

# L'ACTION DÉRIVÉE SELON LA LOI SUR LES CORPORATIONS COMMERCIALES CANADIENNES

Richard Proulx

Volume 7, numéro 2, 1976

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059641ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059641ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Proulx, R. (1976). L'ACTION DÉRIVÉE SELON LA LOI SUR LES CORPORATIONS  
COMMERCIALES CANADIENNES. *Revue générale de droit*, 7(2), 207–268.  
<https://doi.org/10.7202/1059641ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa,  
1976

Cet document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des  
services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique  
d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**é**rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de  
l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à  
Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# L'ACTION DÉRIVÉE SELON LA LOI SUR LES CORPORATIONS COMMERCIALES CANADIENNES\*

par Richard PROULX,  
*maître en droit de l'Université d'Ottawa.*

## SOMMAIRE

### Introduction

- I.— L'action dérivée répond à un besoin de protection de l'actionnaire minoritaire.
  - A. *Foss v. Harbottle* ou la règle de la majorité
    1. Le principe
    2. Les exceptions
  - B. Les différentes formes de protection accordées à l'actionnaire minoritaire
    1. Les recours ouverts à l'actionnaire minoritaire en droit anglais et canadien
    2. Les recours ouverts à l'actionnaire minoritaire en droit québécois
    3. Critique du régime actuel
- II.— Étude des dispositions relatives à l'action dérivée.
  - A. De l'action dérivée par rapport aux autres recours de l'actionnaire
  - B. Des conditions d'ouverture de l'action dérivée
    1. Des actes donnant ouverture à l'action dérivée
    2. De la demande d'autorisation judiciaire
      - a) les conditions d'exercice de la demande d'autorisation judiciaire
      - b) les causes de rejet de la demande d'autorisation judiciaire
      - c) les effets de l'autorisation judiciaire
    3. De l'action dérivée
      - a) les conditions d'exercice de l'action dérivée
      - b) les causes de rejet de l'action dérivée
      - c) les jugements

### Conclusion

\* Cette étude a été présentée comme thèse de maîtrise à l'Université d'Ottawa.

## INTRODUCTION

La nouvelle loi sur les corporations commerciales canadiennes<sup>1</sup>, découlant des propositions du rapport Dickerson<sup>2</sup>, est en vigueur depuis décembre 1975. Elle se veut innovatrice et très moderne.

Un des principaux buts du rapport Dickerson consistait à améliorer le sort réservé aux actionnaires minoritaires qui actuellement ne possèdent quasiment aucun droit. Il fallait améliorer la protection de l'actionnaire minoritaire pour ainsi favoriser les investissements dans le secteur corporatif.

Parmi les nouveaux droits et recours accordés à l'actionnaire, le rapport Dickerson a introduit l'action dérivée qui permet à l'actionnaire de poursuivre au nom et pour le compte de la corporation<sup>3</sup>. Cette nouvelle action permettra de contrevenir aux effets néfastes de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>4</sup>. Même si les tribunaux anglais et canadiens élaborèrent des exceptions à la règle de la majorité et accordèrent des recours en conséquence, ceux-ci ne suffirent point à pallier toutes les injustices découlant de cette fameuse règle. Il fallait absolument améliorer le sort de l'actionnaire minoritaire, et pour ce faire, cette loi propose de nouveaux recours tels la demande à la Cour en cas d'abus<sup>5</sup> et l'action dérivée<sup>6</sup>.

Celui qui nous intéresse plus particulièrement est l'action dérivée. Ce recours existe présentement en vertu de la common law, mais la nouvelle loi change complètement les conditions et modalités d'application pour le rendre plus efficace. Déjà, deux provinces, l'Ontario<sup>7</sup> et la Colombie-Britannique<sup>8</sup>, ont adopté des dispositions analogues. Le modèle ontarien s'inspire fortement du modèle américain<sup>9</sup> et, en conséquence, nous n'hésiterons pas à citer la jurisprudence américaine à titre purement comparatif.

La première partie de cette étude consistera en une mise au point sur la situation actuelle en droit anglais, canadien et québécois. Ainsi, nous analyserons les principes découlant de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>10</sup>, ses exceptions et les remèdes existants présentement pour déterminer si ceux-ci s'avèrent suffisants pour protéger l'actionnaire minoritaire. Dans une deuxième partie, nous nous attaquerons à l'étude même de l'action dérivée

---

<sup>1</sup> 23-24 Elizabeth II chapitre 33. Nous utiliserons l'expression la «nouvelle loi» pour y référer.

<sup>2</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, volumes 1 et 2.

<sup>3</sup> *Id.*, volume 2, article 19.01 et suivants.

<sup>4</sup> 67 E.R. 189.

<sup>5</sup> Article 234.

<sup>6</sup> Article 232.

<sup>7</sup> *Business Corporations Act*, 1970 R.S.O. c. 53, article 99.

<sup>8</sup> *Companies Act*, 1972-3 S.B.C. c. 18, article 222.

<sup>9</sup> Rule 23 of the *American Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>10</sup> *Supra*, n. 4.

telle que proposée par la nouvelle loi. Nous étudierons d'abord les difficultés qui entourent le choix du recours approprié, et ensuite nous analyserons les articles même de la nouvelle loi afin de voir si celle-ci apporte une solution satisfaisante au problème existant.

## I.— L'ACTION DÉRIVÉE RÉPOND À UN BESOIN DE PROTECTION DE L'ACTIONNAIRE MINORITAIRE

### A. FOSS V. HARBOTTLE OU LA RÈGLE DE LA MAJORITÉ

Une des règles les plus contraignantes auxquelles doit faire face celui qui achète des actions minoritaires dans une corporation est celle de la majorité. Il doit se plier à la volonté de la majorité. La jurisprudence contribua à rendre la position de l'actionnaire minoritaire encore moins enviable par l'extension qu'elle donna à cette règle. Si elle doit favoriser la démocratie à l'intérieur de la corporation, à l'inverse, elle peut aussi conduire à de nombreux abus et à des fraudes. C'est ce que nous verrons dans un premier point.

#### 1. *Le principe*

La règle de la majorité provient du célèbre arrêt anglais *Foss v. Harbottle*<sup>11</sup>. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une action intentée par deux actionnaires de la compagnie Victoria Park Co., en leur nom personnel et en celui de tous les autres actionnaires sauf les quatre défendeurs, également administrateurs de la compagnie. À noter que l'acte d'incorporation prévoyait la nomination de cinq actionnaires comme administrateurs de la compagnie et que toute poursuite devait être intentée par le trésorier ou un autre administrateur au nom de la corporation. La base principale de l'action reposait sur les faits suivants : premièrement, la vente par les administrateurs de leurs terrains à la compagnie pour un prix supérieur à leur valeur, et, deuxièmement, la transaction *ultra vires* par laquelle les administrateurs empruntèrent de l'argent dans le but de se payer eux-mêmes en qualité de vendeurs.

Le tribunal rejeta l'action parce que les actionnaires ne possédaient pas le droit d'intenter une action au nom de la compagnie puisque la vente de leurs propres terrains par les administrateurs à la compagnie constituait une transaction annulable à la demande de la compagnie. Malgré l'absence de décision de la part de la compagnie, le tribunal ne désirait pas substituer sa discrétion à celle de la compagnie qui pouvait toujours ultérieurement ratifier la transaction.

Les deux principes importants découlant de cet arrêt se résument ainsi<sup>12</sup> :

- a) si la corporation constitue une personne morale distincte de ses actionnaires, celle-ci se trouve seule compétente à poursuivre pour obtenir réparation du préjudice subi;

<sup>11</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>12</sup> S. M. BECK, *The Shareholders' Derivative Action*, (1974) 52 *R. du B. Can.* 164.

- b) comme la volonté de la corporation se détermine par celle de ces actionnaires réunis lors d'une assemblée générale, et, comme également les demandeurs ne représentaient pas la majorité ou ne pouvaient prouver une telle représentation, ceux-ci n'avaient donc aucun droit de poursuivre au nom de la compagnie, car, en vertu de la common law, la décision de poursuivre ne peut relever que de l'assemblée générale<sup>13</sup>.

Subséquentement, le Juge Jenkins redéfinit clairement la règle de la majorité dans le non moins célèbre arrêt *Edwards v. Halliwell*<sup>14</sup>.

.... where the alleged wrong is a transaction that might be made binding on the company or association and all its members by a simple majority of the members, no individual member of the company is allowed to maintain an action in respect of that matter for the simple reason that if a mere majority of the members of the company or association is in favour of what has been done, then *cadit quæstio*. No wrong had been done to the company or association and there is nothing in respect of which anyone can sue. If on the other hand, a simple majority of members of the company or association is against what has been done, there is no valid reason why the company or association itself should not sue.

En résumé, les tribunaux anglais n'interviendront pas dans les conflits internes de la compagnie puisque ceux-ci, relevant de la décision de la majorité, se trouvent soustraits à la juridiction des tribunaux. D'ailleurs, il n'est pas du devoir de la Cour de substituer sa discrétion à celle de la compagnie. Cependant, cette règle ne doit pas encourager les administrateurs à commettre des abus ou des fraudes envers la minorité. Dans le présent cas, même si au point de vue juridique la victime des actes des administrateurs fut la compagnie, en réalité, les véritables victimes demeurent les actionnaires minoritaires qui ne recevront jamais l'argent versé en trop par la compagnie pour l'achat des terrains et qui ne peuvent rien faire pour remédier à la situation. Mais quel a été le sort réservé en droit canadien et québécois à ce principe de non intervention découlant de la règle de la majorité?

En droit canadien, le problème majeur consiste à appliquer les principes découlant de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>15</sup> dans les législations où l'incorporation s'effectue par lettres-patentes en vertu de la prérogative royale conformément à la loi fédérale<sup>16</sup> et dans certaines provinces comme le Québec<sup>17</sup>. Dans les provinces où l'incorporation s'effectue par enregistrement comme en droit anglais, il devient beaucoup plus facile d'appliquer la common law anglaise, quoiqu'on l'applique trop souvent aveuglément.

Ainsi, la règle de la majorité a été reconnue expressément au fédéral par la *loi d'interprétation*<sup>18</sup> qui attribue «à une majorité des membres de la corporation la faculté de lier les autres par leurs actes». Ce principe a d'ailleurs été

<sup>13</sup> *Isle of Wight Ry Co. v. Tabourdin*, (1883) 25 Ch. D. 320.

<sup>14</sup> (1950) 2 All E.R. 1064 à la page 1066.

<sup>15</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>16</sup> *Loi sur les corporations canadiennes*, (1970) S.R.C. c. C-32.

<sup>17</sup> *Loi des compagnies*, 1964 S.R.Q. c. 271.

<sup>18</sup> 1970 S.R.C. c. 1-23, article 20 (1) c.

approuvé par la Cour d'appel de l'Ontario où existait une loi semblable<sup>19</sup>. Il s'agit donc de l'incorporation dans un statut de la règle de la majorité.

Au Québec, ce principe se retrouve au paragraphe 19 de l'article 17 du Code Civil. Celui-ci mentionne en effet qu'un acte qui doit être exécuté par plus de deux personnes peut l'être valablement par la majorité de ces personnes. Ce principe apparaît également sous-entendu dans l'arrêt *McDougal v. Wilson*<sup>20</sup> où le tribunal se refusa à intervenir dans les affaires internes de la compagnie. Cependant, un problème surgit lorsqu'il s'agit de préciser les effets de la règle de la majorité lorsque le contrôle des affaires de la corporation réside dans les mains du conseil d'administration.

En effet, en droit anglais, les actionnaires voient aux destinées de la corporation, ils représentent la volonté de la corporation<sup>21</sup>. Mais selon la législation fédérale<sup>22</sup> et québécoise<sup>23</sup>, le conseil d'administration dirige la corporation. Les actionnaires élisent les administrateurs qui, eux, gèrent la corporation et représentent sa volonté. Et comme le signale Beck<sup>24</sup>, le pouvoir d'administrer la corporation comprend implicitement le pouvoir d'utiliser son nom corporatif dans un litige. Donc il ne relève plus du pouvoir des actionnaires, majoritaires ou non, d'utiliser le nom de la compagnie dans un litige. Ainsi, le motif à la base de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>25</sup> ne s'applique plus lorsque la décision de poursuivre n'appartient pas à la majorité des actionnaires mais au conseil d'administration. Enfin, cette distinction importante devrait, à elle seule, suffire à exclure l'application du principe dégagé dans *Foss v. Harbottle*<sup>26</sup> dans les juridictions où l'administration des affaires de la corporation relève non pas des actionnaires, mais du conseil d'administration. Cependant, la jurisprudence canadienne a suivi la règle de la majorité et le principe de non-intervention développés par l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>27</sup> et appliqua indifféremment le principe de non-intervention quelle que soit la législation en cause<sup>28</sup>.

Il faut donc conclure que pratiquement, même si cela s'avère discutable dans certains cas, la jurisprudence canadienne et québécoise suit la jurisprudence anglaise établie par l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>29</sup> et n'interviendra pas

<sup>19</sup> *Noble v. Cameron*, 1955 O.R. 608.

<sup>20</sup> (1933) 3 D.L.R. 111.

<sup>21</sup> *Supra*, n. 13.

<sup>22</sup> *Supra*, n. 16 article 86 (1).

<sup>23</sup> *Supra*, n. 17 article 80.

<sup>24</sup> Cette conséquence implicite existe également en droit anglais lorsque les articles attribuent le pouvoir d'administrer au conseil d'administration. *An analysis of Foss v. Harbottle* (1967) *Can. Company L.* 1: p. 551 et 553. À fortiori cela doit être la même conclusion lorsque la Couronne accorde le pouvoir d'administrer à un conseil comme une conséquence de son incorporation.

<sup>25</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Burrows v. Becker*, (1968) 70 D.L.R. (2d.) 433; *Burland v. Earle*, (1902) A.C. 83; *McDougal v. Wilson*, *supra*, n. 20. *In re Jury Gold Mines Ltd.*, (1928) 4 D.L.R. 735.

<sup>29</sup> *Supra*, n. 4.

dans les affaires internes de la compagnie. Mais ce principe de la non-intervention devrait s'élargir avec les années suite à une interprétation plus libérale de la jurisprudence anglaise.

Une première expansion conduisit à l'application de la règle de la majorité à la ratification d'irrégularités commises envers les règlements de la compagnie ou l'acte d'incorporation. Les deux principaux arrêts anglais confirmant cette règle sont *Mozley v. Alston*<sup>30</sup> et *McDonald v. Gardiner*<sup>31</sup>.

Dans le premier arrêt, deux actionnaires intentèrent une action personnelle pour le motif que le conseil d'administration était illégal, parce qu'en contravention des termes de l'acte d'incorporation de la compagnie. La Cour décida que la compagnie était seule compétente à prendre une action, puisque l'usurpation d'une charge d'administrateur préjudiciait uniquement à la compagnie et non aux actionnaires. Dans le second arrêt, les règlements prévoyaient l'obtention d'un scrutin à la demande de cinq actionnaires. Lorsque des actionnaires demandèrent un scrutin relativement à une motion d'ajournement, le président d'assemblée, étant également l'un des directeurs, refusa de l'accorder pour le motif qu'il ne pouvait y avoir de scrutin relativement à une telle question. La Cour d'appel refusa d'agir parce qu'il s'agissait d'un conflit interne et référa le problème à la majorité des actionnaires. Dans le présent cas, la Cour d'appel aurait pu prétendre que l'interprétation d'un règlement constituant une question de droit, cela relevait de sa compétence, mais elle préféra ne pas s'ingérer dans les affaires internes de la compagnie. En droit canadien, la jurisprudence appliqua également cette règle lorsque les irrégularités commises pouvaient être ratifiées par l'assemblée générale<sup>32</sup>, ce qui rendait illusoire le recours de l'actionnaire minoritaire. Ainsi donc, cette première expansion, qui débuta d'abord en droit anglais, a reçu également son application en droit canadien<sup>33</sup>.

Cependant, dans le cas de *Mozley v. Alston*<sup>34</sup>, on peut se demander si le résultat aurait été le même en droit québécois. En effet, l'article 838 du Code de Procédure Civile prévoit un recours extraordinaire dans le cas où une personne exerce sans droit une charge dans une corporation publique ou privée<sup>35</sup>.

Une seconde expansion de la règle de la majorité découle de la décision du Conseil privé dans l'affaire *North West Transportation Co. v. Beatty*<sup>36</sup>. Voici les faits : Beatty, administrateur et actionnaire majoritaire, présenta à l'assemblée générale le contrat de vente de son bateau à la compagnie afin

<sup>30</sup> 41 E.R. 833.

<sup>31</sup> (1875) Ch. D. 13.

<sup>32</sup> *Burland v. Earle*, *supra*, n. 28.

<sup>33</sup> *Watl v. Commonwealth Petroleum Ltd.*, (1938) 4 D.L.R. 701; *Pelech v. Ukrainian Mutual Benefit Ass'n*, (1940) 4 D.L.R. 342.

<sup>34</sup> *Supra*, n. 30.

<sup>35</sup> Il s'agit du *quo warranto*.

<sup>36</sup> (1887) 12 App. Cas. 589.

d'obtenir l'approbation des actionnaires. Il obtint la majorité uniquement à cause de son vote en qualité d'actionnaire. Cependant, la preuve révélait certains points importants: la bonne foi du défendeur, la nécessité d'un tel achat pour les affaires de la compagnie, la raisonnable du prix et l'impossibilité d'obtenir d'autres bateaux. La Cour suprême du Canada<sup>37</sup>, qui avait accordé l'action, fut renversée par la décision du Conseil privé accordant à l'administrateur le droit de voter comme actionnaire pour ratifier un contrat dans lequel il détenait un intérêt. Cette décision respectait le principe général selon lequel un actionnaire possède le droit de voter selon ses propres intérêts<sup>38</sup>. L'effet de ce jugement fut d'élargir à nouveau le fossé déjà énorme entre la propriété et le contrôle ; car si les administrateurs possèdent assez de votes pour contrôler l'assemblée générale, alors l'idée du contrôle ultime par les actionnaires semble illusoire<sup>39</sup>. Cette jurisprudence a été également suivie en droit anglais<sup>40</sup>.

