons le cas d'un cautionnement que donnerait la société commerciale. Du point de vue comptable, un cautionnement est une "éventualité". L'Institut canadien des comptables agréés recommande de mentionner l'existence de telle "éventualité" ou cautionnement dans une note complémentaire aux états financiers, et non comme élément de passif, à moins qu'il soit déjà probable que cette éventualité se traduise par une perte dont le montant peut d'ores et déjà être déterminable⁶⁰. Pour répondre à la question posée par l'article 4(2)(1)c) de la Loi, c'est-à-dire y a-t-il des motifs raisonnables de croire, à raison du cautionnement ou de la garantie donnée par la société, que celle-ci ne pourrait rencontrer son passif à échéance, il semble plutôt qu'il faille tenir compte de plusieurs facteurs. Un premier peut être le degré de solvabilité du débiteur principal cautionné. Il est possible que la cote de son crédit soit excellente et qu'il n'existe aucune raison de croire qu'il ne pourra rencontrer les échéances de l'emprunt cautionné; le contraire est aussi possible et aura une influence sur le risque pris par la caution. Un second facteur peut être la modalité de l'obligation principale garantie. Pour la caution, le risque, par exemple, de garantir un prêt payable sur demande n'est pas le même que si elle a garanti un prêt à terme; il sera encore moindre si la

60. Institut canadien des comptables agréés, Recommandation — comptabilité, juillet 1979, chapitres 3290.03, 3290.15, pp. 1651-1653. Voir aussi recommandation comptabilité, janvier 1981, chapitre 1500.12, p. 202 où il est recommandé que les états financiers indiquent la nature et la valeur comptable de tout élément d'actif affecté à la garantie d'une dette.

caution a restreint son obligation à garantir le paiement ponctuel des remboursements périodiques que doit faire l'emprunteur sans pouvoir être recherchée par anticipation en cas de déchéance du terme. Le calendrier des échéances de même que la date d'échéance finale peuvent aussi avoir une incidence. Un autre facteur pourrait être la perspective de recouvrement rapide contre des coobligés, de la totalité ou de partie de la somme que serait appelée à payer la société commerciale, dans le cas d'un cautionnement donné par plusieurs filiales.

Revenons à l'exemple d'un prêt. Il est possible que la diminution immédiate de liquidité, occasionnée par le déboursement du prêt, entraîne un état d'insolvabilité à courte échéance. Cela sera fatal. D'un autre côté, si le prêt qu'a consenti la société commerciale lui est remboursable par versements, il est possible, compte tenu de la cote de crédit de l'emprunteur, que l'octroi du prêt ne mette pas en danger la possibilité pour la société de rencontrer ses propres obligations à échéance.

Chaque situation se présente comme un cas d'espèces.

Le second test prévu par l'article 42.1, au sous-paragraphe d) ne suppose pas nécessairement insolvabilité mais nous place plutôt dans une perspective de "valeur" et la question qu'on doit se poser est donc la suivante: la valeur du passif excède-t-elle, à raison de l'aide financière octroyée, la valeur de l'actif? La Loi parle de "valeur de réalisation". Certains croient qu'il faut ici être conservateur et adopter une valeur de réalisation dans le contexte d'une liquidation plutôt que dans celui d'une entreprise en exploitation⁶¹. La Loi ne donne aucune indication à ce sujet. Rien ne commande cette interprétation. Aussi peut-on penser qu'il peut très bien s'agir de valeur de réalisation dans un contexte normal d'exploitation⁶². Dans le calcul de la diminution de la valeur de réalisation de l'actif le législateur précise qu'il faut exclure l'une ou l'autre des deux choses suivantes. Premièrement le montant du prêt accordé (la version anglaise dit: "the amount of any financial assistance in the form of a loan") et, suivant le cas, le montant que représente la valeur des actifs grevés pour assurer le cautionnement donné par la compagnie (la version anglaise dit: "the amount of any financial assistance... in the form of assets pledged or encumbered to secure a guarantee"). Il semble bien qu'il faille conclure de cette formulation qu'on ne doit pas, à l'égard de ce second test, exclure la

61. J. LAJOIE, *Le financement corporatif et la divulgation financière*, Formation professionnelle du Barreau, 1975-76, no 10, 43, p. 54.

62. M. CAMIRAND, *Le financement de la société et la présentation des états financiers*, Formation professionnelle du Barreau, 1977-78, no 37, 110, p. 130.

valeur d'un cautionnement que consentirait la société sans grever ses biens d'une sûreté pour garantir ce cautionnement⁶³.

Ces tests représentent des questions de fait. Il appartient donc au prêteur dans le cas d'un financement d'apprécier si sa connaissance des affaires de la compagnie ne lui donne aucun motif raisonnable de croire que les tests ne sont pas remplis et, suivant les circonstances, de s'appuyer lui-même à ce sujet sur une déclaration des dirigeants ou, mieux encore, sur un certificat de comptables de la société.

III. L'AIDE FINANCIÈRE SUIVANT L'ARTICLE 123.(66) DE LA PARTIE IA DE LA LOI SUR LES COMPAGNIES

L'article 123.(66) de la loi québécoise s'inspire de l'article 42 de la loi fédérale dont il reprend la substance. Mais il le fait d'une manière plus concise et sans étendre le champ de la réglementation aussi loin puisqu'il n'adresse celle-ci qu'à l'actionnaire, à l'actionnaire de celui-ci et à la personne qui se porte acquéreur des actions de la compagnie. Nous ne ferons donc que souligner brièvement les aspects qui distinguent l'article 123.(66).