Cette attitude des tribunaux anglais et canadiens rendait peu enviable la position de l'actionnaire minoritaire dans la corporation et donnait ouverture à des injustices criantes. Les tribunaux tentèrent alors d'atténuer les effets de cette doctrine souvent injuste en énonçant des cas spécifiques où l'intervention dans les affaires internes de la compagnie se justifiait. Il s'agit des exceptions à la règle de la majorité, c'est-à-dire des cas où la décision de la majorité ne peut empêcher l'intervention des tribunaux.

## 2. Les exceptions

On parle souvent des exceptions à la règle de la majorité, mais en réalité, il s'agit plutôt des cas où ladite règle ne s'applique pas. Ces exceptions se dégagent de la décision du juge Jenkins dans l'arrêt *Edwards v. Halliwell*<sup>41</sup>.

1. Les actes *ultra vires*: "... in case where the complained of is wholly *ultra vires* the company or association the rule as no application because there is no question of the transaction being confirmed by any majority."

2. La fraude envers la minorité: "... where what has been done amounts to what is generally called in these cases a fraud on the minority and the wrongdoers are themselves in control of the company, the rule is relaxed in favour of the aggrieved minority who are allowed to bring what is known as a minority shareholders action on behalf of themselves and all others."

3. La majorité spéciale: "An individual is not prevented from suing if the matter is one which could be validly done or sanctioned not by a simple majority of the members ... but only by some special majority."

4. Les droits personnels: "Where the personal and individual rights of memberships of (the plaintiff) have been invaded, the rule has no application at all."

Les tribunaux anglais suggérèrent occasionnellement une cinquième exception lorsqu'il devenait de l'intérêt de la justice de ne pas appliquer la règle

<sup>37</sup> (1887) 12 R.C.S. 598.

<sup>38</sup> *Pender v. Lushington*, (1877) 6 Ch. D. 70.

<sup>39</sup> S.M. Beck, *op. cit.*, n. 24 p. 551.

<sup>40</sup> *Goodfellow v. Nelson Line*, (1912) Ch. 234.

<sup>41</sup> *Supra*, n. 14 à la page 1067.



de la majorité. Celle-ci fut énoncée pour la première fois par Lord Wigram dans l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>42</sup>.

If a case should arise of injury to a corporation by some of its members for which no adequate remedy remained, except that of a suit by individual corporators in their private characters, and asking in such character the protection of those rights to which in their corporate character they were entitled, I cannot but think that the principle so forcibly laid down by Lord Cottenham in *Walkworth v. Holt* (4 Myl. and Cr. 635; see also 17 Ves: 320 per Lord Eldon) and other case would apply; and the claims of justice would apply; and the claims of justice would be found superior to any difficulties arising out of technical rules respecting the mode in which corporations are required to sue.

Mais cette dernière exception demeura toujours au niveau théorique et ne fut jamais appliquée concrètement de façon à accorder à l'actionnaire minoritaire un recours supplémentaire. Le juge Danckwerts énonça même qu'elle ne pouvait pas être utilisée pour étendre les exceptions à la règle *Foss v. Harbottle*<sup>43</sup>.

Nous allons maintenant analyser séparément les exceptions à la règle de la majorité en tenant compte de la jurisprudence canadienne et anglaise. Nous nous limiterons aux principaux arrêts dans chaque cas, mais cela ne signifie pas que relativement à certaines exceptions, comme la fraude envers la minorité, il n'existe pas de nombreux jugements contradictoires et discutables.

L'exception de l'acte *ultra vires* ne pose pas de difficulté particulière. Elle fut même admise par Lord Wigram dans l'affaire *Foss v. Harbottle*<sup>44</sup>. Elle signifie qu'une corporation ne peut agir au-delà des pouvoirs expressément ou implicitement reconnus par sa loi constitutive, son mémoire d'association ou ses lettres-patentes<sup>45</sup>. En effet, les actes *ultra vires* de la compagnie étant nuls de nullité absolue, les actionnaires ne peuvent les ratifier. Elle a été également reconnue en droit canadien<sup>46</sup> et québécois<sup>47</sup>. Cette exception s'applique également aux actes illégaux<sup>48</sup>. En effet, même si la loi accorde à la corporation la capacité d'une personne naturelle<sup>49</sup>, il n'en demeure pas moins que celle-ci ne peut faire un acte expressément défendu par sa charte ou son mémoire d'association.

De même, l'exception relative aux majorités spéciales ne cause pas de problèmes sérieux. Ainsi, lorsqu'un acte, pour sa validité, requiert une majorité spéciale en vertu de la loi constitutive, dans le cas des corporations incor-

<sup>42</sup> *Supra*, n. 4 p. 203.

<sup>43</sup> *Pavlidis v. Jensen*, (1956) Ch. 565 à la page 575.

<sup>44</sup> *Supra*, n. 4 à la page 208.

<sup>45</sup> S.M. Beck, *op. cit.*, n. 24 page 563.

<sup>46</sup> *Burland v. Earle*, *supra*, n. 28.

<sup>47</sup> *Lagacé v. Lagacé*, 1966 C.S. 489.

<sup>48</sup> P.M. MOORE, *The shareholders' cause of action*, (1965) *U. of T., Fac. of L.R.*, 30, à la page 33.

<sup>49</sup> Exemples: article 15 de la nouvelle loi et article 23 du *Companies Act*, 1972-73 S.B.C. chap. 18.

porées par lettres-patentes, ou en vertu des règlements, pour celles incorporées par enregistrement, les actionnaires doivent s'y conformer. Cependant, dans le cas où ces actes pourraient affecter des tiers, il ne faut pas oublier que ceux-ci se trouvent protégés en vertu de la doctrine de l'*indoor management rule*. Comme la plupart des décisions apportant des changements significatifs à l'intérieur de la compagnie requièrent une majorité spéciale en vertu de la *loi sur les corporations canadiennes*<sup>50</sup> ou de la *loi des compagnies*<sup>51</sup>, cette exception accorde une protection supplémentaire efficace à l'actionnaire minoritaire<sup>52</sup>. On pourrait cependant relier cette dernière exception à l'acte *ultra vires*, parce que les actionnaires, en autorisant un acte sans respecter la majorité spéciale requise, se trouveraient à contrevenir à une disposition expresse de la loi ou de son mémoire d'association selon le cas, et, en conséquence, l'acte serait *ultra vires* parce qu'excédant les pouvoirs de la compagnie. On pourrait donc également utiliser la théorie de l'acte *ultra vires* pour annuler de tels agissements.

La troisième exception concerne le respect des droits personnels aux actionnaires. Beck en détermine trois catégories<sup>53</sup>:

First are those that arise out of the articles, by-law, or incorporation Act, or are conferred on a shareholder by the common-law. Second, a member has a personal right to be protected from acts of the majority that are so destructive of this rights as a member that they are said to constitute a fraud on the minority. Third, there are rights derived from contracts between individuals and the company, such as service contracts which may or may not be incorporated in the articles or by-laws.

Dans bien des cas, la première catégorie pourrait facilement être cataloguée dans l'exception des actes *ultra vires* puisque la corporation en agissant sans respecter ses articles d'incorporation, ses règlements ou son acte d'incorporation, agirait sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs commettant ainsi un acte *ultra vires*.

La deuxième catégorie est la plus complexe puisqu'on la confond avec la fraude envers la minorité, constituant la dernière exception à la règle de la majorité. Dans le présent cas, il s'agit de la majorité utilisant son pouvoir pour altérer les articles du mémoire d'association, ou les règlements pour les compagnies à charte, de façon à les rendre tellement oppressifs envers la minorité qu'ils détruisent les droits de celle-ci. La jurisprudence sur ce point est extrêmement rare. On note cependant deux causes anglaises. Ainsi dans l'affaire *Brown v. British Abrasive Whell Co. Ltd.*<sup>54</sup>, la compagnie défenderesse, qui avait été incorporée par l'enregistrement d'un mémoire d'association, avait besoin de futurs capitaux que les deux détenteurs de 98% des actions acceptaient de lui fournir à la condition d'acquérir les 2% restant. Un article fut adopté pourvoyant à l'achat des actions minoritaires à une juste valeur. Le

<sup>50</sup> *Supra*, n. 16 articles 24 (3) - 41.1 (4) - 51 (3) - 52 (2).

<sup>51</sup> *Supra*, n. 17 articles 41-45-74.

<sup>52</sup> P.M. MOORE, *op. cit.*, n. 48 page 34.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, n. 24 p. 581.

<sup>54</sup> (1919) 1 Ch. 290.

tribunal décida que celui-ci n'était pas pour le bénéfice de la compagnie comme un tout telle qu'elle existait alors, mais était uniquement pour le bénéfice de la majorité et oppressait la minorité. Ceci n'aurait pu se produire en droit canadien et québécois où les actionnaires ne peuvent adopter un règlement forçant la vente d'actions non rachetables.

Cependant, dans une autre cause<sup>55</sup>, le tribunal autorisa l'acquisition forcée des actions de ceux qui se trouvaient également compétiteurs. Dans ce cas, on peut affirmer que le critère retenu a été le bénéfice de la compagnie comme entité commerciale. Vu la tendance de la jurisprudence canadienne à suivre le droit anglais dans ce domaine, il semble probable que celle-ci adopterait la même attitude. Reste maintenant à préciser l'origine de cette troisième exception du respect des droits personnels aux actionnaires.

La base de cette exception en droit anglais découlait du principe qui permettait aux personnes s'associant entre elles sous une forme corporative, de conserver également leurs propriétés privées et leurs droits civils<sup>56</sup>. Plus tard, les tribunaux anglais élaborèrent la théorie contractuelle dans laquelle lorsque des personnes décident de s'incorporer, les articles et le mémoire d'association constituent des contrats entre ces personnes, et également, entre ces personnes et la corporation<sup>57</sup>. Cette théorie découlait de l'article 20 (1) du *English Companies Act 1948*<sup>58</sup> reprenant un article similaire du *Joint Stock Companies Act 1856*. La théorie contractuelle fut admise en droit canadien par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *The Theatre Amusement Co. v. Stone*<sup>59</sup>. Dans les exemples ci-mentionnés, l'incorporation de la compagnie s'était effectuée par enregistrement. On peut s'interroger sur l'application de cette théorie contractuelle lorsque l'incorporation s'effectue par lettres-patentes.

En effet, cette théorie de la relation contractuelle se conçoit difficilement lorsque l'incorporation s'obtient par lettres-patentes en vertu de la prérogative royale. Le problème consiste à déterminer si les règlements possèdent véritablement une nature contractuelle. La jurisprudence canadienne n'a pas encore trouvé de solution satisfaisante, mais en pratique, les actionnaires possèdent les mêmes droits que ceux des compagnies incorporées par enregistrement<sup>60</sup>. Cette conséquence soulève un doute quant à la validité de la théorie contractuelle. Certains préfèrent la théorie élaborée dans l'arrêt *Trevor v. Whitworth*<sup>61</sup> selon laquelle si le Parlement considère certains droits suffisamment importants pour leur accorder une protection spéciale, toute atteinte à ces droits, non autorisée par la loi, constitue un pré-

<sup>55</sup> *Sidebottom v. Kershaw Leese and Co. Ltd.*, (1920) 1 Ch. 154.

<sup>56</sup> P.M. MOORE, *op. cit.* n. 48 p. 35.

<sup>57</sup> *Pender v. Lushington*, *supra*, n. 38.

<sup>58</sup> 11 et 12 Geo 6 c. 38.

<sup>59</sup> (1915) 50 R.C.S. 32.

<sup>60</sup> F.W. WEGENAST, *The law of Canadian Companies*, 1931, p. 325.

<sup>61</sup> (1887) 12 A.C. 409.

judice causé à l'actionnaire<sup>62</sup>. Ce problème n'existera plus avec la nouvelle loi fédérale puisque l'incorporation s'effectuera par enregistrement. Il reste maintenant à étudier une autre notion différente de fraude envers la minorité.

L'étude de la dernière exception soulève des problèmes plus complexes. Il n'existe pas de principes établis sur cette question et les tribunaux, généralement, considèrent chaque cas selon ses faits. Cette complexité du problème provient particulièrement des deux sens différents attribués à la notion de fraude envers la minorité<sup>63</sup>. La présente notion de fraude envers la minorité, connue comme l'exception à la règle de la majorité, constitue en réalité une fraude envers la compagnie lorsque des personnes fautives la contrôlent et refusent d'intenter une poursuite en son nom. Par exemple, les administrateurs s'approprient des biens de la compagnie, et, parce qu'ils sont majoritaires à l'assemblée des actionnaires, dans le cas d'une compagnie incorporée par enregistrement, ou, parce qu'ils contrôlent le conseil d'administration pour les compagnies à charte où la loi leur attribue la gérance de la compagnie, ils refusent d'intenter une action au nom de la compagnie pour recouvrer ces biens. C'est alors dans le refus d'agir que se situe la fraude envers la minorité, qui, indirectement, supporte la perte causée par le préjudice subi par la compagnie. Car cette perte ne se distribuera jamais sous forme de dividendes aux actionnaires, privant ainsi les actionnaires minoritaires d'un gain, tandis que les actionnaires majoritaires ne perdront rien puisqu'ils s'approprient illégalement cette perte de la compagnie. L'action dérivée constituera alors le recours approprié pour la minorité. Mais quels sont donc les actes considérés comme une fraude envers la minorité?

Les deux principales catégories de fraude envers la minorité sont les suivantes: d'abord l'appropriation par la majorité de biens, argent ou avantages, appartenant à la compagnie<sup>64</sup>, ensuite, le bris de leurs devoirs de fiduciaires par les administrateurs dans des circonstances où la ratification s'avère impossible<sup>65</sup>. Dans la seconde catégorie, on peut reciter les deux mêmes arrêts puisque ces deux catégories se retrouvent souvent ensemble<sup>66</sup>. Selon Palmer<sup>67</sup>, les tribunaux utilisent principalement deux tests pour déterminer si une résolution est adoptée en fraude de la minorité; le premier test consiste à se demander si elle bénéficie à la compagnie, et le second, à analyser s'il n'y a pas de discrimination. Toutefois, dans les deux tests, un élément de malhonnêteté ou tout au moins d'inconvenance doit être présent. De plus, selon Beck, le critère de distinction entre les circonstances pouvant être ratifiées ou non serait la question de bonne foi<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> P.M. MOORE, *op. cit.*, n. 48 p. 36.

<sup>63</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 566.

<sup>64</sup> Voir en droit anglais, *Menier v. Hooper's Telegraph Works*, (1874) 9 Ch. App. 350 et, en droit canadien, *Cook v. Deeks*, (1916) 1 A.C. 554.

<sup>65</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 572.

<sup>66</sup> Voir aussi en droit canadien *Zwicher v. Stanbury*, (1953) 2 R.C.S. 438.

<sup>67</sup> PALMER, *On Company Law*, 1959, 20 ed. Stevens and Sons Limited, p. 499.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, n. 24 p. 577.

Ainsi dans l'affaire *Menier v. Hooper's Telegraph Works*<sup>69</sup>, les défendeurs utilisèrent leur majorité pour faire un compromis dans une action pendante et tournèrent à leur avantage un contrat dans lequel la compagnie était intéressée. Ainsi, la compagnie a perdu le bénéfice du litige tandis que les défendeurs obtinrent aussi pour eux personnellement un contrat dans lequel la compagnie était intéressée. Dans l'affaire *Cook v. Deeks*<sup>70</sup>, deux des trois directeurs de Toronto Construction Company négocièrent pour eux un contrat avec le C.P.R., même s'ils étaient obligés de l'obtenir pour la compagnie en vertu de leur devoir de fiduciaires. Par la suite, ils utilisèrent leur majorité à l'assemblée des actionnaires pour adopter une résolution déclarant l'absence d'intérêt de la part de la compagnie dans un tel contrat. Ainsi, dans les deux autres causes, les administrateurs, de mauvaise foi, manquèrent à leurs devoirs de fiduciaires pour s'approprier personnellement des contrats qui auraient dû revenir à la compagnie, privant ainsi indirectement les actionnaires minoritaires d'un bénéfice, et, adoptèrent ensuite une résolution qui ne bénéficiait pas à la compagnie ni comme un tout, ni comme entité commerciale, mais servait uniquement le but malhonnête des administrateurs. L'étude de ces deux causes implique également une autre notion: celle de contrôle.

En effet, la notion de fraude envers la minorité implique que les personnes fautives contrôlent la compagnie. Le critère retenu par les tribunaux est celui de la majorité des actions votantes<sup>71</sup>. Si ce critère peut sembler réaliste pour les compagnies privées, il ne l'est pas pour les compagnies publiques où parfois 5% des actions votantes suffisent pour prendre le contrôle<sup>72</sup>. Ce critère suppose le contrôle de l'assemblée des actionnaires. Or au fédéral comme au Québec, comme le contrôle de l'action appartient au conseil d'administration, il devrait plutôt s'agir du contrôle du conseil d'administration<sup>73</sup>. Des problèmes surgissent également lorsque des personnes interposées détiennent ces actions. Dans un arrêt, le juge Dancwerts décida qu'il n'y avait pas de contrôle, lorsque les directeurs, présumés en faute, contrôlaient la compagnie par l'intermédiaire d'une autre dont ils avaient déjà le contrôle<sup>74</sup>. De plus, il devient parfois difficile de déterminer les véritables bénéficiaires d'actions lorsque des courtiers les détiennent pour eux<sup>75</sup>.

On peut résumer ces exceptions à la règle de la majorité sous deux grands thèmes: l'acte *ultra vires* et la fraude. Dans les deux cas, les tribunaux interviendront. La jurisprudence québécoise a d'ailleurs reconnu ces deux exceptions sans les expliciter davantage<sup>76</sup>. Mais pour faire valoir ces exceptions, il faut utiliser le recours approprié et respecter les conditions de son exercice.

<sup>69</sup> *Supra*, n. 64.

<sup>70</sup> *Supra*, n. 64.