L'article 123.(66) de son côté énonce:

“Une compagnie ne peut accorder un prêt, un cautionnement ou toute autre forme d'aide financière à son actionnaire, à l'actionnaire de sa corporation mère ou à une personne pour acquérir ses actions, s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'en raison de ce fait:

1. elle ne pourrait acquitter son passif à échéance; ou
2. la valeur comptable de son actif serait inférieure au total de son passif et de son compte de capital-actions émis et payé”.

L'article 123.(67) de son côté énonce:

“Toutefois, la compagnie peut, sans tenir compte de la règle prévue à l'article 123.66, accorder une aide financière,

1. à son actionnaire ou à l'actionnaire de sa corporation mère, dans le cadre de ses activités normales si le prêt d'argent en fait partie ou à titre d'avance sur des dépenses engagées pour son compte; ou
2. à un actionnaire qui est son employé ou l'employé de sa corporation mère, dans le cadre d'un programme d'acquisition d'actions”.

63. L'article 20.(1)d) du *Business Corporations Act*, d'Ontario, S.O. 1982, c. 4, prononce une règle semblable mais en simplifie la formulation: “including the amount of any financial assistance in the form of a loan and in the form of any secured guarantee”.

Seule la compagnie est visée par cette interdiction. La notion de "groupe" ne se retrouve pas au niveau de la loi québécoise: l'interdiction n'atteint donc pas les autres corporations qui feraient partie du même réseau de compagnies que celle qui octroie l'aide.

L'aide interdite est la même que celle que la loi fédérale défend; le prêt, de même que le cautionnement, sont nommément mentionnés. Quoique l'article 123.(66) ne spécifie pas que l'aide financière indirecte soit interdite, le même résultat est atteint puisque le législateur parle de "toute autre forme d'aide financière".

Si les catégories de personnes qu'il est interdit d'aider sont moins nombreuses qu'à la loi fédérale, moins nombreuses aussi sont les catégories d'aide financière qui, par exception, échappent à l'article. L'article 123.(67) n'en mentionne que trois. Si la compagnie a pour activités normales de prêter de l'argent, elle pourra accorder une aide financière à son actionnaire, ou à l'actionnaire de sa personne morale mère — mais non pas à un acquéreur de ses actions, lequel n'est pas mentionné dans l'exception. De même la compagnie pourra apporter une aide financière à son actionnaire, et à l'actionnaire de celui-ci, pour couvrir des dépenses engagées pour son compte; enfin, troisièmement, elle pourra aider son actionnaire s'il est employé, ou l'employé de sa corporation mère, dans le cadre d'un programme d'achat d'actions. Il est à noter qu'aucune exception n'est prévue pour une filiale à part entière.

Le premier des tests financiers qu'impose l'article est identique au test de solvabilité de la loi fédérale. Le second réfère à la valeur "comptable" des actifs plutôt qu'à la valeur de "réalisation". Cependant l'article 123.(67) de la Loi permet aux administrateurs de remplacer la "valeur comptable" par la "valeur de réalisation". La valeur comptable, c'est-à-dire la valeur aux livres, est plus facile, il va sans dire, à établir que la valeur de réalisation des biens; cependant cette valeur étant, dans le cas de bien des entreprises, inférieure à la valeur de réalisation, le test établi sur cette base pourra s'avérer plus difficile.

IV. SANCTIONS D'UNE VIOLATION

L'octroi d'un prêt ou d'une aide financière prohibé entraîne une sanction et des recours qui varient suivant que la corporation délinquante est régie par la première partie de la loi sur les compagnies, ou par la partie IA de cette loi ou, enfin, par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. En effet, quoiqu'il existe des traits communs entre ces trois séries de dispositions législatives, chacune d'entre elles prévoit des sanctions différentes.

A. Loi sur les compagnies du Québec (partie I)

a) Prêt prohibé

L'octroi par une compagnie régie par la première partie de la loi sur les compagnies d'un prêt à un de ses actionnaires tombe carrément sous le coup de la prohibition de l'article 95. Même si cet article ne spécifie pas que tel prêt est nul, faut-il conclure qu'il l'est, puisque l'article 14 du Code civil énonce que "les lois prohibitives emportent nullité, quoiqu'elle n'y soit pas prononcée"?

Cette règle du Code civil a été appliquée à de nombreuses reprises par nos tribunaux, qu'il s'agisse du cas de la personne qui réclame des honoraires ou une commission suite à l'exercice illégal d'une profession⁶⁴, ou d'un huissier qui achète des droits litigieux⁶⁵, ou d'une personne qui prétend à un privilège immobilier réservé à une catégorie de personnes régies par une loi qu'elle a violée⁶⁶, d'une banque qui réclame des droits découlant d'une hypothèque dont elle ne pouvait devenir titulaire⁶⁷ ou même d'un contrat fait au mépris d'un règlement municipal⁶⁸. La sanction prévue à l'article 14 C.c. fut ainsi appliquée même dans le cas où les dispositions législatives enfreintes stipulaient une pénalité: à plus forte raison devait-il en être ainsi dans ces cas, ont dit les tribunaux, parce que la présence de telle pénalité démontre le caractère d'ordre public de la loi violée⁶⁹. Toutefois, il est possible qu'une loi donnée écarte, même implicitement, l'application de la règle de l'article 14 du Code civil. C'est le cas, a-t-on jugé, de l'ancienne *Loi sur les valeurs mobilières* qui en rattachant expressément une conséquence de nullité à certaines violations, mais en gardant le silence à l'égard de d'autres, se trouvait à faire échapper celles-ci à la nullité généralement prononcée par l'article 14 C.c.⁷⁰.

L'article 95 de la *Loi sur les compagnies du Québec* écarte-t-il explicitement ou implicitement l'article 14 du Code civil? Cet article

64. *Pauzé c. Gauvin*, (1954) S.C.R. 15, 19; *Landry c. Cunial*, (1977) C.A. 501; *Bowes c. Kracauer*, (1976) C.S. 579; *Charles c. Lauzon*, (1967) R.L. n.s. 170.

65. *Boissoneault c. Turgeon*, (1976) C.S. 1198.

66. *Privilège de l'entrepreneur en construction: Brissette c. Deguise*, (1979) R.P. 233.

67. *Bank of Toronto c. Perkins*, (1882) 8 S.C.R. 603, 615.

68. *Fortin c. Studio E.B. Côté Inc.*, (1960) C.S. 86.

69. *Pauzé c. Gauvin*, (1954) S.C.R. 15, 19; *Landry c. Cunial*, (1977) C.A. 501, 506.

70. *Laverdure c. Entreprises N. Dubois Ltée*, (1977) C.S. 1004, p.12 du jugement.

précise que l'administrateur ou l'officier qui a effectué le prêt prohibé, ou y a consenti, est solidairement responsable envers la compagnie et ses créanciers de "la somme prêtée et de l'intérêt". Les mots choisis par le législateur laissent croire que le prêt subsiste et que l'administrateur en faute en devient garant. En effet, si la nullité couvrait ce prêt les parties devraient être remises en état et l'argent remis à la compagnie; celle-ci n'aurait alors droit à aucun intérêt⁷¹. Or ce n'est ce qu'envisage l'article 95 qui rend l'administrateur responsable solidairement avec celui qui les doit, de rembourser la somme prêtée et "l'intérêt" qu'elle a porté. L'administrateur ne pourrait être tenu responsable des intérêts si, à cause de la nullité, aucun intérêt n'était dû.

On peut aussi faire un parallèle ici avec la disposition de la *Loi sur les compagnies* qui rend en certains cas les administrateurs "responsables" envers certains employés de la compagnie pour le salaire qui leur est dû. Les termes employés par la loi dans ce cas (art. 96) ressemblent à ceux de l'article 95. Or la jurisprudence a analysé ces dispositions comme faisant des administrateurs des "garants subsidiaires" de la dette de la compagnie⁷² ou des "véritables cautions de la dette salariale de la compagnie"⁷³. De la même manière on peut dire que l'article 95 rend les administrateurs et officiers solidairement garants de l'emprunt; celui-ci, même s'il est fait en violation de l'article 95, n'en demeure donc pas moins exécutoire, puisqu'il ne peut y avoir de garants ou de cautions d'une obligation principale qui serait nulle.

On peut donc interpréter l'article 95 d'une manière tout à fait compatible avec la survie du prêt et le rejet de la règle de l'article 14 du Code civil.

Les commentateurs n'adoptent pas de vues uniformes à propos de la nature de la sanction d'une violation à l'article 95. Les uns assimilent l'acte commis à un acte *ultra vires* et concluent à sa nullité⁷⁴. D'autres soutiennent plutôt qu'on ne doit pas ajouter d'autres sanc-

71. Ainsi que l'ont déjà jugé nos tribunaux: *Rolland c. La Caisse d'Économie Notre-Dame de Québec*, (1894) 3 B.R. 315, 329.

72. *Pilote c. Leclerc*, (1917) 52 C.S. 127, 130 — il s'agissait de l'article 6072 des *Statuts refondus du Québec* de 1909.

73. *Kuer c. Le Comité conjoint de l'industrie de la fabrication du métal en feuilles*, (1973) C.A. 341, 346 — il s'agissait ici de l'article 97 de la *Loi fédérale sur les compagnies* (J.S.R.C. 1952, c. 53).

74. R. BEAULIEU, *loc. cit.*, note 5, 221-222; M. et P. MARTEL, *La Compagnie au Québec*, 1982, p. 23-9; RENAUD et SMITH, *op. cit.*, note 41, 1596 et 1597.

tions à celle que formule expressément la loi, soit la responsabilité des administrateurs et officiers⁷⁵.

Nos tribunaux ont jusqu'ici interprété l'article 95 comme comportant une seule et unique sanction, c'est-à-dire celle qu'il prononce, soit la responsabilité solidaire de l'officier. C'est ce que déclare le tribunal, par voie d'*obiter*, dans *Spécialités Françaises Ltée c. Méreineau*:

"If a real and true contract of loan had been involved in this case, it would have been argued by petitioner that section 92 of the Quebec Companies Act prohibiting as it does a loan from a company to a shareholder also provides its own penalty and produces no other result. In such a case the continuing liability and indebtedness under such a loan contract persists"⁷⁶.

La Cour d'appel dans l'affaire de la *Caisse populaire de Charlebourg* a jugé catégoriquement que l'article 92 (maintenant l'article 95) n'emportait pas nullité:

"... the only sanction (of this section) is to engage the personal liability of 'all directors and other officers of the company making the loan or in any wise assenting thereto'. That is a long way from absolute nullity, and I would not consider section 92 sufficient authority to set aside the guarantee and hypothec"⁷⁷.

"Quoiqu'il en soit, les actes faits en contravention de l'article 92 ne sont pas nuls pour autant mais donnent lieu à un recours de la compagnie contre ceux qui les ont autorisés"⁷⁸.

Aucun de ces deux arrêts ne se penche sur la relation qu'il pourrait y avoir entre l'article 14 du Code civil et la disposition de la loi sur les compagnies. Les deux arrêts toutefois citent comme autorité la décision rendue par la Cour suprême en appel d'un jugement ontarien dans l'affaire *Eansor c. Eansor*⁷⁹.