<sup>71</sup> *Menier v. Hooper's Telegraph Works*, *supra*, n. 64 p. 40.

<sup>72</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 572.

<sup>73</sup> *Id.*, p. 569.

<sup>74</sup> *Pavrides v. Jensen*, *supra*, n. 43 p. 577.

<sup>75</sup> *Garvie v. Axmith*, 1962 O.R. 65.

<sup>76</sup> *Lagacé v. Lagacé*, *supra*, n. 47.

Donc, il s'agira en second lieu d'étudier les formes de protection accordées à l'actionnaire minoritaire.

## B. LES DIFFÉRENTES FORMES DE PROTECTION ACCORDÉES À L'ACTIONNAIRE MINORITAIRE

### 1. *Les recours ouverts à l'actionnaire minoritaire en droit anglais et canadien*

L'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>77</sup> a établi la règle de la majorité qui se traduit par le principe de non-intervention dans les affaires internes de la compagnie. Plus tard, devant les abus, les tribunaux atténuèrent cette règle en énonçant des cas où celle-ci ne s'appliquerait pas de façon à permettre aux tribunaux d'intervenir dans les affaires internes de la compagnie. Pour obtenir cette intervention des tribunaux, les actionnaires minoritaires possédaient certains recours en droit corporatif. Ces recours sont : l'action personnelle, sous forme représentative ou non, et l'action dérivée. Nous allons d'abord analyser le plus simple, l'action personnelle.

Celle-ci peut être prise par l'actionnaire lorsque le droit contesté lui est personnel. Ce recours existe pour toutes les exceptions, puisqu'il existe des fraudes envers la minorité qui constituent en réalité des atteintes aux droits personnels. C'est pourquoi ce recours prendra parfois la forme d'une injonction. Le demandeur reste cependant soumis aux conditions d'exercice d'une action ordinaire de droit commun.

Mais habituellement, le droit atteint sera commun à plusieurs actionnaires donnant ainsi ouverture à l'action personnelle sous une forme représentative. La forme représentative est en réalité la «representative action or class action» de common law<sup>78</sup>. Dans l'action représentative, l'action est prise par une personne en son nom et au nom d'autres personnes. Il faut que les personnes représentées possèdent un intérêt commun au demandeur et que l'action découle de la même cause<sup>79</sup>. Donc, l'action personnelle sous une forme représentative doit être intentée par un actionnaire au nom de tous ceux qui possèdent un même intérêt à l'action, sinon une action personnelle devient nécessaire lorsque les intérêts divergent<sup>80</sup>. Mais quelles sont les conditions d'ouverture à l'action personnelle, sous une forme représentative ou non?

En effet, pour donner ouverture à celle-ci, le dommage causé ou menacé d'être causé par la compagnie doit l'être envers les actionnaires personnellement, car si le dommage est causé à la compagnie elle-même, et par ricochet, aux actionnaires, l'action appropriée devient alors l'action dérivée<sup>81</sup>. Si les administrateurs causèrent personnellement le préjudice, alors, il n'apparaît pas

<sup>77</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>78</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 562.

<sup>79</sup> *Preston v. Hilton*, (1920) 48 D.L.R. 172.

<sup>80</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 562.

<sup>81</sup> M. MARTEL, *Les aspects juridiques de la compagnie au Québec*, tome II, 1972, p. 483.

nécessaire de poursuivre également la compagnie; par contre, si la plainte est dirigée contre la compagnie, il faudra la joindre comme défenderesse<sup>82</sup>. En somme, l'action personnelle est une action ordinaire de droit commun, n'exigeant donc pas de conditions particulières comme l'action dérivée, qui elle est beaucoup plus complexe.

En effet, cette dernière, en plus des conditions se rattachant à une action ordinaire, exige aussi d'autres conditions plus complexes et qui lui sont particulières. Rappelons le principe général voulant que la compagnie demeure la seule personne compétente à poursuivre pour un tort subi par elle. Cependant, cette règle n'est pas absolue. En effet, si les personnes fautives apparaissent comme les auteurs d'une fraude envers la minorité, et de plus, qu'ils contrôlent la compagnie, l'action dérivée devient alors le recours approprié. Expliquons donc la nature de ce recours.

D'abord, précisons que, à strictement parler, le vocable d'action dérivée n'existe pas en droit anglais. Cependant la nature même de l'action équivalente, l'action représentative au nom de la compagnie, correspond à l'action dérivée<sup>83</sup>. Les deux expressions désignent la même action. Beck donne la définition suivante de l'action dérivée, affirmant qu'elle existe lorsqu'un actionnaire minoritaire se trouve autorisé à poursuivre sous une forme représentative afin d'obtenir la réparation d'un préjudice subi par la compagnie<sup>84</sup>. Cette action, comme telle qu'elle est définie par Beck, ne peut s'appliquer au Québec où la forme représentative ou «class action», n'existe pas. De plus, cette définition ne précise pas que le demandeur poursuit au nom de la corporation. Les tribunaux autorisent l'action dérivée uniquement à titre exceptionnel pour empêcher qu'un préjudice demeure irrémédiable puisque les personnes fautives contrôlent la compagnie<sup>85</sup>.

Le professeur Gower explique en ces termes la véritable nature de ce recours<sup>86</sup>:

Where such an action is allowed the member is not really suing on his own behalf nor on behalf of the members generally, but on behalf of the company itself. Although as we shall see, he will have to form its action as a representative one on behalf of himself and all the members other than the wrongdoers, this give a misleading impression of what really occurs. The plaintiff shareholders is not acting as a representative of the company, and the action will necessary present features quite different from those in the normal representative action.

Le demandeur entreprend donc une action au nom de la corporation qui constitue en réalité la véritable demanderesse. Mais, la jurisprudence exige que le poursuivant nominal représente également les autres actionnaires victimes de l'acte reproché. D'où l'introduction de la forme représentative ou «class action» de la common law dans l'action dérivée. Il s'agit donc d'une

<sup>82</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24. p. 562.

<sup>83</sup> L.C.B. GOWER, *Modern Company Law*, 3 ed. 1969 p. 387.

<sup>84</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 562.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 562.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, n. 83, p. 387.

action ordinaire au nom de toutes les victimes qui poursuivent les personnes fautives au nom de la corporation. Ainsi, le demandeur représente avant tout la corporation. Dans l'action personnelle, il s'agit d'un actionnaire qui intente une action au nom des autres actionnaires victimes d'un acte quelconque et en son nom personnel pour faire respecter des droits personnels et communs à tous; tandis que dans le présent cas, le demandeur, représentant un groupe particulier, poursuit au nom de la corporation pour obtenir réparation d'un préjudice causé à la corporation. De plus l'action dérivée doit être nécessairement exercée sous une forme représentative ceci différenciant de l'action personnelle dont la forme représentative demeure facultative. Les tribunaux anglais<sup>87</sup> et canadiens<sup>88</sup> admettent l'existence de l'action dérivée. Mais des conditions rigoureuses d'ouverture, au nombre de cinq, existent pour protéger dans la mesure du possible les principes énoncés dans l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>89</sup>.

La première de ces conditions exige une fraude envers la minorité ne pouvant être ratifiée par l'assemblée générale<sup>90</sup>. Ceci respecte bien la règle de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>91</sup>. La notion de fraude couvrirait alors les cas suivants<sup>92</sup>:

- a) la majorité tente de s'approprier les biens de la corporation ou des actionnaires minoritaires;
- b) le manquement par les administrateurs à leur devoir d'agir de bonne foi;
- c) voter pour des résolutions utiles à la compagnie, mais non de bonne foi dans l'intérêt de la compagnie comme un tout.

Une définition de cette dernière expression fut tentée dans l'arrêt anglais *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd.*<sup>93</sup>

In the first place it is now plain that *bona fide* for the benefit of the company as a whole means not two things but one thing. It means that the shareholder must proceed on what, in his honest opinion is for the benefit of the company as a whole. (Secondly) the phrase, the company as a whole does not, (at any rate in such a case as the present) mean the company as a commercial entity, distinct from the corporators; it means the corporators as a general body. That is to say, the case may be taken of an individual hypothetical member and it may be asked whether what is proposed is, in the honest opinion of those who voted in its favor, for that person's benefit. I think that the matter can, in practice, be more accurately and precisely stated by looking at the converse and be saying that a special resolution of this kind would be liable to be impeached if the effect of it were to discriminate between the majority shareholders and the minority shareholders, as to give the former an advantage of which the latter were deprived. When the cases are examined in which the resolution has been succes-

<sup>87</sup> *East Pont du Lead Mining Co. v. Merryweather*, 71 E.R. 460.

<sup>88</sup> *Burland v. Earle*, *supra*, n. 28.

<sup>89</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>90</sup> L.C.B. GOWER, *op. cit.*, n. 83 p. 588.

<sup>91</sup> *Supra*, n. 4.

<sup>92</sup> L.C.B. GOWER, *op. cit.*, n. 83 p. 588.

<sup>93</sup> (1951) Ch. 286 à la page 291.



fully attached, it is on that ground. It is therefore not necessary to require that persons noting for a special resolution should, so to speak, dissociate themselves altogether from their own prospects and consider whether (the proposal is) for the benefit of the company as a going concern.

La jurisprudence canadienne permet également l'utilisation de l'action dérivée pour les actes *ultra vires*<sup>94</sup>.

La deuxième condition exige le contrôle de la compagnie par les personnes fautives. Elle existe en droit anglais<sup>95</sup> et canadien<sup>96</sup>. Il existe d'ailleurs une excellente explication de celle-ci dans un arrêt canadien<sup>97</sup>.

This be may do by showing that the company has refused to allow the action to be brought on its behalf, or that, by reason of the wrongdoer being in control of the company at the time of the bringing of the action, it would be idle to apply to the company to take action, and that this condition continued up to the time of the bringing of the action.

La troisième condition exige que la corporation soit appelée comme défenderesse<sup>98</sup>. Gower énonce deux motifs pour procéder ainsi<sup>99</sup>:

- a) comme la corporation constitue la demanderesse réelle, si de l'argent est recouvré des véritables défendeurs, il le sera en faveur de la corporation et non des actionnaires qui constituent des demandeurs fictifs;
- b) comme la corporation sera une des parties à l'action, le jugement peut être rendu en sa faveur comme défenderesse. Ce jugement deviendra alors *res judicata* et empêchera tout autre recours pour les mêmes motifs.

Quatrièmement, l'action dérivée doit être intentée sous une forme représentative<sup>100</sup>. Cette condition assure que tous les actionnaires se trouvent liés par la décision puisque l'action sera prise au nom de tous les actionnaires sauf les personnes fautives. De plus, comme ils poursuivent au nom de la compagnie, ils ne peuvent avoir plus de droits que la compagnie elle-même<sup>101</sup>.

Quant à la cinquième condition, elle ne constitue pas une véritable condition, mais relève plutôt de la nature même du recours. En effet, le droit d'intenter une action dérivée est accordé à titre gracieux à celui qui le demande<sup>102</sup>. Ainsi la conduite d'un actionnaire peut le disqualifier, selon la Cour, du droit de représenter les autres actionnaires. Notons enfin qu'il n'est

<sup>94</sup> *Burland v. Earle*, *supra*, n. 28.

<sup>95</sup> *Gray v. Lewis*, (1878) L 8 8 Ch. App. 1035.

<sup>96</sup> *Burland v. Earle*, *supra*, n. 28.

<sup>97</sup> *Fisher v. St-John House Co.*, (1937) 4 D.L.R. 337 à la page 342.

<sup>98</sup> *Beattie v. Beattie Ltd.*, (1938) Ch. 708; *Spokes v. Gosvornor Hotel*, (1897) 2 Q.B. 124; S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 562.

<sup>99</sup> L.C.B. GOWER, *op. cit.*, n. 83 p. 590-1.

<sup>100</sup> *Mozley v. Alston*, *supra*, n. 30; FRASER ET STEWART, *Company Law of Canada*, p. 746 ; *Hini v. Henderson*, (1933) 2 W.W. R. 176.

<sup>101</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 24 p. 566.

<sup>102</sup> L.C.B. GOWER, *op. cit.*, n. 83 p. 591; *Henderson v. Strong*, (1920) 20 R.C.S. 201.

pas nécessaire que le demandeur soit un actionnaire à l'époque du préjudice, car il ne prend pas une action en son nom personnel mais au nom de la compagnie. Toutefois, il devra l'être au moment d'intenter l'action<sup>103</sup>.

Ainsi, les conditions d'exercice de l'action dérivée se résument comme suit:

- a) la nécessité d'une fraude envers la minorité, ou parfois d'un acte *ultra vires*;
- b) le contrôle de la compagnie par les personnes fautives;
- c) la nécessité d'appeler la compagnie comme défenderesse à l'action;
- d) l'action doit être intentée sous une forme représentative;
- e) elle constitue un droit gracieux.

Après cette étude des différents recours ouverts à l'actionnaire minoritaire en droit anglais et canadien, il reste maintenant à déterminer la situation de l'actionnaire minoritaire en droit québécois.

## 2. Les recours ouverts à l'actionnaire minoritaire en droit québécois

En principe, les recours que l'on trouve en droit anglais et canadien, se retrouvent en droit québécois mais avec des modalités procédurales différentes. Ainsi, le droit québécois reconnaît l'action personnelle<sup>104</sup>. Cependant, il n'admet pas la «class action or representative action». En conséquence, l'action personnelle ne pourra pas être intentée sous cette forme au Québec. Cependant, l'article 67 du Code de Procédure civile autorise plusieurs personnes, dont les recours découlent du même fondement juridique ou soulèvent les mêmes points de droit et de fait, à se joindre dans une même demande en justice. Cet article ne fait en réalité que permettre à plusieurs personnes de poursuivre au nom des autres, ce qui le rend beaucoup moins efficace et pratique que la *class action*. En ce qui concerne cependant l'ouverture de l'action personnelle, les mêmes principes s'appliquent. Si l'action personnelle existe en droit québécois, il faut maintenant déterminer si l'action dérivée existe en droit québécois, et, sinon, s'il existe des recours équivalents?

Théoriquement, l'action dérivée n'existe pas en droit québécois parce qu'une des conditions essentielles de son existence manque puisque la forme représentative ou «class action» n'existe pas dans cette province<sup>105</sup>. Ce-

<sup>103</sup> L.C.B. GOWER, *op. cit.*, n. 83 p. 591; *Birch v. Sullivan*, (1957) 1 W.L.R. 1247.

<sup>104</sup> *Crevier v. Paquin*, 1975 C.S. 260.

<sup>105</sup> Quoiqu'on semble avoir implicitement admis l'action dérivée dans *Barry v. Larocque et Picard et Fils Inc.*, (1934) 72 C.S. 70; l'arrêt récent *Crevier v. Paquin*, *supra*, n. 104 l'a reconnu. Cependant, le tribunal semble la confondre avec l'article 33 du Code de Procédure civile. Il n'est pas clair si elle existe distinctement, ou si elle se retrouve en quelque sorte sous l'article 33 du Code de Procédure civile. À mon avis, cette dernière solution l'emporte toujours.

pendant, le droit québécois permet des recours équivalents en vertu de l'article 33 du Code de Procédure civile et de l'article 1031 du Code civil.

L'arrêt *Lagacé v. Lagacé*<sup>106</sup> a clairement établi l'utilisation de l'article 33 du Code de Procédure Civile pour permettre à un actionnaire de poursuivre au nom de la compagnie. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une action prise par un actionnaire au nom de la compagnie, en vertu de l'article 50 du code de Procédure civile<sup>107</sup>, relatif au pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure, contre les actionnaires fautifs et la compagnie pour que ceux-ci remettent à cette dernière des sommes illégalement obtenues.

Le juge Bernier énonça les conditions donnant ouverture audit recours<sup>108</sup>.

- a) la qualité d'actionnaire du plaignant;
- b) la gestion absolue de la société par les auteurs de la fraude;
- c) le fait que les actes reprochés étaient *ultra vires*, frauduleux ou équivalents;
- d) le refus d'agir, exprès ou présumé, de la part de la société;

Ces conditions ressemblent énormément à celles de l'action dérivée en droit anglais et canadien<sup>109</sup>. La différence majeure réside dans la non-application de la forme représentative en droit québécois, quoiqu'il puisse y avoir une jonction des parties<sup>110</sup>. Cependant, on ne précise pas si le demandeur devait être un actionnaire à l'époque du préjudice. De toute façon, il est certain qu'il doit l'être lors de la prise de l'action, sinon, il n'aurait pas l'intérêt nécessaire. Donc, si théoriquement, l'action dérivée, telle que nous la connaissons, ne peut exister au Québec, en pratique l'action en nullité en vertu de l'article 33 du Code de Procédure civile équivaut à celle-ci. Mais peut-on utiliser ce recours contre une compagnie à charte fédérale?

La *loi sur la Cour fédérale* n'oblige pas une telle poursuite devant un tribunal fédéral<sup>111</sup>. Rien n'est prévu à cet effet dans la loi. De plus, dans l'article 33 du Code de Procédure civile, on mentionne le mot corporation sans préciser lesquelles se trouvent sujettes au contrôle et à la surveillance de la Cour supérieure. Or la Cour suprême du Canada décida que la province ne pouvait limiter la juridiction d'un tribunal qui avait été déterminé par le Parlement avant la Confédération<sup>112</sup>. Ainsi, l'article 129 de la *loi impériale*, 30-31 Victoria

<sup>106</sup> *Supra*, n. 47. Aussi *Crevier v. Paquin*, *supra*, n. 104.

<sup>107</sup> Aujourd'hui, l'article 33.

<sup>108</sup> *Supra*, n. 47 à la page 499.

<sup>109</sup> Dans *Crevier v. Paquin*, *supra*, n. 104, le tribunal précise qu'il faut mettre en cause la corporation et qu'il faut conclure à un dédommagement en faveur de celle-ci conformément à la jurisprudence anglaise et canadienne.

<sup>110</sup> Article 67 du Code de Procédure civile.

<sup>111</sup> 1970 S.R.C. 2 suppl. chap. 10.