La Cour suprême avait à se prononcer dans cette affaire sur l'argument d'une partie en cause à l'effet que le contrat en litige n'était

75. Y. LAUZON et L. PERRON, *Droit des compagnies et des sociétés*, t. 2, 1978, p. 802; J. SMITH, "Transactions Involving Conflicts of Interest in the Company Law of the Province of Quebec", (1973) 75 *R. du N.* 398-399; et, par analogie avec leur interprétation de l'article 15(4) de l'ancienne loi fédérale sur les compagnies, FRASER & STEWART, *op. cit.*, p. 98.

76. (1968) C.S. 520, 522. Voir aussi *Shacket c. Universal Factors Corporation*, (1967) C.S. 131, 139, où le tribunal indique que l'article 92 comportera sa propre sanction et juge que sa violation ne donne pas lieu à un ordre de liquider la compagnie.

77. M. le juge Kaufman, p. 11 de ses notes.

78. M. le juge Paré, p. 3 de ses notes.

79. (1946) S.C.R. 54.

pas exécutoire car il contrevenait à l'article 96 de la *Loi sur les compagnies d'Ontario* dont le contenu ressemblait à celui de notre article 95 mais prononçait une sanction plus sévère⁸⁰.

Voici comment M. le juge Kellock rejette cet argument:

"In my opinion, while the section prohibits loans to shareholders, it provides its own penalty for disobedience and produces no other result. The section expressly recognizes the continual existence of the debt, as the liability of the directors and officers by the section continues only until the 'repayment' of the loan. The loan then continues until it is repaid. 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 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 will be the case, were insolvent"⁸¹.

Sans doute la Cour suprême du Canada a-t-elle déjà prononcé la nullité d'une sûreté consentie pour garantir le prix d'achat d'actions dans l'affaire *Thibault c. Central Trust Co. of Canada*⁸². Cette affaire venait du Nouveau-Brunswick et la sûreté attaquée contrevenait à l'article 37(1) de la *Loi sur les compagnies* de cette province. Toutefois, à l'opposé de notre article 95, la loi du Nouveau-Brunswick ne stipulait aucune pénalité ou sanction pour violation à cette disposition⁸³. Cette distinction entre la loi du Nouveau-Brunswick et la nôtre crée un obstacle à l'application chez nous de cette décision.

b) Cautionnement et autres formes d'aide financière

La Cour d'appel dans l'arrêt *Caisse populaire de Charlesbourg* ne se prononce pas sur l'extension de la prohibition de l'article 95 (alors 92) au cautionnement de la dette d'un actionnaire. Toutefois elle juge clairement que de toute façon si tel cautionnement était visé par l'article 95 (alors 92), ce cautionnement ne serait pas nul, la nullité n'étant pas prononcée par l'article 95.

80. Le texte de l'article se lisait comme suit:

"96. No loan shall be made by the company to any shareholder, and if such a loan is made all directors and other officers of the company making the same in anywise assenting thereto shall be jointly and severally liable to the company for the amount thereof, and also to third parties to the extent of such loan with interest, for all debts of the company contracted from the time of the making of the loan to that of the repayment thereof".

81. (1946) S.C.R. 54, 72.

82. (1963) 39 D.L.R. (2d) 330.

83. C'est ce que la Cour d'appel avait pris soin de noter dans son jugement: (1962) 33 D.L.R. (2d) 317, 333.

On peut donc dire, à la lumière de cet arrêt, que si le cautionnement tombe sous le coup de l'article 95, ce que je ne crois pas, pour les raisons et sous les réserves exprimées plus haut, il n'est pas nul.

Avant cet arrêt, il y avait trois manières de voir les choses.

Premièrement, on pouvait considérer que la prohibition de prêter comporte celle de cautionner et qu'un cautionnement fait en contravention de l'article 95 entraîne la même sanction qu'un prêt fait en violation de cet article. Il entraîne donc la responsabilité des administrateurs ou officiers l'ayant consenti. Est-il, en plus, nul? D'une part un des arguments tenus par la Cour suprême dans l'affaire *Eansor* en faveur de la validité du prêt ne peut guère jouer dans le cas d'un cautionnement. En effet si le maintien de la validité du prêt protège l'actif de la corporation qui l'a consenti, dans le cas du cautionnement, cet actif serait mieux protégé si la nullité de ce cautionnement était prononcée. Par ailleurs, annuler le cautionnement s'avère presque incompatible avec la sanction prévue par le législateur à l'encontre des administrateurs et actionnaires: comment ceux-ci pourraient-ils être tenus solidairement responsables des obligations de la compagnie en vertu d'un cautionnement qui n'existe plus à raison de la nullité? Plusieurs concluaient donc à la validité du cautionnement. L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire de la *Caisse populaire de Charlesbourg*⁸⁴ confirme cette interprétation tout en laissant subsister des doutes sur le fait que l'article 95 vise vraiment le cautionnement.

Deuxièmement, on pouvait considérer que le cautionnement échappait à l'article 95 et que par conséquent, il était valide. L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire de la *Caisse populaire de Charlesbourg* peut aussi donner appui à cette interprétation.

Troisièmement, on pouvait considérer que le cautionnement, même s'il échappait à l'article 95, était frappé de nullité dans le cas où il constituait une aide apportée par la compagnie pour les fins de faciliter un achat de ses actions ou une transaction sur ses actions.

Nous avons discuté plus haut cette proposition, qui se réclame des principes formulés dans l'arrêt "*Trevor c. Whitworth*" et en avons souligné certains tempéraments. Le jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Caisse populaire de Charlesbourg* laisse encore place à cette interprétation, puisque, encore une fois, un des juges souligne dans cet arrêt l'avantage que retirait la compagnie de la transaction dont le cautionnement hypothécaire constituait un élément. N'eût été cet avantage, le cautionnement aurait peut-être été nul. L'arrêt *Spéciali-*

84. *Supra*, note 6; voir dans le même sens *Savon Majestic Ltée c. Fino Aliments Limitée*, C.S. Montréal, no 500-05-009590-835, 23 sept. 1983, p. 3 du jugement.

tés Françaises Ltée c. Méryneau présenté plus haut est représentatif de cette interprétation et, malgré les apparences, peut se reconcilier avec l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Caisse populaire de Charlesbourg*, puisque, dans l'affaire *Méryneau*, le cautionnement de même que la sûreté, donnée à l'appui du cautionnement, n'avaient pas profité à la compagnie; rien, du moins, ne le laisse voir dans les notes du tribunal.

On cite parfois sur ce sujet l'arrêt *Aviation St-Antoine Inc. c. St-Louis et al.*⁸⁵. Cependant le texte du jugement n'indique pas par quelle loi était régie la compagnie qui avait consenti une hypothèque sur ses immeubles pour garantir le solde du prix de vente des actions dû à un ancien actionnaire. Par ailleurs, ce jugement ne se prononce pas sur la nullité de l'hypothèque en question. Il rejette une requête du tiers-acquéreur des immeubles ainsi hypothéqués; cette requête concluait à la radiation de l'hypothèque parce qu'illégale et *ultra vires*. Le tribunal juge que le tiers-acquéreur devrait procéder par action; il fonde son jugement sur le fait que l'article 805 C.p.c. ne permet pas de recourir à une requête dans un cas où le titre n'est pas nul à sa face même. Le tribunal ajoute que: "Si cette hypothèque est nulle, il s'agit de toute évidence d'une nullité relative"⁸⁶, mais ne discute aucunement au fond de la question. La portée de ce jugement se limite donc au fait que, si une hypothèque était nulle parce que consentie en violation des dispositions de la loi régissant la compagnie qui l'a créée, la radiation ne peut en être obtenue au moyen d'une requête fondée sur l'article 805 C.p.c.

c) Application de la doctrine de l' "indoor management rule"?

Dans le contexte d'une violation par la compagnie de l'article 95, la doctrine de l'*indoor management rule* peut-elle assister le tiers et rendre le contrat exécutoire à son égard?

La règle de l'*indoor management rule* ne peut s'appliquer ici. Cette règle protège les tiers en leur permettant de tenir pour valide les actes de la compagnie même si les autorisations, approbations ou formalités internes prévues⁸⁷, n'ont pas été observées. Or l'article 95 établit une prohibition, purement et simplement, contrairement à certaines autres

85. (1978) C.S. 287.

86. *Id.*, 288.

87. *Le foyer de Marie Inc. c. Barbeau*, (1968) C.S. 188. Dans *Commercial Rubber Co. Ltd. c. Corporation of the Town of St. Jérôme*, (1908) 17 B.R. 274, 280 et 281; le Conseil privé y déclare qu'un tiers détenteur ne peut opposer au créancier qui le poursuit hypothécairement l'absence de règlement habilitant la compagnie à consentir une hypothèque.

dispositions de la *Loi sur les compagnies* qui prohibent certains gestes à moins qu'une procédure d'approbation ou d'autorisation ait été suivie à leur égard⁸⁸ et que les tiers pourraient, en vertu de la règle de l'*indoor management rule*, tenir pour remplie⁸⁹.

Aussi ne peut-on pas recourir, dans l'interprétation de l'article 95, à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Walton*⁹⁰. S'il fut question de l'*indoor management rule* dans cette affaire, au profit du prêteur à qui le jugement permit de compter sur la garantie octroyée, c'est précisément parce qu'on jugea que le prêteur pouvait tenir pour obtenue l'approbation des actionnaires.

B. Loi sur les sociétés commerciales canadiennes

a) Nullité relative

La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* décrète que la société, aussi bien que le prêteur de bonne foi, peut poursuivre l'exécution de contrats conclus en violation de l'article 42. La loi décrète en quelque sorte la nullité relative de ces contrats; la nullité est relative en ce sens qu'on ne peut l'opposer à un prêteur de bonne foi non plus qu'à la société qui poursuit l'exécution d'un contrat conclu en violation de l'article 42. Pour se prévaloir de tel contrat, le prêteur doit remplir trois conditions: il doit être un prêteur "à titre onéreux", un prêteur de "bonne foi" et, enfin, ne pas avoir "été avisé de la violation".

b) Le prêteur de bonne foi

La première condition est formulée curieusement: on est porté à croire de prime abord que tout prêteur la remplit puisque toute personne qui prête de l'argent est un prêteur "à titre onéreux", à moins de prêter sans intérêt. Le prêt n'est pas un contrat à titre gratuit⁹¹. En droit civil l'expression "à titre onéreux" est une expression qui qualifie certains contrats qu'on oppose aux contrats "à titre gratuit", mais il est apparent que ce n'est pas ici dans cette signification civiliste que l'expression est employée. La version anglaise de la loi se fait l'écho du concept important en *common law* du "purchaser for value without

88. V.g., art. 44: achat d'actions d'autres compagnies.

89. *Walton c. Bank of Nova Scotia*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 506; (1964) 43 D.L.R. (2d) 611.

90. *Ibid.*

91. Voir art. 1785 C.c.

notice”⁹². Elle indique qu’on a plutôt voulu que seul le créancier qui a avancé des fonds sur la foi du contrat passé en violation de l’article 42 puisse remplir cette première condition. En d’autres termes, le prêteur qui a déjà avancé ses fonds sans que n’ait été consenti en sa faveur le contrat exécuté en violation de l’article 42, ou sans avoir requis la passation de tel contrat, au moment où il a avancé ses fonds, ne pourrait pas se prévaloir du contrat qui enfreint l’article 42. On pourrait ici faire un parallèle avec l’article 2023 du Code civil, protégeant l’hypothèque consentie par un insolvable en faveur du “prêteur d’argent qui a contracté de bonne foi”.