<sup>112</sup> *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, (1969) R.C.S. 607.

c. 3, mentionne que la Cour supérieure a juridiction sur «all...bodies politic and corporate within Lower Canada». Il semble donc que les compagnies à chartre fédérale seraient également sujettes à ce contrôle<sup>113</sup>. Si l'actionnaire peut utiliser l'article 33 du Code de Procédure civile, peut-il également recourir à l'article 1031 du Code civil?

L'action oblique permet au créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne, lorsqu'à son préjudice, il refuse ou néglige de le faire<sup>114</sup>. Il s'agit bien d'une action au nom et pour le compte d'autrui. Cette définition se rapproche beaucoup de l'action dérivée. Mais il faudrait analyser les conditions d'exercice de ce recours pour déterminer si celui-ci peut suppléer à l'action dérivée.

Parmi les conditions relatives au créancier<sup>115</sup>, notons l'intérêt et la qualité de la créance. Cependant c'est la première qui pose des difficultés majeures. En effet, le créancier doit prouver son intérêt, lequel est directement relié à l'insolvabilité de son débiteur<sup>116</sup>. Il faut donc que le débiteur soit insolvable, ce qui limite considérablement l'application de ce recours. Cette position dominante de la doctrine civiliste s'applique difficilement en droit corporatif, car l'intérêt de l'actionnaire n'est pas nécessairement le même que celui d'un créancier ordinaire. En effet, l'actionnaire, en achetant des actions, achète un droit de propriété dans la compagnie et se trouve donc affecté par les incidents qui la concernent<sup>117</sup>. L'intérêt de l'actionnaire se trouve étroitement lié à celui de la compagnie<sup>118</sup>. Si les administrateurs s'approprient des biens ou de l'argent de la compagnie, cela ne pourra pas être distribué aux actionnaires sous forme de dividende ou lors de la liquidation de la compagnie. L'intérêt de l'actionnaire dans ce cas coïncide avec celui de la compagnie. Cependant, dans les relations ordinaires entre un créancier et son débiteur, il se peut que l'inaction de ce dernier ne puisse en rien affecter sa capacité de payer. Alors le créancier ne possède plus l'intérêt nécessaire puisque sa créance n'est pas en danger. D'où il résulte que l'intérêt ne devrait pas dans tous les cas dépendre de la solvabilité du débiteur. Il devrait en être de même lorsqu'il s'agit d'exercer des droits du débiteur. À cet effet, le professeur Larouche rapporte que nos tribunaux ne semblent pas tellement s'occuper de cet aspect de l'insolvabilité du débiteur<sup>119</sup>. Ainsi, la jurisprudence a autorisé

<sup>113</sup> On semble avoir indiqué cette possibilité dans *Lauzon v. Charbonneau et Casgrain et Charbonneau Ltée*, 1946 C.S. 337.

<sup>114</sup> Article 1031 du Code civil.

<sup>115</sup> J.L. BEAUDOIN, *Traité élémentaire de droit civil, les obligations*, Presses de l'Université de Montréal, 1970 p. 236-7.

<sup>116</sup> Id., p. 236; Henri, Léon, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome II, 5e éd., Montchrestien, vol. I, no 967.

<sup>117</sup> F.W. WEGENAST, *op. cit.*, n. 60 p. 531; STEWART et FRASER, *op. cit.*, n. 100, p. 179.

<sup>118</sup> *Socquet v. Fleury et les Lavages de l'Est Inc.*, 1971 R.P. 385; *Barnard v. Desautels*, (1909) 19 B.R. 114.

<sup>119</sup> A. LAROCHE, *Recueil des obligations*, tome 4 (cours donné à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa), p. 524.

l'utilisation de l'action oblique par le nouveau locataire pour faire quitter les lieux loués aux anciens locataires<sup>120</sup>. Il n'était nullement question d'insolvabilité dans cette cause. Cependant, l'arrêt récent *Crevier v. Paquin*<sup>121</sup> refuse l'application de l'action oblique, parce que comme actionnaire, le demandeur n'est pas un créancier de la compagnie. Même s'il ne s'agit que d'un *orbiter dictum*, il faut croire que les tribunaux ne seront pas enclins à permettre l'utilisation de l'action oblique par un actionnaire. Pour ce qui concerne les autres conditions, il n'existe pas de difficultés majeures.

Ainsi, le créancier doit posséder une créance certaine, liquide et exigible<sup>122</sup>. Concernant la liquidité de la créance, il n'apparaît pas nécessaire qu'elle le soit lors de la prise de l'action, puisqu'elle peut être fixée par le tribunal lors du procès, la rendant ainsi liquide<sup>123</sup>. De plus, il faut que le débiteur soit inactif et ait été mis en cause<sup>124</sup>. L'actionnaire qui poursuit n'aura pas de difficultés à se plier à ces conditions. Cependant, il pourrait rencontrer des problèmes relativement au droit exercé.

En effet, le créancier ne peut exercer des droits extra-patrimoniaux ou à caractère personnel de son débiteur<sup>125</sup>. Comme dans le présent cas, son débiteur est une compagnie, il ne devrait pas y avoir de problème. Toutefois la jurisprudence refuse les actions en dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi à raison d'un délit ou quasi-délit<sup>126</sup>. Par ailleurs cette tendance est fortement critiquée en ce qui concerne les dommages aux biens<sup>127</sup>. Cette dernière attitude de la jurisprudence pourrait diminuer les possibilités pour l'actionnaire de poursuivre au nom de la compagnie dans ces cas.

Donc, devant la tendance actuelle des tribunaux de ne pas autoriser ce recours, et, devant les possibilités que son droit, s'il existe, soit restreint, il serait préférable pour l'actionnaire d'utiliser l'article 33 du Code de Procédure civile qui a été appliqué par la jurisprudence québécoise<sup>128</sup>.

Enfin, si les recours de l'actionnaire minoritaire apparaissent plus variés en droit québécois, on ne peut pas affirmer qu'ils soient tellement supérieurs. D'une part, parce que l'action oblique apparaît comme incertaine, et, d'autre part, parce que les tribunaux limitent l'application de l'article 33 du Code de Procédure civile uniquement aux cas de fraude et d'actes *ultra vires*. Ce dernier cas devrait également comprendre le défaut de la part de la compagnie de respecter sa loi constituante ou ses règlements. De toute façon, ce défaut donne ouverture également à une action personnelle, parfois à une in-

<sup>120</sup> *Perusse v. Bolduc*, 1959 R.L. 402.

<sup>121</sup> *Supra*, n. 104.

<sup>122</sup> J.L. BEAUDOIN, *op. cit.*, n. 115 p. 236-7.

<sup>123</sup> Henri, Léon, Jean MAZEAUD, *op. cit.*, n. 116 no. 971.

<sup>124</sup> J.L. BEAUDOIN, *op. cit.*, n. 115 p. 237-8.

<sup>125</sup> J.L. BEAUDOIN, *op. cit.*, n. 115 p. 239.

<sup>126</sup> *Cockrane v. McShane*, (1904) 13 B.R. 505; *Green v. Elmhurst Dairy Ltd.*, (1953) B.R. 85.

<sup>127</sup> J.L. BEAUDOIN, *op. cit.*, n. 115 p. 239.

<sup>128</sup> *Lagacé v. Lagacé*, *supra*, n. 47.

jonction et pourrait également donner ouverture aux articles 828 et suivants du Code de Procédure civile. Donc, est-ce que tous ces recours s'avèrent adéquats pour protéger l'actionnaire minoritaire contre les effets néfastes de la règle de la majorité?

### 3. Critique du régime actuel

Ainsi, détenir des actions minoritaires dans une compagnie constitue une position peu enviable et fort risquée comme l'énonce d'ailleurs le juge Middleton dans l'arrêt *Re Jury Gold Mines Dev. Co.*<sup>129</sup>:

He [the applicant for winding up] is a minority shareholder and must endure the unpleasantness incident to that situation. If he chooses to risk his money by subscribing for shares it is part of the bargain that he will submit to the will of the majority. In the absence of fraud or transactions *ultra vires*, the majority must govern and there should be no appeal to the Courts for redress.

Il est difficile de nier un principe aussi démocratique que celui de la règle de la majorité. En effet, il n'appartient pas aux actionnaires minoritaires de dicter leur volonté à la majorité, car alors, on pourrait parler d'oppression de la minorité envers la majorité. En appliquant ce principe, il devient même normal que certaines décisions puissent déplaire à la minorité. Cependant cette règle ne devrait pas permettre à des actionnaires majoritaires de ratifier des préjudices causés à la compagnie comme cela se produit actuellement, car alors, la règle de la majorité devient oppressive, injuste et infâme.

Malheureusement, en appliquant cette règle, les tribunaux oublient souvent que lorsque la corporation subit un préjudice, indirectement les actionnaires le subissent également. Ainsi, les actionnaires majoritaires refusent d'agir dans la majorité des cas, et ratifient le tout, puisqu'étant souvent administrateurs également, ils en bénéficient personnellement, tandis que les actionnaires minoritaires subissent indirectement la perte causée à la corporation.

Beck conclut sur l'effet de la règle de la majorité en ces termes<sup>130</sup>.

Thus at a time when a more liberal attitude was being taken toward this new type of partnership, *Foss v. Harbottle* applied the partnership principle of non-interference in internal affairs to the incorporated company and added the idea of majority rule and ratification by the majority of irregular conduct. With the addition to this principle of the rule that the corporation is the only proper plaintiff in action to redress wrongs to it, and of majority control of the use of the corporate name in litigation, the minority, except in very limited circumstances were effectively hemmed in.

De plus, la situation de l'actionnaire minoritaire devenait encore plus précaire avec l'addition du principe permettant à l'actionnaire d'utiliser son droit de vote selon ses propres intérêts sans tenir compte de ceux de la compagnie<sup>131</sup>. Face à cette situation, les tribunaux élaborèrent des recours ouverts à l'actionnaire minoritaire.

<sup>129</sup> *Supra*, n. 28.

<sup>130</sup> *Op. cit.*, n. 24 p. 551.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 551.

Mais ces recours actuels apparaissent nettement insuffisants. L'action dérivée ne fait nullement échec à la règle de la majorité puisqu'elle doit en respecter les principes, en plus de s'appliquer uniquement dans certains cas très limités de fraude envers la minorité ou de transactions *ultra vires*. Faut-il conclure que pour les autres préjudices causés à la compagnie, il n'existe aucun recours du moment que les personnes fautives contrôlent la compagnie? Selon Gower, il n'existerait alors aucun autre recours possible<sup>132</sup>. Et même lorsque cette possibilité existe, elle se trouve imprégnée d'incertitude comme pour l'action oblique au Québec. En dehors de ces cas très limités, il n'existe donc pas de solution, ce qui donne ouverture à des abus et à des injustices flagrantes.

À cet effet, l'arrêt *Pavrides v. Jensen* demeure un exemple frappant d'injustice lorsque le tribunal considère la fraude envers la minorité inexistante<sup>133</sup>. Dans cet arrêt, une action fut intentée par un actionnaire en son nom et celui des autres actionnaires, sauf les trois directeurs, contre ces derniers et la compagnie, pour dommages à cause de la grossière négligence des administrateurs dans la vente d'un bien considérablement en-dessous de sa valeur réelle. La dite compagnie était contrôlée par une autre dont le contrôle appartenait aux directeurs. Lord Dancwerts donne effet à la règle de la majorité et décide qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits personnels des actionnaires. De plus, l'élément de contrôle manquait. Il semble inconcevable que la corporation puisse subir un tel préjudice, et indirectement les actionnaires, sans qu'aucune action ne soit possible pour y remédier ou le réparer, pour le seul motif que la majorité s'y refuse, lorsque cette même majorité se constitue des personnes fautives.

Ainsi, la nécessité de mettre fin à cette règle trop souvent injuste devenait urgente. En ce qui concerne certaines fraudes ou oppressions envers la minorité, l'article 234 de la nouvelle loi apporte une partie de la solution. Mais il fallait également mettre fin à certains effets néfastes de la règle de la majorité, comme la ratification de certaines irrégularités, sans pour autant attribuer aux actionnaires minoritaires un pouvoir trop vaste qui nuirait à la bonne administration de la compagnie. Pour y parvenir, le législateur codifia la notion d'action dérivée dans la nouvelle loi fédérale ne s'évertuant à améliorer et à corriger les faiblesses de celle qui existait alors en droit anglais et canadien.

La seconde partie portera donc exclusivement sur l'étude des dispositions de la nouvelle loi. Cependant, nous étudierons auparavant les difficultés qui surgissent relativement au choix du recours approprié.

---

<sup>132</sup> *Op. cit.*, n. 83 p. 588.

<sup>133</sup> *Supra*, n. 43.

## II.— ÉTUDE DES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ACTION DÉRIVÉE.

### A. DE L'ACTION DÉRIVÉE PAR RAPPORT AUX AUTRES RECOURS DE L'ACTIONNAIRE.

Nous connaissons maintenant les différents recours qui s'ouvrent à l'actionnaire minoritaire. En droit anglais et canadien, il existe l'action dérivée, prise sous une forme représentative. Il s'agit d'une action prise par des actionnaires au nom de la compagnie pour réparer un préjudice causé à la compagnie. À côté de cette action existe l'action personnelle, sous une forme représentative ou non, qui est prise par un actionnaire lésé dans ses droits. En droit québécois, l'article 33 du Code de Procédure civile procure à l'actionnaire un recours équivalent à l'action dérivée qui n'existe pas dans notre droit. De plus, il existe une certaine possibilité pour l'actionnaire de recourir à l'action oblique prévue à l'article 1031 du Code Civil. Enfin, l'action personnelle existe également en droit québécois qui ne reconnaît pas cependant la forme représentative.

Nous connaissons également les actes donnant ouverture à ces différents recours. Cependant, en pratique, le discernement du recours approprié apparaît beaucoup plus complexe. La différence entre un acte portant préjudice à la corporation et un autre portant préjudice aux droits personnels des actionnaires apparaît parfois très subtile. Si pour certains actes, il devient facile de discerner le recours approprié, pour d'autres actes, cependant, ce choix apparaît beaucoup plus complexe. Sous le régime de l'ancienne loi, cette difficulté n'occasionnait pas de conséquences pratiques très importantes. Mais celles-ci deviendront beaucoup plus importantes sous le régime de la nouvelle loi.

En effet, celle-ci introduit comme condition préalable à l'exercice de l'action dérivée la nécessité d'obtenir la permission du tribunal<sup>134</sup>. Cette condition peut avoir des conséquences pratiques déterminantes sur le succès de notre action. En effet, deux décisions canadiennes, rendues en vertu d'une disposition analogue de la nouvelle loi ontarienne<sup>135</sup>, rejetèrent automatiquement l'action parce que l'autorisation du tribunal n'avait pas été obtenue préalablement<sup>136</sup>. Beck détermine la sanction d'une telle omission<sup>137</sup>.

A personal action brought in a representative form cannot be turned into a derivative action merely by asking that it be so treated if the plaintiff is faced with a motion for dismissal on the basis that the cause of action belongs exclusively for the company. Nor will the court grant a request by the plaintiff on the hearing of such a motion that be granted *nunc pro tunc*.

En plus de cette difficulté supplémentaire de la nécessité d'obtenir l'autorisation préalable du tribunal avant d'entreprendre l'action dérivée, la nou-

<sup>134</sup> Article 232.

<sup>135</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1).

<sup>136</sup> *Farnham v. Fingold*, (1973) 33 D.L.R. (3d.) p. 156; *Goldex Mines Ltd. v. Revill*, (1974) 38 D.L.R. (3d) p. 513; (1975) 54 D.L.R. (3d) 672.

<sup>137</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 179.



velle loi complique davantage le problème en ajoutant un nouveau recours permettant à certaines personnes, dont les actionnaires, de s'adresser à la Cour en cas d'abus de la part des administrateurs ou de la compagnie<sup>138</sup>. Cependant aucune autorisation préalable n'est nécessaire avant l'utilisation de ce dernier recours.

Il devient nécessaire pour l'actionnaire désirant intenter une action d'analyser soigneusement les actes reprochés pour discerner le recours approprié. Nous analyserons premièrement les problèmes relatifs au choix entre l'action dérivée en vertu de la nouvelle loi et l'action personnelle qui demeure toujours la même. Même si les actes donnant ouverture à l'action dérivée sous la nouvelle loi apparaissent plus nombreux que sous l'ancienne loi, comme nous le verrons plus loin, le principe général demeure toujours le même, c'est-à-dire la nécessité d'un préjudice causé à la corporation. Le problème provient de cette difficulté de déterminer si l'acte reproché porte préjudice à la corporation ou aux actionnaires personnellement et ce problème demeure le même sous la nouvelle loi que sous l'ancienne. Seules les conséquences changent et celles-ci deviennent plus importantes sous la nouvelle loi. Pour cette raison, nous n'hésiterons pas à nous référer à la jurisprudence établie sous l'ancienne loi et servant à déterminer si l'acte reproché cause préjudice à la corporation ou aux actionnaires. Nous analyserons également les difficultés soulevées par le choix entre l'action dérivée en vertu de la nouvelle loi et le nouveau recours proposé, consistant en une demande à la Cour en cas d'abus. Enfin, nous verrons si ces mêmes difficultés se retrouvent en droit québécois.

Nous venons de rappeler brièvement la distinction théorique entre l'action dérivée et l'action personnelle ; la première s'utilisant lorsque le préjudice a été subi directement par la corporation et indirectement par l'actionnaire, tandis que la seconde s'utilise pour réparer un préjudice subi directement par l'actionnaire. Cependant, la classification dans la catégorie appropriée des actes donnant ouverture à l'un ou l'autre recours ne s'effectue pas facilement. Ainsi, la distinction entre la fraude envers la minorité, constituant en réalité une fraude envers la corporation, et la vraie fraude envers la minorité semble concrètement difficile d'application. De plus, la jurisprudence, sous l'ancienne loi, étudiant chaque cas selon ses propres faits, vu l'absence de principes généraux, contribua à augmenter la confusion régnante. Cette distinction théorique a conduit cette jurisprudence à une interprétation restrictive des droits personnels à l'actionnaire. Mais d'où proviennent cette confusion entre les deux recours et cette interprétation restrictive des droits personnels à l'actionnaire?