La seconde et la troisième conditions paraissent se confondre puisque l’une peut difficilement aller sans l’autre: le prêteur ne pourrait se réclamer de bonne foi s’il a eu avis de la violation de l’article 42. Cependant, il faut donner un sens à tous les mots employés et il semble bien que le législateur ait voulu ne pas protéger le créancier qui n’aurait pas eu avis de la violation mais qui, compte tenu des circonstances et des faits portés à sa connaissance, aurait manqué de bonne foi. Tel serait le cas, par exemple du créancier qui, compte tenu des circonstances, aurait dû s’enquérir mais ne l’a pas fait. Enfin il faut dire que les mots “qui n’a pas été avisé de la violation” ne peuvent être pris dans leur sens littéral: le législateur n’a certainement pas voulu protéger les créanciers qui auraient connu la violation sans que personne, littéralement, ne les en ait “avisés”. C’est la connaissance acquise par le créancier qui compte ici, peu importe le mode par lequel le créancier a acquis cette connaissance.

Quoique le texte ne le précise pas, il suffit que la bonne foi ait existé au moment où le prêteur a accepté l’aide financière de la société commerciale pour prêter à l’actionnaire de celle-ci. La connaissance qu’il aurait eue subséquemment d’une infraction à l’article 42 ne saurait lui enlever la protection qu’il a déjà acquise aux termes de l’article 42.(3). On peut ici faire un parallèle avec l’article 2253 du Code civil suivant lequel il suffit, en matière de prescription acquisitive que la bonne foi ait existé au moment de l’acquisition du titre.

D’une manière plus générale la disparition d’un des éléments dont la présence rendait efficace ou valide l’aide financière à l’égard du prêteur ne devrait pas affecter les droits de celui-ci, non plus que la responsabilité des administrateurs de la société qui a octroyé l’aide. Il semble bien s’imposer que la sûreté qu’aurait octroyée la société à titre d’aide financière demeure valide même si la société devient incapable

92. La version anglaise réfère à un “lender for value without notice of the contravention”.

de rencontrer après coup l'un ou l'autre des tests de solvabilité. La même conclusion devrait s'imposer si, par exemple, la société qui a octroyé l'aide cesse d'être une filiale à part entière de la société mère qui bénéficie de l'aide. Je croirais même qu'on ne doit pas, dans l'hypothèse d'une garantie par une filiale à part entière, interpréter la loi comme créant une obligation à la personne morale mère de ne pas céder des actions de la société filiale qui a apporté cette aide. En dehors de tout contexte de fraude ou de manoeuvre pour contourner les dispositions de l'article 42 un changement dans les éléments nécessaires à l'efficacité de l'aide financière survenu postérieurement à l'octroi de celle-ci ne devrait pas diminuer son efficacité.

Ceci s'avère particulièrement important en matière de crédit variable ou d'ouverture de crédit. Supposons le cas d'une filiale qui cautionne les obligations de sa société mère auprès d'une banque qui met un crédit variable à la disposition de celle-ci; un transport général de créances est consenti par la filiale au profit de la banque. On est alors en présence d'un cautionnement d'obligations présentes et futures. Tel cautionnement, suivant la décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁹³ n'est pas un engagement de cautionner les obligations futures lorsqu'elles naîtront; il n'est pas une promesse de cautionner plus tard; il est un véritable cautionnement dès à présent contracté et obligatoire, à l'égard de dettes présentes et futures. On ne doit donc pas se demander, chaque fois que ces obligations futures surviennent, si les conditions de l'article 42 sont à nouveau remplies pour que le cautionnement soit efficace. Il suffit qu'elles l'aient été à l'origine. Du point de vue du prêteur, l'ouverture d'un crédit variable constitue également une obligation immédiate de prêter; cette ouverture de crédit l'engage; il serait illogique de lui imposer l'obligation de procéder à une nouvelle étude des circonstances chaque fois qu'il débourse.

À l'appui de l'interprétation qui vient d'être faite, on peut, par analogie, invoquer le texte de l'article 113.(2) de la loi. Cet article oblige les administrateurs à restituer à la société les sommes non recouvrées, s'ils ont approuvé la résolution autorisant l'aide financière en violation de l'article 42. Il est bien évident, en vertu de ce texte, que l'appréciation de leur responsabilité doit se faire suivant les circonstances qui prévalaient lors de l'adoption de la résolution et non suivant les circonstances qui ont pu se présenter subséquemment. De même, la validité de l'aide financière doit s'apprécier à la lumière des circonstances du moment où elle est octroyée.

93. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 347 ss.

Revenons maintenant à la bonne foi requise du prêteur qui veut se prévaloir du contrat fait en violation de l'article 42.

La bonne foi se présume. Partant de ce principe, d'une manière générale, les tribunaux du Québec ont interprété les dispositions du Code civil requérant expressément la bonne foi d'une manière favorable à ceux qui voulaient s'en prévaloir. Ainsi celui qui veut démontrer que la bonne foi n'existait pas a le fardeau de faire cette preuve⁹⁴. Celui dont l'erreur a été démontrée n'a pas, à son tour, pour démontrer sa bonne foi, à prouver que son erreur était invincible⁹⁵. On a déjà jugé même, à l'égard des dispositions du Code civil sur la vente de la chose d'autrui en matières commerciales, que la bonne foi n'était pas perdue même si l'ignorance était la conséquence d'une négligence. Dans *Morgan, Ostiguy & Hudson Ltée c. Sun Life Ass. Co. of Canada*, M. le juge Mayrand s'exprime comme suit, dans cette affaire qui concernait la vente d'obligations volées:

“À mon avis, l'acheteur de bonne foi est plutôt celui qui ignore que son vendeur n'est pas le véritable propriétaire, peu importe que cette ignorance soit la conséquence d'une négligence. Même si le juge de première instance avait eu raison de dire que Cousineau était un novice ayant fait preuve d'une ignorance fautive, il ne pouvait assimiler son inexpérience ou sa négligence à la mauvaise foi”⁹⁶.