Cette difficulté du choix entre l'action dérivée et l'action personnelle provient de la théorie classique selon laquelle toutes les fautes commises par les directeurs et officiers de la compagnie et tous les manquements à leurs

---

<sup>138</sup> Article 234.

devoirs relèvent exclusivement de la corporation<sup>139</sup>. Beck donne l'explication suivante de ce principe<sup>140</sup>:

The fictional legal entity is viewed by the courts as an unbreachable barrier behind which the directors are safe from personal shareholder attack. Moreover acts by the directors which could readily be construed as their own personal acts are invariably seen as corporate acts. All of which is a natural result of the fact that a company acts only through its board of director and, occasionally through its shareholders. But a director acts in a variety of capacities, as an agent of the company, as the company itself, and as an appointed officer to carry out such formal junctions as running the proxy machinery and calling and conducting meetings. If a functional analysis were given to the directors action in each case it is suggested that it would lead to a result that would accord more with reality while widening the ambit of the shareholders personal action.

Cette conception théorique du rôle de l'administrateur limite donc considérablement les droits personnels de l'actionnaire. Beck propose donc une analyse plus fonctionnelle du rôle de l'administrateur qui contribuera à augmenter les droits personnels de l'actionnaire.

Il soumet donc l'existence de cas, où les administrateurs, agissant dans un but collatéral, préjudicient aux droits personnels des actionnaires, et par conséquence, ces préjudices devraient s'assimiler aux actes où le droit à l'action personnelle se trouve fermement établi<sup>141</sup>. En somme, l'administrateur n'agit pas toujours dans l'intérêt exclusif de la compagnie, mais parfois dans un but collatéral qui lui est personnel et pouvant affecter les actionnaires minoritaires. L'émission d'actions illustre très bien ce nouveau concept. En émettant des actions, les administrateurs, pour respecter leur devoir fiduciaire envers la corporation, doivent agir de bonne foi dans l'intérêt de la corporation. Cependant, ils peuvent émettre des actions dans l'intérêt de la corporation, mais aussi dans un but collatéral, comme se maintenir au pouvoir ou transformer une minorité en une majorité. Face à un tel acte, il faut aborder le rôle de l'administrateur d'une manière plus fonctionnelle et se demander qui est la véritable victime de l'acte reproché, la corporation ou l'actionnaire<sup>142</sup>. Cependant, il s'agit d'une approche doctrinale du problème. Voyons maintenant l'attitude de la jurisprudence établie sous l'ancienne loi de même que celle établie sous la nouvelle loi même si elle est presque inexistante.

La jurisprudence, sous l'ancienne loi, semble peu claire lorsqu'il s'agit de déterminer les actes donnant ouverture à un recours plutôt qu'à l'autre et, par ce fait, donne un faible appui à la théorie énoncée précédemment par Beck. De plus, la lecture des arrêts démontre que, dans la majorité des cas, les tribunaux ne discutent pas de la procédure utilisée; ainsi, souvent l'arrêt fait mention de la forme représentative utilisée par les demandeurs sans préciser si elle se rattache à une action personnelle ou dérivée. Il devient alors très difficile de discerner le recours utilisé.

<sup>139</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 170.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>141</sup> *Id.*, p. 174.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 172.

Par exemple, dans l'affaire *Punt v. Symons*<sup>143</sup>, il s'agissait d'une émission invalide d'actions. Il n'y avait aucune mention indiquant s'il s'agissait d'une action dérivée ou personnelle. Le juge Byrne statua<sup>144</sup>:

I am quite clear that these shares were not issued *bona fide* for the general advantage of the company, but that they were issued with the immediate object of controlling the holders of the greater member of shares in the company, and of obtaining the necessary statutory majority for passing a special resolution while, at the same time, not conferring upon the minority the power to demand a poll.

Donc, les administrateurs, agissant pour régler les affaires internes de la compagnie, avaient tenté dans un but collatéral d'affermir leur contrôle sur la compagnie. Mais le juge Byrne n'applique pas clairement le principe voulant que les fautes commises par les administrateurs se trouvent automatiquement à causer un préjudice à la corporation, mais semble surtout admettre que le tort avait été subi par l'actionnaire. Beck conclut alors à l'action personnelle<sup>145</sup>. Mais il aurait été préférable que le juge soit plus explicite.

Dans l'affaire *Smith v. Fawcett*<sup>146</sup>, une action personnelle fut entreprise par l'exécuteur testamentaire d'un actionnaire décédé au motif que les directeurs refusaient d'enregistrer le transfert d'action par mauvaise foi. Or, l'article 10 des articles d'association accordait à ceux-ci une entière discrétion de refuser ou non le transfert d'action. Lord Greene, sans toutefois discuter le bien fondé du recours, rejeta l'action au motif que la mauvaise foi n'avait pas été démontrée. Dans l'affaire *Galloway v. Halle Concerts Society*<sup>147</sup>, deux actionnaires alléguèrent avec succès que les directeurs avaient manqué à leurs devoirs de fiduciaires en faisant un appel de versement sur les actions des deux demandeurs, à l'exclusion des autres actionnaires, parce qu'ils avaient causé de nombreuses difficultés à la compagnie lors d'appels de versement précédents. Ces deux autres arrêts anglais démontrent donc à nouveau une tendance à vouloir interpréter plus largement les droits personnels des actionnaires en se demandant qui est la véritable victime des actes des administrateurs, au lieu d'assimiler automatiquement ces actes à un préjudice causé à la corporation. Malheureusement, toutes ces causes relèvent du droit anglais et la jurisprudence canadienne semble plutôt muette sur cette question. À noter que, dans le cas du premier arrêt, cette discrétion des administrateurs de refuser d'enregistrer le transfert d'action n'existe pas en droit canadien et québécois. Cette tendance jurisprudentielle fut cependant remise en question récemment.

En effet, le juge Russel, dans un arrêt anglais récent, *Bamford v. Bamford*<sup>148</sup>, est venu contredire cette théorie en affirmant que seule la compagnie pouvait poursuivre pour une émission incorrecte d'action. Il revient donc au principe traditionnel, le débat étant ainsi loin d'être terminé. Mais

<sup>143</sup> (1903) 2 Ch. 506.

<sup>144</sup> *Id.*, p. 515.

<sup>145</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12, p. 173.

<sup>146</sup> 1942 Ch. 304.

<sup>147</sup> (1915) 2 Ch. 233.

<sup>148</sup> (1969) 1 All E.R. 969.

justement, sur quoi repose cette nouvelle théorie que Beck élaborait à partir de la jurisprudence établie sous l'ancienne loi et de celle provenant du droit anglais?

Beck soutient donc, pour appuyer sa théorie que dans ces dites causes, les tribunaux basèrent implicitement leurs décisions sur le principe suivant<sup>149</sup>:

.... the judicial reasoning, although it is not clearly expressed as such, is that in causing the company to do certain acts which are primarily of an internal nature and which primarily affect the shareholders (issue shares, make calls, refuse transfers, solicit proxies), the director assume a fiduciary obligation toward the company as a whole, that is to the shareholders as a general body, to act with an even hand and in good faith. If they reach that duty the shareholders may sue in their individual capacities for a declaration of their rights or as to restraints the company from acting.

Selon Beck<sup>150</sup>, cette distinction fonctionnelle entre l'action personnelle et dérivée s'applique également aux irrégularités commises envers les règlements de la compagnie et l'acte d'incorporation. Alors, les difficultés majeures proviennent à nouveau de la nature contractuelle des statuts et règlements entre les actionnaires et la corporation, ainsi que de l'incertitude des tribunaux dans la détermination des matières procédurales constituant des irrégularités susceptibles de ratification et de celles qui ne le sont pas<sup>151</sup>. Cependant, l'article 240 de la nouvelle loi tranche la difficulté en accordant un recours à l'actionnaire pour faire respecter les dispositions des statuts et règlements de la corporation. Notons que cette distinction fonctionnelle existe aussi en droit américain où la jurisprudence reconnaît un devoir fiduciaire des administrateurs envers les actionnaires<sup>152</sup>.

Mais cette théorie de la distinction fonctionnelle repose sur une jurisprudence établie en vertu de l'action dérivée de la common law. Or, il y a quelques années, l'Ontario et la Colombie-Britannique codifièrent l'action dérivée<sup>153</sup>, comme vient de le faire le gouvernement canadien. On peut s'interroger sur l'accueil fait à cette nouvelle théorie par la jurisprudence établie sous différentes codifications de l'action dérivée. Le problème se souleva dans deux causes où il fallait déterminer si les actes en question donnaient ouverture à l'action dérivée ou personnelle.

Dans la première, *Farnham v. Fingold*<sup>154</sup>, une action personnelle au nom du plaignant et des autres actionnaires de Slater Steel, à l'exception des actionnaires majoritaires, fut entreprise contre ces derniers pour le motif que la prime, reçue par les actionnaires majoritaires lors de la vente de leurs actions, devrait être partagée au prorata avec eux également. Ils basaient leur argument principal sur le devoir fiduciaire des actionnaires majoritaires envers la

<sup>149</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 175.

<sup>150</sup> *Id.*, p. 187.

<sup>151</sup> *Id.*, p. 187 et 188.

<sup>152</sup> *Condex Corporation v. Lunkenheimer*, (1967) 230 A 2d. 769 (C. ch. Del.); *Pepper Litton*, (1939) 308 U.S. 295; *Jones v. H. F. Asmonson et C.*, (1969) 460 P 2d. 464.

<sup>153</sup> *Supra*, n. 7 et 8.

<sup>154</sup> *Supra*, n. 136.

minorité. Les défendeurs répondaient que ce devoir, s'il existait, était dû à la compagnie, et conséquemment, l'action dérivée s'imposait, ce qui impliquait la nécessité d'obtenir la permission du tribunal. Le juge Morand rejeta l'action en première instance. En appel, comme certains paragraphes de la déclaration alléguaient des dommages subis par la compagnie, le juge Jessup rejeta l'action dans la mesure où l'action dérivée représentait le recours approprié et sans préjudice à leur droit d'intenter celle-ci après avoir obtenu la permission du tribunal.

En somme, comme les demandeurs ne pouvaient pas déterminer avec certitude le recours approprié, ils essayèrent d'unir les deux dans la même action. Beck soutient que la réunion est possible si les réclamations découlent de la même série d'événements, et cite de nombreux arrêts pour appuyer son argument<sup>155</sup>. Il s'agit en réalité d'une question de procédure plutôt que de droit substantif. L'avantage de cette procédure repose dans les conclusions demandées. En effet, l'action personnelle donne droit presque exclusivement à une déclaration ou à une injonction, ou les deux, mais rarement à des dommages; tandis que l'action dérivée conclut surtout à des dommages quoique l'injonction soit possible<sup>156</sup>. Cependant, cette possibilité de réunir les deux recours n'a pas été retenue par le tribunal.

Dans le second arrêt<sup>157</sup>, il s'agissait d'une lutte pour le contrôle d'une compagnie minière. Le litige concernait la convocation d'une assemblée annuelle de la compagnie, Probe Mines Ltd., et l'expédition de sollicitation de procuration erronée en rapport avec celle-ci. La première action fut entreprise par Goldex Ltd., en son nom et celui des autres actionnaires, sauf les directeurs, contre ces derniers et la compagnie pour empêcher la tenue de l'assemblée et obtenir la nullité des procurations. Cette assemblée n'a jamais eu lieu. La seconde action ajouta d'autres motifs dont l'achat des propriétés de certains amis du conseil d'administration.

Devant la Haute Cour, le juge Hughes conclut à la nécessité d'obtenir la permission du tribunal pour intenter l'action, puisque l'entière réclamation de la deuxième action concernait des préjudices subis par la compagnie. Cependant, il faut noter que les cinq premiers paragraphes de la déclaration dénoncent des actes en rapport avec l'assemblée annuelle, la sollicitation et le vote de procurations. Puis, il ajoute que les injonctions requises se rapportent à des bris du devoir fiduciaire dû à la compagnie. Il conclut à la nécessité de l'action dérivée pour tous les actes reprochés.

Il est facile de soulever certaines critiques à l'encontre de ce jugement. Par ses conclusions, le jugement applique implicitement la théorie critiquée précédemment voulant que tous les devoirs des administrateurs soient dus exclusivement à la compagnie<sup>158</sup>. De plus, il comporte des erreurs de droit. En

---

<sup>155</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 182.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>157</sup> *Goldex Mines Ltd., v. Revill*, *supra*, n. 136.

<sup>158</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 186.

effet, l'actionnaire possède le droit de recevoir un avis d'assemblée suffisant<sup>159</sup> et de faire respecter les dispositions relatives aux procurations<sup>160</sup>. Cette décision ne nous éclaire pas beaucoup sur la distinction entre l'action personnelle et dérivée, ainsi que les problèmes occasionnés par celles-ci. Le juge Hughes aurait pu apporter des distinctions plus nuancées entre les actes donnant ouverture à l'une ou l'autre procédure, et sur la possibilité de joindre les deux recours, mais il s'est abstenu de le faire.

Cependant, la Cour d'appel devait apporter les précisions nécessaires. Elle accepta le cumul de l'action dérivée et personnelle. Elle a reconnu qu'il y avait dans cette cause des actes donnant ouverture à l'action dérivée et d'autres donnant ouverture à l'action personnelle. Elle approuve même la théorie de Beck à l'effet que certains actes pouvaient donner ouverture aux deux recours. Cependant, dans l'action prise, il n'y avait aucune distinction entre ces différents actes et recours. Il aurait fallu en premier lieu obtenir l'autorisation préalable du tribunal pour les actes donnant ouverture à l'action dérivée et, ensuite, dans ladite action, y ajouter les actes donnant ouverture à l'action personnelle. La Cour d'appel ne changea donc pas la décision, mais elle changea les motifs de cette décision.

Cette décision porte donc un dur coup à la théorie classique reliant les devoirs fiduciaires des administrateurs à la compagnie exclusivement. De plus, la Cour d'appel a reconnu le principe selon lequel certains actes peuvent donner ouverture aux deux recours à la fois.

Gower reconnaît cette dualité des recours<sup>161</sup>:

If the company is proposing to do something *ultra vires* or which infringes its articles, a shareholder may properly sue to restrain it. But alternatively, the company itself may proceed against its directors to restrain them from taking the proposed action.

Beck applique ce principe aux actes accomplis dans un but collatéral par les directeurs; ainsi, les actionnaires se trouvent directement concernés. Cependant, comme la compagnie peut également l'être indirectement par le fait que les directeurs outrepassent leurs pouvoirs, cela ne doit pas empêcher les actionnaires de poursuivre personnellement<sup>162</sup>. Aux États-Unis, la jurisprudence reconnaît que les mêmes actes puissent donner ouverture aux deux recours<sup>163</sup>.

Beck conclut que les droits personnels des actionnaires sont beaucoup plus nombreux qu'on ne le croit, et que, vu la simplification des procédures et les avantages de recouvrement que l'action personnelle offre, l'actionnaire devrait toujours vérifier s'il ne peut tenter une action personnelle avant

<sup>159</sup> *Garvie v. Axmeth*, 1962 O.R. 65.

<sup>160</sup> *Charlebois v. Bienvenu*, (1967) 64 D.L.R. (2d) 683; *Babic v. Milinkovic*, (1972) 22 D.L.R. (3d.) 732.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, n. 82 p. 592.

<sup>162</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 177.

<sup>163</sup> *J.I. Case Co. v. Borak*, (1964) 377 U.S. 426.

d'entreprendre une action dérivée<sup>164</sup>. En ce qui concerne l'avantage du recouvrement personnel, celui-ci cesse avec la nouvelle loi. Cependant comme nous le verrons plus loin, la procédure plus complexe pose de nombreuses difficultés. La théorie de Beck me semble plus acceptable et préférable. De plus, avec la dernière décision de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>165</sup>, les tribunaux interpréteront peut-être plus libéralement les droits personnels des actionnaires.

En conclusion, ce choix entre l'action dérivée en vertu de la nouvelle loi et l'action personnelle s'avère donc primordial pour le succès de notre action. Le problème de la distinction entre l'action dérivée en vertu de la common law et l'action personnelle, qui avait été mis de côté par les tribunaux, éclate donc avec la codification de l'action dérivée qui exige l'autorisation préalable du tribunal, sous peine de rejet de l'action selon les tribunaux. Mais il ne s'agit pas de l'unique choix auquel devra faire face l'actionnaire avant d'entreprendre une action dérivée. En effet, la nouvelle loi introduit également un nouveau recours permettant à l'actionnaire de s'adresser au tribunal en cas d'abus<sup>166</sup>.

L'actionnaire devra donc distinguer ce nouveau recours de l'action dérivée avant d'entreprendre son action. Ce nouveau recours s'utilise pour redresser un tort causé à l'actionnaire minoritaire<sup>167</sup>. Pour bien le comprendre, il faut cependant connaître son origine.

Ce dernier s'inspire fortement de l'article 210 du *U.K. Companies Act*, 1948, dont Gower donne la définition suivante<sup>168</sup>:

Under section 210 any member who complains that the affairs of the company are being conducted in a manner oppressive to some part of the members (including himself) may petition the court which, if satisfied that the facts would justify a winding up order but that this would unduly prejudice that part of the members may make such order as it thinks fit.

Il énumère également des exemples d'application de ce recours<sup>169</sup>:

The Cohen Report itself instances two situations envisaged for the employment of the section: the first where controlling directors unreasonably refuse to register transfer of the minority's holdings so as to force a sale to themselves at a low price, and the second where they take excessive remuneration was to leave nothing for distribution by way of dividend. But these were expressly stated to be but illustrations of a general problem. The Jenkins Committee added two further illustrations; the issue of shares to directors and others on advantageous terms and the passing of non cumulative preference dividends or shares held by the minority.

Deux causes anglaises seulement recoururent directement avec succès à cette action et pour des motifs différents de ceux que nous venons d'énumé-

<sup>164</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 195.

<sup>165</sup> *Supra*, n. 136.

<sup>166</sup> Article 234.

<sup>167</sup> *Proposition pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 187.

<sup>168</sup> *Op. cit.*, n. 83 p. 598.

<sup>169</sup> *Id.*, p. 600.

rer<sup>170</sup>. Le législateur canadien s'inspira donc fortement de cet article pour rédiger l'article 234 de la nouvelle loi.

En effet, cet article permet à tout plaignant victime d'une situation abusive ou injustement préjudiciable à ses intérêts de la part de la compagnie ou des administrateurs, de demander à la Cour une ordonnance pour redresser les griefs invoqués. Cette situation abusive peut être causée par un acte ou omission de la compagnie, ou par sa façon de conduire ses affaires, ou enfin, par la façon dont les administrateurs utilisent leurs pouvoirs<sup>171</sup>. La nouvelle loi propose donc des changements substantiels à l'article 210 du *U.K. Companies Act*, 1948, en abolissant le critère basé sur des motifs justes et équitables de liquider la corporation, et en permettant l'application de ce recours à un acte isolé et à une conduite illicite mais non nécessairement illégale<sup>172</sup>. Cette nouvelle disposition s'utilise uniquement une fois l'abus causé. Certains proposent donc déjà d'y ajouter une disposition afin de permettre son utilisation pour prévenir une conduite abusive<sup>173</sup>. Mais en quoi ce recours diffère-t-il de l'action dérivée?

Ce recours diffère de l'action dérivée en ce que celle-ci vise la réparation d'un préjudice causé à la corporation et non la réparation d'un abus envers un actionnaire. Cependant, encore une fois, la ligne de démarcation entre ces deux recours prévus dans la nouvelle loi s'avère difficile à discerner, surtout en considérant la théorie énoncée par Beck. Le problème demeure le même lorsqu'il s'agit de déterminer si les actes reprochés donnent ouverture à l'un ou l'autre recours. Ainsi, le rapport Dickerson reconnaît même que certains actes, comme le paiement d'une rémunération excessive aux actionnaires majoritaires qui se nomment eux-mêmes administrateurs de la compagnie, pourraient donner ouverture aux deux recours<sup>174</sup>. Cette affirmation nous porte à croire qu'il serait alors possible de cumuler les deux recours. De plus, la tendance actuelle des tribunaux face au cumul de l'action dérivée et personnelle, nous porte à croire que ceux-ci accepteraient également le cumul de l'action dérivée et du recours prévu à l'article 234 de la nouvelle loi, à la condition de demander l'autorisation préalable du tribunal d'intenter une action dérivée. Mais peut-on également contourner cette difficulté?

L'article 234(3) accorde au tribunal une très grande discrétion pour remédier à l'abus invoqué par le plaignant. Il n'entre pas dans le but de la présente étude d'étudier les pouvoirs du tribunal; cependant, il faut glisser quelques mots sur l'un d'eux qui attire plus particulièrement notre attention. En effet, l'article 234(3)n de la nouvelle loi permet au tribunal de prescrire l'introduction d'une affaire. Donc, par le biais de cet article, le tribunal pour-

<sup>170</sup> *Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer*, (1959) A.C. 324; *Re H.R. Harmer Ltd.*, (1959) 1 W. L.R. 62.

<sup>171</sup> Article 234 (2) a, b, et c.

<sup>172</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 188.

<sup>173</sup> Frank IACOBUCCI, *Shareholders under the draft Canada Business Corporations Act*, p. 273.

<sup>174</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, page



rait autoriser le plaignant à intenter une poursuite au nom de la compagnie contre un tiers. En Angleterre, un comité avait recommandé l'inclusion de cette disposition à l'article 210 du *U.K. Companies Act*, 1948, pour contre-carrer les restrictions apportées par l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>175</sup>, en permettant une action dérivée même s'il n'y avait pas eu de fraude et que les personnes fautives ne contrôlaient pas la compagnie. Cette recommandation se justifiait pleinement à cette époque. Mais vu les dispositions de la nouvelle loi élargissant la portée de l'action dérivée, et vu l'introduction de ce nouveau recours prévu à l'article 234, on peut critiquer l'utilité de cette disposition qui ne vient qu'augmenter la confusion entre ces différents recours. La nouvelle loi contient déjà une procédure assez complexe pour intenter l'action dérivée<sup>176</sup>, alors pourquoi ajouter à cette complexité en permettant au tribunal d'autoriser l'introduction d'une action dérivée par le jeu d'un autre article? Si le tribunal prescrit l'introduction d'une action dérivée, cela dispense-t-il le plaignant de demander l'autorisation d'intenter une action dérivée conformément à l'article 232(2)? Une telle demande semblerait inutile puisque le jugement autoriserait déjà le plaignant à intenter une action dérivée. Donc, l'article 234(3)n pourrait accorder une protection supplémentaire à un plaignant qui ignore si les actes reprochés donnent ouverture à une action dérivée ou à l'article 234. Il pourrait dans ses conclusions demander au tribunal de prescrire une action dérivée si ce dernier prétend qu'il s'agit du recours approprié. S'il ne le fait pas dans les conclusions de son action, il semble douteux que le tribunal puisse l'accorder puisqu'il ne peut juger au-delà de ce qui lui est demandé malgré la rédaction de l'article 234.

Le recours de l'article 234 accorde donc une protection supplémentaire à l'actionnaire minoritaire. Il constitue de plus une autre ingérence des tribunaux dans les affaires internes de la compagnie, contribuant ainsi à créer une autre faille dans le principe du non-interventionnisme dans les affaires internes de la compagnie. Après avoir démontré la différence entre ce recours et l'action dérivée, il convient de se demander s'il existe une différence entre le recours prévu à l'article 234 et l'action personnelle.

Tous les deux visent la réparation d'un préjudice subi par l'actionnaire personnellement. Malgré cela, il existe une différence subtile entre les deux. En ce qui concerne l'action personnelle, les actes y donnant ouverture sont les actes *ultra vires*, l'atteinte aux droits personnels des actionnaires et certains actes tellement frauduleux qu'ils constituent une dénégation des droits personnels des actionnaires. En résumé, ce sont des actes illégaux. Or, l'article 234 vise à corriger une situation abusive, injuste envers l'actionnaire. Il s'agit surtout d'actes illicites mais non nécessairement illégaux. Ainsi, si les administrateurs ne respectent pas une disposition de la loi ou des articles d'association, le recours approprié serait l'action personnelle; mais si les administrateurs se servent abusivement pour leur propre fin de certains articles du mémoire d'association à l'encontre des actionnaires minoritaires, ceux-ci

<sup>175</sup> L.C.B. GOWI R, *op. cit.*, n. 83, p. 604.

<sup>176</sup> Article 232.

pourront alors se référer à l'article 234 de la nouvelle loi; par exemple, si les administrateurs refusent de déclarer des dividendes dans le but de forcer la vente par les actionnaires minoritaires de leurs actions. Vu la très grande ressemblance entre les actes donnant ouverture à l'un ou l'autre recours, il y aura confusion entre les deux, et, certains actes peuvent donner ouverture à l'un ou l'autre des recours.

Il se pose alors la question du cumul des deux recours. Il n'y a pas d'objection à ce cumul. Cependant, comme dans le présent cas, le plaignant n'a pas besoin de l'autorisation judiciaire pour intenter son action, les conséquences deviennent moins importantes. En pratique, les plaideurs intenteront leur action de façon à ne pas se compromettre entre les deux recours et laisseront ainsi une plus grande liberté aux tribunaux qui pourront alors éviter le point de savoir si les actes reprochés donnent ouverture à une action personnelle ou à celle prévue à l'article 234 de la nouvelle loi. Mais est-ce que tous ces problèmes relatifs au choix entre ces différents recours se retrouvent également en droit québécois?

Quoique le problème n'ait pas été traité en droit québécois, on peut affirmer que les mêmes difficultés qu'en common law vont surgir au Québec lorsqu'il s'agira de choisir entre tous ces recours. Cependant, il faut souligner des difficultés particulières au Québec relativement à la relation entre l'article 33 du Code de Procédure Civile et l'action dérivée.

En effet, il faut se demander si l'article 232 de la nouvelle loi exclut l'application de l'article 33 du Code de Procédure Civile en ce qui concerne les corporations incorporées au fédéral. En d'autres mots, l'actionnaire québécois a-t-il le choix entre les deux recours? Rappelons que la Cour d'appel de l'Ontario décida, relativement à l'article 99 du *Business Corporations Act*, analogue à l'article 232 de la nouvelle loi, que la codification de l'action dérivée excluait l'application de tous les autres recours intentés au nom de la corporation, soit en vertu de la common law, soit en vertu d'un texte législatif<sup>177</sup>. Peut-on appliquer le même raisonnement au Québec?

Certains prétendront qu'il aurait fallu un texte législatif plus explicite du législateur fédéral pour limiter l'application de l'article 33 du Code de Procédure Civile. D'autres soutiendront au contraire que le législateur fédéral n'a pas limité la juridiction de la Cour supérieure, mais a tout simplement déterminé un recours différent, concernant les compagnies incorporées au fédéral, qui s'exercera également devant la Cour supérieure.

Ce problème conduit à des conséquences pratiques importantes, puisque l'actionnaire québécois pourrait utiliser l'article 33 du Code de Procédure Civile pour éviter l'application des dispositions plus complexes de la nouvelle loi et rendre celle-ci plus ou moins inefficace. L'incertitude demeure complète et il faudra attendre que les tribunaux se prononcent sur cette question. Pour notre part, nous croyons que ce jugement visait à empêcher l'ac-

---

<sup>177</sup> *Farnham v. Fingold*, *supra*, n. 136.

tionnaire qui intente une action dérivée d'utiliser celle qui existait en vertu de la common law pour éviter l'application de la codification ontarienne de l'action dérivée, mais ne saurait limiter l'application d'un autre recours, différent de l'action dérivée mais qui produit les mêmes effets, comme l'article 33 du Code de Procédure civile. On pouvait appliquer le même raisonnement en ce qui concerne l'utilisation de l'article 1031 du Code civil.

D'un autre côté, si la position de la Cour d'appel de l'Ontario devait l'emporter, cela contribuerait à diminuer les droits de l'actionnaire. En effet, le législateur accorderait d'une part un nouveau recours à l'actionnaire, mais d'autre part, il lui enlèverait le droit d'utiliser les recours existants. L'actionnaire se trouverait à payer cher le droit d'utiliser ce nouveau recours.

Les problèmes de l'actionnaire sont loin d'être diminués face à tous ces recours s'offrant à lui. Il devra exercer un choix judicieux avant d'entreprendre son action. Il devra analyser les actes reprochés pour déterminer s'ils donnent ouverture à une action dérivée, personnelle ou au recours prévu à l'article 234 de la nouvelle loi. Donc, si la codification de l'action dérivée par la nouvelle loi accorde une protection accrue à l'actionnaire minoritaire, par ailleurs, sa procédure complexe la rend plus difficile à appliquer pour ce dernier. Il s'agit de la première difficulté qui se pose à l'actionnaire minoritaire lorsqu'il veut exercer un recours. Il doit choisir le recours approprié entre tous ceux qui s'offrent à lui. Puis si l'action dérivée se révèle le recours approprié, il devra respecter la procédure complexe qui l'entoure. Le prochain point portera donc exclusivement sur l'étude des dispositions de la nouvelle loi concernant l'action dérivée. Nous étudierons les actes donnant ouverture à celle-ci, puis l'autorisation judiciaire pour l'intenter et enfin l'action elle-même.

#### B. DES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'ACTION DÉRIVÉE.

Nous abordons maintenant l'étude même des dispositions relatives à l'action dérivée incluse dans la nouvelle loi fédérale sur les corporations commerciales canadiennes<sup>178</sup>. Comme nous l'avons déjà mentionné, deux provinces ont adopté des lois semblables<sup>179</sup>. Cependant, la jurisprudence canadienne est quasiment inexistante sur les problèmes causés par ces nouvelles lois. Pour cette raison, nous nous référerons souvent à la jurisprudence américaine pour analyser les problèmes occasionnés par de telles législations ainsi que les solutions apportées à ces problèmes. Celle-ci nous servira uniquement de guide puisqu'elle ne lie en rien les tribunaux canadiens. Avant d'entreprendre l'étude des différents articles de la nouvelle loi, définissons la notion d'action dérivée.

L'article 231 limite la partie de ces articles à l'action dérivée intentée en vertu de la nouvelle loi, ce qui diffère du rapport Dickerson qui suggérait éga-

---

<sup>178</sup> *Supra*, n. 1.

<sup>179</sup> *Supra*, n. 7-8.

lement d'inclure celle intentée en vertu d'une autre loi<sup>180</sup>. Ceci contribue à démontrer que l'action dérivée ne peut exclure d'autres recours similaires prévus dans d'autres lois comme le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure et l'action oblique du Code civil. Par ailleurs, cela aurait pu être interprété comme une atteinte à la propriété et aux droits civils dans la province.

L'article 232 (1) définit l'action dérivée comme une action intentée au nom et pour le compte d'une corporation ou de l'une de ses filiales ou pour les deux. L'article 2(5) stipule qu'une personne morale est la filiale d'une autre personne morale si celle-ci en a le contrôle. Le paragraphe (4) dudit article établit une présomption de contrôle si elle est en mesure directement ou indirectement de faire élire la majorité des administrateurs de cette personne morale. Il faut maintenant déterminer les manières d'utiliser ce recours.

**Le plaignant peut intenter ce recours de deux manières différentes selon l'article 232 (1). Il peut, soit intenter une action, soit intervenir dans une action. Dans le second cas, la possibilité s'offre à lui de la poursuivre, d'y présenter ses moyens de défense, ou d'y mettre fin. Donc, lorsque nous mentionnerons ultérieurement l'action dérivée, cette notion comprendra également l'intervention.**

Les lois de l'Ontario<sup>181</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>182</sup> contiennent des dispositions analogues; cependant, elles n'offrent pas à l'actionnaire cette possibilité d'intervenir dans une action impliquant la corporation. Sur ce point, la nouvelle loi fédérale s'avère supérieure en accordant une protection supplémentaire à l'actionnaire minoritaire par l'élargissement de la notion d'action dérivée.

Cependant, ces lois provinciales précisent les motifs pour lesquels un actionnaire pourrait agir au nom et pour le compte de la corporation<sup>183</sup>. Il pourra agir pour faire respecter un droit, un devoir, ou une obligation dû à la corporation en vertu de cette loi ou de toute autre loi, ou obtenir des dommages pour manquement à ceux-ci. Mais ces distinctions participent de la nature même de l'action dérivée, et pour cela, il n'apparaît pas absolument nécessaire de les inclure dans la définition. Essayons maintenant de définir les actes donnant ouverture à l'action dérivée.

#### *1. Des actes donnant ouverture à l'action dérivée.*

Pour remédier aux effets souvent injustes de la règle de la majorité, le rapport Dickerson proposa donc l'inclusion de l'action dérivée dans la nouvelle loi, tout en apportant certaines modifications à celle-ci pour la rendre

---

<sup>180</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, p. 184.

<sup>181</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1).

<sup>182</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (1).

<sup>183</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1) et n. 8 article 222 (1).

plus efficace. Il faut maintenant s'interroger sur le point de savoir si l'action dérivée, telle que réglementée dans la nouvelle loi, parvient à atteindre ces objectifs. Pour ce faire, il fallait absolument élargir les actes donnant ouverture à l'action dérivée, car sous la loi actuelle, ceux-ci sont très limités. En effet, la jurisprudence permet l'action dérivée seulement pour certaines fraudes envers la minorité et pour les actes *ultra vires*.

Malheureusement, la nouvelle loi est silencieuse sur cette question des actes donnant ouverture à l'action dérivée. Le législateur préféra laisser le soin aux tribunaux de déterminer les circonstances donnant ouverture à l'action dérivée, car l'énumération des actes y donnant ouverture aurait limité la portée de celle-ci. Mais alors, comment empêcher les tribunaux de se référer à nouveau à la règle de la majorité pour refuser d'intervenir dans les affaires internes de la compagnie?

D'abord, précisons qu'en ce qui concerne la règle de la majorité proprement dite, il ne faut pas s'illusionner sur les modifications apportées par la nouvelle loi, car celle-ci subsiste toujours. D'ailleurs, il n'a jamais été dans l'intention du législateur de l'abolir, pour des raisons très évidentes. Personne ne conteste la nécessité de cette règle. Bien que les décisions de la majorité puissent parfois déplaire ou être injustes envers la minorité, il n'appartient pas à cette dernière de diriger les destinées de la compagnie. Cependant, il fallait diminuer certains de ces effets injustes envers les actionnaires minoritaires.

Pour ce faire, il fallait attaquer le principe de la non-intervention dans les affaires internes de la compagnie par les tribunaux, principe découlant de la règle de la majorité. En effet il fallait mettre fin à ce principe de la ratification signifiant que les tribunaux ne pouvaient intervenir dans les affaires internes de la compagnie parce que l'acte reproché avait été ou pouvait être ratifié par la majorité des actionnaires. Pour diminuer l'effet de la règle de la majorité et augmenter la portée de l'action dérivée, le législateur inclut l'article 235 (1) dans la nouvelle loi.

Cet article stipule que:

Une demande présentée, une action intentée ou une intervention dans une action faite en vertu de la présente partie ne doit pas être suspendue ni rejetée pour le seul motif qu'il est démontré que les actionnaires d'une personne morale ont approuvé ou peuvent approuver un manquement allégué à un droit ou à un devoir envers cette corporation ou sa filiale, mais la Cour peut tenir compte de la preuve de l'approbation par les actionnaires en rendant une ordonnance en vertu des articles 207, 233 ou 234.