Le savant juge citait à l'appui un passage célèbre d'un jugement du juge Mignault à l'effet que “Good faith does not need to be” “une bonne foi éclatante”⁹⁷, de même que Planiol et Ripert qui rapportent que la bonne foi n'est pas perdue par le simple fait que l'ignorance que la chose appartenant à autrui découle d'une faute grave d'inattention⁹⁸.

On a de même jugé que la bonne foi n'exigeait pas qu'un courtier fasse enquête sur la provenance des valeurs qu'il se propose d'acquérir⁹⁹, ni qu'un banquier aille au-delà des états financiers et se transforme en enquêteur spécialisé pour les fins d'établir s'il y avait insolvabilité.

94. V.g., *Chamandy c. Leblanc*, (1977) C.S. 176, 180 ss.

95. *Laforest & Frères Inc. c. Dagenais*, (1961) C.S. 415, 420.

96. (1975) C.A. 473, 475. Contra: *Nadeau & Frères c. Ville de Québec*, J.E. 80-157.

97. *Grossman c. Barrett*, (1926) R.C.S. 129, 137.

98. *Traité de droit civil*, 29 éd., t. 10, no 49, p. 52.

99. *René T. Leclerc Inc. c. Perreault et al.*, (1970) C.A. 141, 147; *Young c. Mac Nider*, 25 R.C.S. 272, 276-277.

bilité¹⁰⁰. Il faudra des circonstances propres à éveiller des soupçons graves pour faire perdre la bonne foi¹⁰¹.

Cette jurisprudence sur les dispositions du Code civil visant à protéger les ventes commerciales devrait s'appliquer pour protéger le prêteur de bonne foi en matières commerciales dans le contexte d'une violation de l'article 42.

c) Connaissance réelle ou réputée de l'infraction

Il arrive fréquemment que les conseillers juridiques d'un prêteur reçoivent mandat de voir à ce qu'un financement proposé prenne place et de préparer la documentation à cet effet. Le conseiller juridique acquiert dès lors une connaissance souvent assez étendue du but de l'emprunt projeté et de la situation de l'emprunteur. La connaissance qu'il aurait d'une violation de la loi est-elle imputable à son client, le prêteur?

La Cour suprême du Canada, dans une espèce venant d'Ontario, a déjà jugé qu'un prêteur ne peut plus se prétendre de bonne foi si son conseiller juridique savait que la transaction violait une disposition législative, même si ce conseiller juridique ne lui a pas transmis cette information. Le conseiller juridique en question n'avait pas informé le prêteur du fait que l'hypothèque consentie contrevenait à certaines dispositions législatives sur les sûretés consenties dans un contexte d'insolvabilité; le prêteur plaidait ignorance et bonne foi et, par conséquent, se réclamait de l'exception bonifiant l'hypothèque à l'égard d'un créancier de bonne foi. Ce plaidoyer fut rejeté et l'hypothèque invalidée:

"So far as this point is concerned we are of opinion that his solicitor's knowledge necessarily acquired in connection with the same transactions was his knowledge, and that he must be held to have known what his solicitor knew"¹⁰².

Des tribunaux de Nouvelle-Écosse ont récemment décidé dans le même sens dans une espèce jugée en rapport avec l'article 96(5) du *Companies Act* de la province de Nouvelle-Écosse; cet article prohibe l'octroi de prêts, de cautionnements ou de garanties par une compagnie à l'occasion d'une transaction sur ses actions. Il s'agit de l'affaire *Irving Oil Ltd. c. Central & Eastern Trust Co.*¹⁰³. Une institution

100. *In re J.M. Nault Ltée*, (1973) C.S. 163, 166 (l'action prise dans cette affaire était une action paulienne).

101. *Sweeny c. The Bank of Montreal*, (1885-1886) 12 R.C.S. 661.

102. *Burns & Lewis c. Wilson*, (1897) 28 R.C.S. 207, 216.

103. *Irving Oil Ltd. c. Central & Eastern Trust Co.*, 89 D.L.R. (3d) 374, 385.

financière prêta sur hypothèque à une compagnie une certaine somme d'argent. Elle confia cette somme à son propre conseiller juridique qui, le jour de la clôture de la transaction de vente des actions de la compagnie, remit la somme à l'avocat représentant le vendeur des actions, à titre de paiement partiel du prix de vente. Subséquemment, le prêteur hypothécaire prit des procédures contre la compagnie pour faire valoir ses droits et ces procédures furent contestées par Irving Oil Ltd., un autre créancier de la compagnie. Ce tiers créancier alléguait que l'hypothèque était nulle puisque consentie en violation de l'article 96(5) du *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. Dans un de ses moyens le prêteur alléguait bonne foi et ignorance de l'aménagement précis de la transaction qui faisait tomber celle-ci sous le coup de l'article 96(5) en question. La Cour de première instance, jugea que le prêteur était réputé avoir eu la même connaissance de la transaction que son avocat, même si dans les faits certains aspects de la transaction ne lui avaient pas été expliqués par cet avocat¹⁰⁴. La Cour d'appel de Nouvelle-Écosse confirma le premier juge sur ce point, sans toutefois élaborer¹⁰⁵. Ce jugement fut confirmé par la Cour suprême du Canada qui, sans reprendre ce point, déclare que la preuve démontrait que toutes les parties en cause étaient familières avec les détails de la transaction¹⁰⁶.