Cette disposition des plus importantes vise à abolir la règle de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>184</sup>. Elle empêche le tribunal de rejeter une action dérivée pour le seul motif que l'acte reproché a été ou peut être ratifié par la majorité. Donc le seul motif de la ratification ne suffit plus pour rejeter une action dérivée. Cette défense de ratification ne constitue plus qu'un des éléments dont les tri-

<sup>184</sup> *Supra*, n. 4.

bunaux peuvent tenir compte dans leur jugement. Cette disposition constitue donc une autorisation implicite accordée aux tribunaux par le législateur, d'intervenir dans les affaires internes de la compagnie puisque celui-ci a enlevé le seul obstacle qui empêchait cette intervention des tribunaux. De plus, conformément à une jurisprudence récente en droit anglais<sup>185</sup>, la valeur de cette ratification pourra varier selon qu'elle a été obtenue par une majorité désintéressée ou non<sup>186</sup>. Cette nouvelle disposition atténuée considérablement le principe autorisant l'administrateur fautif à voter en sa qualité d'actionnaire pour ratifier sa propre faute<sup>187</sup>.

Cependant, il n'existe pas de disposition analogue dans la loi ontarienne<sup>188</sup> tandis que celle de la Colombie-Britannique en contient une<sup>189</sup>. Il s'agit d'une lacune très grave puisque les tribunaux pourraient continuer à appliquer la règle de la ratification et la situation actuelle prévaudrait encore. Rien n'empêcherait les tribunaux de tenir compte de la ratification et de se conformer à la jurisprudence actuelle. Donc la loi ontarienne ne changerait pas le fond du problème, mais ne ferait que modifier considérablement les modalités de l'action dérivée.

La règle de la majorité subsiste donc toujours, mais seulement dans la mesure où elle ne porte pas préjudice aux intérêts de la compagnie, car alors les tribunaux pourront intervenir. Et cette discrétion accordée au tribunal face à la défense de ratification s'applique également aux extensions qu'avait connues la règle de la majorité. Ainsi, cette nouvelle disposition concernant la ratification devrait avoir des conséquences sur les actes donnant ouverture à l'action dérivée.

Si les tribunaux veulent respecter l'esprit de la nouvelle loi, les cas donnant ouverture à l'action dérivée devraient être beaucoup plus nombreux qu'actuellement. Ainsi, les actes qui donnent ouverture à l'action dérivée présentement devraient s'appliquer également sous la nouvelle législation. De plus, dans tous les cas où les tribunaux ne pouvaient intervenir uniquement à cause de la règle de la majorité, ils pourront maintenant le faire à cause de l'article 235(1) de la nouvelle loi, ce qui augmentera considérablement la portée de l'action dérivée. On ne peut parler des cas d'ouverture à l'action dérivée sans glisser quelques mots à propos des exceptions à la règle de la majorité.

D'abord, il faut rappeler qu'il ne s'agissait pas de véritables exceptions, mais plutôt de cas où la règle de la majorité ne s'appliquait pas. Nous n'analyserons pas en détail les changements apportés par la nouvelle loi, car cela déborderait le cadre de notre sujet, mais nous en soulignerons les grandes

---

<sup>185</sup> *Hogg v. Crampton Ltd.*, (1967) Ch. 254.

<sup>186</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, p. 189.

<sup>187</sup> Voir note 36.

<sup>188</sup> *Supra*, n. 7.

<sup>189</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (7).

lignes. En premier lieu, l'exception de l'acte *ultra vires* perd son importance puisque la nouvelle loi accorde à la corporation la capacité d'une personne physique<sup>190</sup>. De plus, si la corporation ou les administrateurs ne respectent pas les dispositions de la nouvelle loi, de ses règlements d'application, des statuts ou règlements de la corporation, ou d'une convention unanime des actionnaires, un plaignant peut demander à la Cour une ordonnance pour enjoindre à la corporation ou à ses administrateurs de s'abstenir d'agir en violation de ces dispositions ou d'agir en conformité avec celles-ci<sup>191</sup>. L'utilisation de ce recours n'exclut pas l'application de tout autre recours. Cette nouvelle disposition peut servir également dans le cas de l'exception des droits personnels. Cette dernière exception continue d'exister, mais l'actionnaire pourra recourir à cette nouvelle disposition, à une action personnelle pour la faire respecter, ou même à l'article 234 dans certains cas comme nous l'avons vu précédemment. En ce qui concerne l'exception de la majorité spéciale, celle-ci subsiste dans la mesure où elle s'applique en droit canadien et pourrait aussi donner lieu à l'application de l'article 20 de la nouvelle loi. Enfin, l'exception de la fraude envers la minorité subsiste, mais elle se trouve considérablement élargie par l'inclusion des nouvelles dispositions concernant l'action dérivée.

Ces nouvelles conceptions concernant les actes donnant ouverture à l'action dérivée et l'attitude des tribunaux face à la ratification constituent les changements majeurs apportés par la nouvelle loi au concept d'action dérivée selon la common law. La nouvelle loi n'a pas imposé de limite aux actes donnant ouverture à l'action dérivée et a laissé aux tribunaux la possibilité d'élargir considérablement cette notion. Mais il faudra attendre pour voir ce que sera l'attitude de nos tribunaux. Sans ces changements la nouvelle loi n'aurait que modifié la forme de l'action dérivée, et n'aurait pas touché au fond.

Nous venons d'étudier les actes donnant ouverture à l'action dérivée. Mais avant d'entreprendre celle-ci, il faut obtenir une autorisation judiciaire. Il va de soi que ce sont les mêmes actes qui donnent ouverture à la demande d'autorisation judiciaire, mais il faudra s'interroger sur le degré de preuve à faire. De plus, cette demande est assujettie à une procédure complexe. Le prochain point portera donc sur l'étude de la demande d'autorisation judiciaire.

## 2. De la demande d'autorisation judiciaire.

La nouvelle loi a donc élargi considérablement la portée de l'action dérivée et diminué d'autant les effets injustes de la règle de la majorité. Cependant, si le législateur a accordé de plus grands pouvoirs aux actionnaires, il a parallèlement rendu l'utilisation de l'action dérivée plus difficile et complexe. Pour contrebalancer cet accroissement de pouvoir, le législateur a aug-

---

<sup>190</sup> Article 15 (1).

<sup>191</sup> Article 240.

menté le formalisme pour mieux contrôler l'action dérivée afin d'éviter les demandes abusives. L'une des manières d'accroître ce contrôle est d'exiger de l'actionnaire qui désire intenter une telle action qu'il obtienne l'autorisation judiciaire avant d'entreprendre son action. Nous étudierons donc tout d'abord les modalités entourant cette demande d'autorisation judiciaire.

a) *Les conditions d'exercice de la demande d'autorisation judiciaire.*

Il s'agit d'une procédure entièrement nouvelle qui n'existait pas sous l'action dérivée de la common law. En effet, l'article 232 mentionne que le plaignant doit obtenir l'autorisation du tribunal avant d'intenter une action dérivée. Le premier problème à résoudre consiste donc à déterminer les personnes qui seront parties à cette demande. En premier lieu, qui peut être plaignant? L'article 231 par son énumération des personnes autorisées à être plaignants répond à cette question.

Premièrement, le détenteur enregistré ou le propriétaire à titre de bénéficiaire, ainsi qu'un ancien détenteur enregistré ou un ancien propriétaire à titre de bénéficiaire d'une valeur mobilière de la corporation, ou de l'une de ses affiliées, peuvent intenter une action dérivée<sup>192</sup>. Ainsi la nouvelle loi en autorisant un ancien actionnaire à demander l'autorisation judiciaire d'intenter une action dérivée, et par la suite intenter la dite action, fait donc disparaître la condition actuelle qui exige la qualité d'actionnaire au moment d'intenter l'action<sup>193</sup>. Mais on peut s'interroger sur le point de savoir si l'ancien actionnaire possède alors l'intérêt suffisant pour faire une telle demande. Sauf dans les cas où il aurait accepté moins que ce qu'il aurait pu obtenir pour ses actions en raison du manquement à certaines obligations dues à la corporation, il est difficile de concevoir que l'ancien actionnaire puisse avoir un intérêt suffisant<sup>194</sup>. Cependant, ce seul exemple justifie l'inclusion d'une telle disposition dans la nouvelle loi.

L'article 2(1) définit le propriétaire à titre bénéficiaire comme celui détenant la propriété par l'intermédiaire d'un fiduciaire, d'un représentant légal, ou d'un autre intermédiaire. Enfin, la référence à une filiale de la corporation permettra une poursuite doublement indirecte si le tribunal l'autorise: en effet, elle permettra à un actionnaire de la corporation-mère, ayant obtenu l'autorisation judiciaire, d'intenter une action dérivée nonobstant le fait que ce dernier ne détient aucune action dans la filiale<sup>195</sup>. La nouvelle loi traite donc la corporation-mère et ses filiales comme une même unité lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Article 231 a.

<sup>193</sup> Voir note 103.

<sup>194</sup> F. IACOBUCCI, *Shareholders under the Draft Canada Business Corporations Act*, (1973) 10 *McGill L.J.* p. 246 à la page 270.

<sup>195</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, p. 185.

<sup>196</sup> F. IACOBUCCI, *op. cit.*, n. 173 p. 269.



La notion de plaignant comprend également un administrateur ou un dirigeant, ou un ancien administrateur ou dirigeant d'une corporation ou de l'une de ses affiliées<sup>197</sup>. En raison du poste qu'ils occupent, ceux-ci peuvent avoir l'avantage de connaître des faits pertinents au litige, ignorés par les actionnaires<sup>198</sup>. Comme l'article 100 (2) n'exige pas que l'administrateur détienne des actions de la corporation pour être qualifié à ce poste, ceci contribue à élargir à nouveau la notion du plaignant.

Troisièmement, la nouvelle loi mentionne comme plaignant le directeur<sup>199</sup>, fonctionnaire nommé par le Ministre en vertu de l'article 253.

Enfin, la nouvelle loi désigne comme plaignant toute autre personne qui, à l'appréciation de la Cour, a qualité pour présenter une telle demande<sup>200</sup>. Cette disposition accorde au tribunal la discrétion de spécifier la notion de plaignant au fur et à mesure que les problèmes surgiront concernant cette notion, plutôt que d'essayer d'inclure tous les cas possibles dans la nouvelle loi. Elle pourrait peut-être permettre à un actionnaire non enregistré ou à un créancier gagiste d'instituer une demande d'autorisation judiciaire pour tenter une action dérivée, comme aux États-Unis où les tribunaux leur accordent cette permission<sup>201</sup>. Par exemple, le créancier gagiste voyant la valeur de son gage diminué en raison de certains actes des administrateurs, peut avoir un intérêt à poursuivre au nom de la corporation pour protéger sa créance si les administrateurs négligent de le faire. Ainsi, toute personne ayant un intérêt jugé suffisant par le tribunal pourra recourir à l'action dérivée, ce qui élargit considérablement la notion actuelle.

La loi ontarienne réserve ce recours uniquement à l'actionnaire<sup>202</sup>, tandis que celle de la Colombie-Britannique<sup>203</sup> comprend également les directeurs. Dans les deux lois, ils doivent posséder ce titre au moment de la demande et l'avoir eu à l'époque où la cause d'action a pris naissance<sup>204</sup>. Beck critique cette exigence qui constitue une reproduction aveugle de la législation américaine<sup>205</sup>. Aux États-Unis, deux motifs menèrent principalement à l'adoption de cette législation; premièrement, pour empêcher les résidents d'un État de transférer leurs actions à un résident d'un autre État dans le but de tomber sous la juridiction de la Cour fédérale, et deuxièmement pour empêcher les poursuites abusives<sup>206</sup>. Le premier motif s'avère particulier aux États-Unis puisqu'au Canada le transfert des actions à un résident d'une autre province n'affecte en rien la législation applicable qui se trouve déterminée par le lieu

<sup>197</sup> Article 231 b.

<sup>198</sup> F. IACOBUCCI, *op. cit.*, n. 173 p. 270; S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 206.

<sup>199</sup> Article 231 c.

<sup>200</sup> Article 231 d.

<sup>201</sup> LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *The Business Corporations Act 1970*, p. E-4.

<sup>202</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1).

<sup>203</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (1).

<sup>204</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (3) a, et *supra*, n. 8 article 222 (3) d.

<sup>205</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 205.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 205.

de l'incorporation. En ce qui concerne le second motif, les deux lois provinciales ainsi que la nouvelle loi fédérale contiennent suffisamment de dispositions ayant pour but d'empêcher les poursuites abusives<sup>207</sup>.

La nouvelle loi fédérale s'avère donc supérieure aux deux législations provinciales parce que celle-ci autorise plus de personnes à demander l'autorisation judiciaire d'intenter une action dérivée. Également, le législateur fédéral laisse au tribunal le soin de déterminer les personnes autorisées à intenter une action dérivée par le contrôle que le tribunal exerce sur la demande d'autorisation judiciaire. Une très grande discrétion est abandonnée entre les mains des tribunaux qui commencent déjà à exercer leur contrôle, que l'on retrouvera d'ailleurs tout au long des différentes étapes de l'action dérivée. Mais est-ce que le plaignant doit demander l'autorisation judiciaire sous une forme représentative?

La nouvelle loi, comme celle de la Colombie-Britannique<sup>208</sup> ne l'exige pas. La loi ontarienne, si elle exige la forme représentative en ce qui concerne l'action dérivée, est cependant silencieuse en ce qui concerne l'autorisation judiciaire<sup>209</sup>. Rappelons que la jurisprudence actuelle exige la forme représentative pour l'action dérivée<sup>210</sup>. Le problème se pose véritablement lors de la prise de l'action elle-même, car l'autorisation judiciaire ne fait que déterminer la personne autorisée à intenter l'action dérivée. À ce moment, il sera important de déterminer si celle-ci doit être prise sous une forme représentative ou non. En ce qui concerne la nouvelle loi, puisqu'elle ne l'exige pas expressément et qu'on ne peut se référer à la jurisprudence qui existait avant, puisque cette dernière s'appliquait à l'action dérivée et non à la demande d'autorisation judiciaire qui n'existait pas alors, il n'est pas nécessaire de l'utiliser. De plus, rappelons que cette forme représentative n'existe pas en droit québécois, ce qui aurait occasionné des difficultés supplémentaires. Après la détermination des plaignants à la demande d'autorisation judiciaire, il faut maintenant préciser qui seront les défendeurs à la demande.

La demande d'autorisation judiciaire devra être dirigée contre la corporation puisque le plaignant demande à être autorisé à agir au nom de cette dernière, celle-ci se refusant à agir elle-même. Cette demande ne vise pas du tout les administrateurs fautifs ou les tiers; il ne sera donc pas nécessaire de les mettre en cause pour pouvoir leur opposer le jugement obtenu par la suite. Cette demande ne concerne donc que le plaignant et la corporation. Maintenant que les parties à la demande d'autorisation judiciaire ont été précisées, il faut déterminer les conditions préalables à respecter pour obtenir cette autorisation.

---

<sup>207</sup> Comme la nécessité d'obtenir l'autorisation judiciaire et la bonne foi du plaignant.

<sup>208</sup> *Supra*, n. 8.

<sup>209</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1) et (2).

<sup>210</sup> Voir n. 100.

**Premièrement, l'article 232a stipule ce qui suit:**

que le plaignant a donné dans un délai raisonnable, avis aux administrateurs de la corporation ou de sa filiale de son intention de présenter une demande à la Cour en vertu du paragraphe (1), si les administrateurs de cette corporation ou de sa filiale n'intendent pas cette action, ne la poursuivent pas avec diligence, n'y présentent pas de moyens de défense ou n'y mettent pas fin.

Donc, de cet article se dégagent deux conditions, premièrement, l'avis aux administrateurs de la part du plaignant, et, deuxièmement, la négligence d'agir de ceux-ci à la suite de cet avis. Le but de cette condition consiste d'abord à essayer de convaincre la compagnie de prendre elle-même les mesures nécessaires<sup>211</sup>.

Cette première exigence n'ajoute rien aux principes existants, sauf qu'elle se situe lors de la demande d'autorisation judiciaire, et non au moment de l'action. En effet, la jurisprudence exigeait de l'actionnaire qui intentait une action dérivée de présenter préalablement sa demande au conseil d'administration afin de prouver le refus de la corporation de prendre les mesures appropriées<sup>212</sup>. Cependant, même si cette jurisprudence excusait l'absence de demande aux administrateurs lorsque ceux-ci contrôlaient la corporation, elle exigeait toutefois de plaider les faits démontrant la futilité d'une telle demande<sup>213</sup>. Cet avis doit refléter l'intention de prendre une action dérivée si les administrateurs refusent d'agir eux-mêmes. Vu que cette ancienne jurisprudence n'a pas été modifiée expressément par la nouvelle loi, il existe de fortes probabilités que les tribunaux y réfèrent encore. À notre avis, lorsque cet avis s'avère inutile, il ne serait pas nécessaire de le donner. Dans une demande d'autorisation judiciaire en vertu de la loi ontarienne, le juge O'Leary déclara qu'il était satisfait parce que le plaignant avait fait un effort raisonnable pour forcer la corporation à prendre action et que celle-ci s'y était refusée<sup>214</sup>.

Aux États-Unis, selon la position dominante, le plaignant doit préalablement présenter sa demande au conseil d'administration de la corporation<sup>215</sup>. Les tribunaux décidèrent qu'il devait s'agir d'un effort honnête et sérieux, et non d'une simple simulation pour contraindre les administrateurs à agir<sup>216</sup>. Conséquemment, une simple requête sans mention des faits pertinents ne suffit pas<sup>217</sup>. Comme la loi exigeait une demande au conseil d'administration, mais ne précisait pas le contenu d'une telle demande, la jurisprudence américaine élaborait trois sortes de demande: premièrement, une demande pour destituer les directeurs et effectuer de nouvelles élections; deuxièmement,

<sup>211</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 202.

<sup>212</sup> *Edwards v. Halliwell*, *supra*, n. 14; *Levi v. Mac Dougal*, (1941) 4 D.L.R. 340.

<sup>213</sup> *Birch v. Sullivan*, *supra*, n. 103; *Ferguson v. Wallbridge*, (1935) 3 D.L.R. 66.

<sup>214</sup> *Re Mark-Jay Investments Inc. and Levy*, (1975) 50 D.L.R. (3d) 45.