Dans ces espèces de *common law* la connaissance "réputée" était fondée sur les règles du mandat.

À cet égard, il faut dire que les règles du mandat sont au Québec les mêmes. Par exemple, la doctrine enseigne que la fraude commise par le mandataire est "sensée avoir été commise par la partie elle-même"¹⁰⁷. On a déjà jugé chez nous que le mandant ne peut plaider qu'il ignorait un fait que le mandataire lui a caché:

"It is a startling proposition that a party can, under any circumstances, profit by the fraud of his agent, because the principal is not privy to it. Appellant's argument is this, that when the agent only suppresses a fact which he knew and which the principal did not know, and which the principal was only obliged to

104. "I find therefore that the Nova Scotia Trust Company by imputation had the same knowledge about the intended transaction as had its solicitors" *Central & Eastern Trust c. Stonehouse Motel*, 81 D.L.R. (3d) 495, 505. Voir, dans le même sens: *Royal Bank of Canada c. Stewart*, (1980) 8 B.L.R. 77, 87, confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à (1982) 31 B.C.L.R. 33.

105. *Irving Oil Limited c. Central & Eastern Trust Company*, 89 D.L.R. (3d) 374, 385.

106. *Central & Eastern Trust Company c. Irving Oil Limited*, 110 D.L.R. (3d) 257, 263 ou (1980) 2 R.C.S. 29.

107. AUBRY & RAU, *Droit civil*, Vol. IV, p. 506 cité à *La Société d'administration générale c. Ménard*, (1926) 41 B.R. 204, 215.

disclose in case he knew it, there is no fraud of which the purchaser can take to advantage; that the purchaser has no right to profit by the accidental knowledge of the intermediary. It seems to me that this is a fallacy"¹⁰⁸.

Il s'agit là d'une question de faits et d'étendue du mandat.

Notons, en terminant, que l'article 16.(3) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* formule un principe général à l'égard des actes de la société contraires à la loi. Cet article 16.(3) se lit comme suit:

"16.(3) Les actes de la société, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou à la présente loi".

Le prêteur qui ne remplit pas les conditions de l'article 42.3, soit qu'il soit de mauvaise foi et qu'il ait eu connaissance de la violation, soit qu'il n'ait pas donné valeur, peut-il réclamer quand même l'exécution du contrat en se fondant sur l'article 16.3? La négative s'impose. La règle particulière (art. 42.3) l'emporte sur la générale (art. 16.3) et l'article 42.3 se viderait de son sens si on devait le faire céder devant la règle générale de l'article 16.(3)¹⁰⁹.

d) Responsabilité des administrateurs

La loi fédérale, comme on l'a vu tantôt, oblige solidairement les administrateurs à restituer à la société les sommes que lui aura coûtées l'aide financière contrevenant à l'article 42. L'article 113.(2) rattache cette sanction au fait d'avoir approuvé la résolution autorisant l'aide financière en question. Il faut noter ici que la loi permet à l'administrateur de requérir un tribunal d'empêcher l'aide financière illégale anticipée (art. 234.(3)), qu'elle l'exonère si, de bonne foi, il s'est appuyé sur des états financiers reflétant équitablement la situation de la société ou sur un rapport d'un professionnel dont l'expertise est adéquate (art. 118.(4)). Par ailleurs, si l'administrateur a dû payer les sommes en cause, la loi, aux articles 113.(3) et 113.(4), met sur pied un mécanisme lui permettant de répéter les sommes qu'il a payées, totalement ou en partie.

C. Loi sur les compagnies (partie IA)

La loi provinciale rattache des sanctions à la violation de l'article 123.(66) qui sont substantiellement les mêmes que celles que la loi fédérale édicte à propos de l'article 42: nullité du contrat sauf à l'égard

108. *Chrétien v. Crowley*, 2 Dorion 396 cité à *National Real Estate & Investment Company of Canada c. Meloche*, (1917) 26 B.R. 212, 216.

109. Voir en ce sens: Richard GAUDREAU, "Les compagnies et les tiers contractants", (1982) 42 *R. du B.* 558.

de la compagnie et du prêteur de bonne foi, responsabilité des administrateurs.

La formulation de l'article 123.68 a moins de rigueur que celle de l'article équivalent à la loi fédérale. Ainsi, suivant la lettre de cet article, un cautionnement donné en violation de la loi ne serait pas nul vis-à-vis de la compagnie, que le créancier ait été de bonne ou de mauvaise foi. Ce n'est sans doute pas là l'intention du législateur; il serait contradictoire que le créancier de mauvaise foi puisse poursuivre en vertu du cautionnement sous prétexte que celui-ci n'est pas nul vis-à-vis de la compagnie.

Notons que la loi provinciale protège également l'administrateur qui se fie à un rapport d'expert (art. 123.84) mais ne contient pas de dispositions articulant son recours une fois que, tenu responsable, il a payé, non plus que de dispositions lui permettant de s'adresser au tribunal pour empêcher la compagnie d'apporter l'aide interdite.

CONCLUSION

La situation où une filiale est appelée à constituer des sûretés au profit d'un créancier de sa corporation mère constitue encore maintenant, sur le plan des deux lois, une zone où les embûches sont nombreuses.

Pour ce qui concerne les compagnies régies par la partie I de la *Loi sur les compagnies* la jurisprudence la plus récente a apporté une certaine clarification sur le problème de la nullité des actes contrevenant à la loi.

D'autre part à la partie IA et à la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* le législateur a codifié plusieurs règles qui précisent le droit sur le sujet. Cependant l'extention donnée à la réglementation, au niveau de la loi fédérale, et les interprétations diverses qu'on peut donner aux tests financiers, au niveau des deux lois, demeurent des facteurs créant une certaine incertitude.