<sup>215</sup> *Demand on Directors and shareholders as a prerequisite to a derivative suit*, (1960) 73 *Harv. L. Rev.* 746 à la page 747.

<sup>216</sup> *Id.*, p. 752.

<sup>217</sup> *Doherty v. Mercantile Trust Co.*, 184 Mass. 590 à la page 593.

mement, une demande pour obtenir les instructions afin de poursuivre, et, enfin, une demande directe pour intenter une action dérivée<sup>218</sup>.

Si une demande doit être présentée aux administrateurs, doit-on également en présenter une aux actionnaires?

Selon la jurisprudence anglaise, il faut demander l'autorisation à l'assemblée des actionnaires<sup>219</sup>. Mais Gower précise que les tribunaux ne sont pas tellement sévères sur ce point<sup>220</sup>.

However, the English cases recognize that there is no point in formally asking the directors to institute the proceedings if they are to be the defendants, and that it is not necessary to convene a general meeting and to invite it to resolve upon proceedings in the company's name, provided that the court can be satisfied *aliunde* that the wrongdoers are in effective control.

La jurisprudence canadienne et québécoise va également dans ce sens<sup>221</sup>. Mais doit-elle continuer à recevoir son application sous la nouvelle loi?

Celle-ci exige comme condition préalable la négligence d'agir de la part des administrateurs de la corporation uniquement. Il n'existe aucune obligation expresse de demander l'autorisation des actionnaires réunis en assemblée générale. La loi de Colombie-Britannique apparaît sensiblement la même<sup>222</sup>. Cependant, le libellé de l'article 99 (3) b de la loi ontarienne<sup>223</sup> accentue le problème en exigeant que «... the shareholder has made reasonable efforts to cause the corporation to commence...». Se réfère-t-on alors à l'assemblée des actionnaires ou au conseil d'administration ou aux deux à la fois? Dans l'arrêt *Re Marc-Jay Investments Inc and Levy*<sup>224</sup>, le juge O'Leary exigea uniquement l'avis à la corporation, sans aucune mention des actionnaires. Même si un double subsiste, il faut interpréter cette décision dans le sens qu'un avis à la corporation signifie un avis au conseil d'administration et qu'il n'est pas nécessaire d'envoyer un avis similaire aux actionnaires.

Théoriquement, comme les affaires de la corporation relèvent du conseil d'administration<sup>225</sup>, il n'appartient pas aux actionnaires de décider de poursuivre ou pas, et pratiquement, l'imposer conduirait à rendre le remède inutile, du moins en ce qui concerne les corporations publiques<sup>226</sup>. En effet, il faudrait alors convoquer une assemblée générale, et, déjà, les actionnaires rencontreraient des difficultés de la part des administrateurs; de plus, l'actionnaire devra solliciter des procurations etc., donc il devra se conformer aux exi-

<sup>218</sup> *Demand on Directors and shareholders as a prerequisite to a derivative suit, op. cit.*, n. 215 p. 750.

<sup>219</sup> *East Pont du Lead Mining Co. v. Merryweather, supra*, n. 87.

<sup>220</sup> *Op. cit.*, n. 83 p. 589.

<sup>221</sup> *Burrows v. Becker*, (1967) 63 D.L.R. (2d) 100, confirmé *supra*, n. 28; *Lagacé v. Lagacé, supra*, n. 47.

<sup>222</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (3) a.

<sup>223</sup> *Supra*, n. 7.

<sup>224</sup> *Supra*, n. 214.

<sup>225</sup> Article 97 (1) de la nouvelle loi.

<sup>226</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 203-204.

gences requises par la loi concernant la sollicitation de procuration et les circulaires d'information, le tout occasionnant des frais élevés pouvant facilement inciter l'actionnaire à abandonner son projet<sup>227</sup>.

Enfin, l'argument principal est que, comme dans les conditions préalables le législateur exige uniquement qu'une mise en demeure soit adressée aux administrateurs de la corporation, sans faire aucunement mention des actionnaires, si le législateur avait également désiré que la mise en demeure soit adressée à ceux-ci il l'aurait mentionné expressément dans le texte de loi. Aux États-Unis, la jurisprudence exige une telle demande aux actionnaires sauf si ces derniers peuvent ratifier le tort allégué ou si la majorité de ceux-ci se trouve impliquée dans les actes reprochés<sup>228</sup>. Après cette première analyse de l'avis aux administrateurs, il reste à étudier la deuxième condition préalable.

Ainsi, le paragraphe b de l'article 232 (2) exige également la bonne foi du plaignant pour éviter les vendettas privées<sup>229</sup>. Cette condition va de soi et ne requiert aucune explication supplémentaire.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 232 (2) exige que l'action soit intentée dans l'intérêt de la corporation. C'est au moment de la demande d'autorisation judiciaire que le tribunal aura à déterminer si l'action dérivée intentée par le plaignant est véritablement prise dans l'intérêt de la corporation. Par cette condition, le législateur veut éliminer les réclamations minimales, vu le harcèlement des administrateurs pour des actes parfois imprudents mais de peu d'importance<sup>230</sup>. Le fardeau de cette preuve repose sur les épaules des actionnaires qui se plaignent<sup>231</sup>.

Suite à la décision rendue dans l'affaire *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd.*<sup>232</sup>, on peut se demander s'il s'agit de la corporation prise comme entité commerciale ou de la corporation prise comme un tout, comprenant les actionnaires? Les tribunaux auront à préciser le sens de cette expression nouvelle; cependant, la notion de corporation prise comme un tout, incluant les actionnaires, devrait continuer à s'appliquer si on veut que l'action dérivée atteigne son but de protection de l'actionnaire minoritaire.

En ce qui concerne l'intérêt de la corporation, la loi de la Colombie-Britannique ressemble à celle-ci<sup>233</sup>; par contre, l'article 99 (3)c de la loi ontarienne<sup>234</sup> mentionne que l'action doit être prise dans l'intérêt de la corporation ou de ses actionnaires. Elle présume donc que l'intérêt de la corporation puisse différer de celui des actionnaires, mais ne mentionne pas qui aura prio-

<sup>227</sup> *Id.*, p. 204.

<sup>228</sup> *Mayer v. Adam*, 141 A 2 d 458; *Hyams v. Calumet et Hecta Mining Co.*, 221 Fed. 529 (6 th. Cir. 1915).

<sup>229</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 186.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>231</sup> S.M. BECK, *op. cit.*, n. 12 p. 203.

<sup>232</sup> *Supra*, n. 93.

<sup>233</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (3) c.

<sup>234</sup> *Supra*, n. 7.

rité entre les deux en cas de conflits. Si on fait primer l'intérêt de la corporation sur celui des actionnaires, l'action dérivée ne sert plus alors autant à protéger les intérêts de l'actionnaire minoritaire. Cet article de la loi ontarienne augmente donc la confusion sur ce point et n'apporte aucune solution positive. Ainsi dans l'affaire *Re Marc-Jay Investments Inc. and Levy*<sup>235</sup>, le juge O'Leary mentionne que si la transaction reprochée s'avère frauduleuse envers les actionnaires, il est alors dans l'intérêt de ceux-ci qu'elle soit annulée. Ainsi, sans statuer sur le mérite de l'action, il accorda l'autorisation judiciaire d'intenter une action dérivée. Dans le présent cas, le juge a retenu l'intérêt des actionnaires<sup>236</sup>. Nous venons de voir les conditions préalables à l'action dérivée qui doivent être prouvées lors de la demande d'autorisation judiciaire.

Précédemment, nous avons vu les actes donnant ouverture à l'action dérivée. Naturellement, ce sont les mêmes que ceux qui doivent être prouvés lors de la demande d'autorisation judiciaire. Cependant, il faut déterminer la preuve à faire au niveau de la demande d'autorisation judiciaire.

Doit-on faire une preuve complète ou une simple preuve *prima facie* est-elle suffisante? Si la première solution devait l'emporter, il s'agirait en fait de deux procès consécutifs puisqu'une preuve complète des actes reprochés doit être faite lors du procès sur l'action dérivée elle-même. La logique la plus élémentaire indique qu'il devrait s'agir uniquement d'une preuve *prima facie*. C'est d'ailleurs le principe énoncé dans l'affaire *Re Marc-Jay Investments Inc. and Levy* par le juge O'Leary qui s'exprime ainsi<sup>237</sup>:

It is not my function to decide whether such contemplated action will succeed at trial, but simply to decide whether there is *prima facie* merit to it.

Il s'agit d'une excellente décision et le même principe devrait s'appliquer pour la nouvelle loi fédérale. Il reste maintenant à préciser la juridiction du tribunal qui recevra cette demande d'autorisation judiciaire.

Premièrement, il s'agit de déterminer le tribunal ayant la compétence *ratione materiæ* pour entendre une telle demande. L'article 232 (1) mentionne, que le plaignant peut demander à une Cour l'autorisation d'intenter une action dérivée, mais ne précise pas de quel tribunal il s'agit. Pour ce faire, il faut se référer à l'article 2 (1) qui désigne la cour compétente dans chaque province. Au Québec, il s'agit de la Cour supérieure. Donc au Québec, toutes les demandes d'autorisation judiciaire, indépendamment du montant d'argent en jeu, devront être présentées devant la Cour supérieure.

En ce qui concerne la juridiction territoriale du tribunal, il faudra se référer aux différentes règles de procédure applicables dans chaque province. Nous n'étudierons pas immédiatement les règles concernant la juridiction territoriale du tribunal, mais nous les étudierons plutôt lors de l'étude de l'action

<sup>235</sup> *Supra*, n. 214.

<sup>236</sup> *Id.*, p. 47.

<sup>237</sup> *Supra*, n. 214 p. 46.

dérivée. Il reste maintenant à se demander quelle procédure sera utilisée par le plaignant pour faire cette demande d'autorisation judiciaire.

Cette demande demeure toujours une condition préalable à l'action dérivée et constitue une instance distincte de l'action elle-même. Le plaignant devra procéder par requête accompagnée d'un affidavit. Donc, après avoir déterminé les conditions d'exercice de la demande d'autorisation judiciaire, nous nous attarderons maintenant aux causes de rejet de cette demande.

*b) Les causes de rejet de la demande d'autorisation judiciaire.*

Sur cette question, la nouvelle loi demeure très silencieuse. En fait, comme il s'agit seulement d'une procédure préliminaire à l'action elle-même, les moyens de défense ou causes de rejet apparaissent beaucoup moins nombreux.

Comme le plaignant n'est soumis qu'à une preuve *prima facie*, il devient alors très difficile de faire rejeter une telle demande. Le juge O'Leary dans l'affaire *Re Marc-Jay Investments Inc. and Levy*<sup>238</sup> a retenu certaines défenses possibles:

I believe it is my function to deny the application if it appears that the intended action is frivolous or vexatious or is bound to be unsuccessful.

Mais il ne s'agit pas des seules défenses qui puissent être opposées à l'encontre d'une telle demande. En effet, on peut également alléguer l'absence de l'une des conditions préalables à l'action dérivée, c'est-à-dire, la mise en demeure aux administrateurs, la bonne foi du plaignant ou l'intérêt de la corporation. Ajoutons également la défense selon laquelle le plaignant n'a pas la qualité nécessaire pour présenter une telle demande, ou encore l'absence de juridiction du tribunal pour entendre ladite demande.

Il faut cependant se demander si la corporation peut soulever à ce moment la défense que les actes reprochés ne donnent pas ouverture à une action dérivée, mais plutôt à un autre recours, ou, si elle doit la soulever lors de l'action elle-même. Dans les deux arrêts ontariens, la question avait été discutée lors du procès concernant l'action dérivée, mais il faut se rappeler que dans ces deux espèces, aucune demande d'autorisation judiciaire n'avait été faite par les plaignants<sup>239</sup>. Donc, ces deux arrêts n'apportent aucune lumière au problème qui nous préoccupe. Une chose est certaine, cela ne doit pas porter la discussion sur la véracité des faits allégués. Mais nous ne voyons pas d'objection à ce que le tribunal décide que les actes reprochés, même s'ils s'avèrent vrais, ne peuvent donner ouverture à une action dérivée. Accorder alors une telle demande signifierait permettre une action qui, au départ, serait vouée à l'échec. Et même lors du procès concernant l'action dérivée elle-même, le tribunal pourrait rejeter l'action parce que les actes reprochés ne donnent pas ouverture à l'action dérivée et cela sans même se prononcer sur

<sup>238</sup> *Id.*, p. 47.

<sup>239</sup> *Supra*, n. 136.

la véracité des actes reprochés. Pour ces raisons, nous croyons que l'on peut soulever une telle défense lors de la demande d'autorisation judiciaire.

Une autre défense qui pourrait possiblement être soulevée lors de la demande d'autorisation judiciaire est celle de la prescription. En effet, si la prescription suffit à rejeter l'action dérivée, il deviendrait inutile pour le tribunal d'accorder l'autorisation de l'intenter puisque celle-ci, au départ, serait vouée à l'échec. Mais quelle prescription faut-il appliquer à l'action dérivée?

Aux États-Unis, la doctrine dominante applique les prescriptions légales prévues pour les *torts*, parce que les directeurs ont été négligents dans la réalisation de leurs devoirs ou ont véritablement détourné la propriété de la corporation à leurs avantages<sup>240</sup>. La même solution s'appliquera-t-elle en droit québécois où la prescription relève en principe du Code civil?

Au Québec, le principe général veut que la prescription trentenaire s'applique à toutes les actions dont la prescription n'est pas autrement prévue par le Code civil ou une loi spéciale<sup>241</sup>. Il n'existe plus de prescription spécifique dans la nouvelle loi. Peut-on alors appliquer la prescription de 2 ans pour délits prévus à l'article 2261 du Code civil? La jurisprudence a interprété cet article restrictivement, puisqu'il s'agit d'une exception au principe général. Ainsi la jurisprudence québécoise a appliqué la prescription trentenaire à une action en dommages par les actionnaires d'une compagnie<sup>242</sup> ou d'une banque<sup>243</sup> contre les directeurs pour mauvaise administration. De même, l'action en dommages contre un syndic de faillite pour négligence dans l'accomplissement de son mandat se prescrit par trente ans<sup>244</sup>. Cette prescription de deux ans se limite donc aux actions en responsabilité pour dommages matériels résultant de délits ou quasi-délits en vertu de l'article 1053 du Code civil. Comme il ne s'agit pas d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1053 du Code civil, même si le plaignant allègue que les défendeurs ont commis des fautes, en vertu de la jurisprudence, il s'agirait d'une prescription trentenaire. De plus, la nature même de l'action dérivée, qui diffère de l'action en responsabilité en fait une action particulière et, comme aucune prescription n'est prévue, le principe général doit s'appliquer.

Pendant, il s'agit ici de la prescription trentenaire pour l'action elle-même. Toutefois la demande d'autorisation judiciaire pourrait être demandée après cette période. Elle sera par contre refusée au motif que l'action dérivée est prescrite. Si la demande s'effectue peu de temps avant la prescription de l'action elle-même, ceci n'aura pas pour effet d'accorder un délai supplémentaire de trente ans à compter du jugement autorisant le plaignant à intenter l'action dérivée. Alors, le plaignant devra agir rapidement, car, s'il n'agit pas ainsi, il pourrait se voir opposer la prescription de la prise de son

<sup>240</sup> *Falmanask v. Smith*, 291 N.Y. 142.

<sup>241</sup> Article 2242 du Code Civil.

<sup>242</sup> *McDonald v. Bulmer*, R.J.Q., 12 C.S. 424.

<sup>243</sup> *Montreal City and District Saving's Bank v. Geddes*, M.L.R. 6 S.C. 243.

<sup>244</sup> *Brochu v. Turgeon*, 45 B.R. 195.



action dérivée, même si lors de la demande d'autorisation préalable, son action n'était pas encore prescrite. Donc la prescription de la demande d'autorisation judiciaire est liée à celle de l'action dérivée elle-même.

Nous venons de voir les différentes causes de rejet de la demande d'autorisation judiciaire. Si ceux-ci ne suffisent pas à faire rejeter la demande d'autorisation judiciaire, celle-ci sera alors accordée. Mais une fois cette demande accordée, quels seront les effets de cette autorisation judiciaire?

*c) Les effets de l'autorisation judiciaire.*

L'effet principal, et d'ailleurs le seul, de l'autorisation judiciaire est d'accorder à un plaignant le droit d'intenter une action dérivée.

Le plaignant désigné par le tribunal se voit accorder non seulement le droit, mais aussi le devoir de prendre une action au nom et pour le compte de la corporation contre les personnes fautives qui seront habituellement certains administrateurs de la corporation. En somme, le tribunal accorde au plaignant un mandat judiciaire d'agir au nom et pour le compte de la corporation. Et c'est pour cette raison d'ailleurs que seul le tribunal pourra lui permettre d'abandonner ce mandat judiciaire. Cette idée de mandat judiciaire se retrouvera implicitement dans plusieurs dispositions touchant l'action dérivée et aidera à mieux comprendre le pourquoi de certaines dispositions. Elle aide également à mieux comprendre le pourquoi du contrôle judiciaire de l'action dérivée. Le tribunal, ayant accordé le droit d'intenter une action dérivée, en contrôle également le déroulement. En conséquence, le législateur a prévu une procédure spéciale pour le plaignant qui désirerait abandonner les poursuites.

En effet, l'article 235 (2) exige l'approbation de la Cour pour abandonner une action dérivée. Mais, même si dans l'article, il y a une référence à une «demande présentée», il s'agit d'une référence à une demande faite en vertu de l'article 234 pour obtenir une ordonnance de la Cour en cas d'abus. Donc, une fois l'action prise, il faut l'approbation de la Cour pour abandonner les poursuites ou faire un règlement hors cour. Cependant, en est-il de même si le plaignant veut abandonner les poursuites ou faire un règlement hors cour avant que le juge ait statué sur la demande d'autorisation judiciaire?

Il semble bien que cette autorisation du tribunal pour abandonner les poursuites, ou régler hors cour ne soit pas nécessaire. Premièrement, aucune disposition de la nouvelle loi ne l'exige expressément. Deuxièmement, on ne peut se référer à la jurisprudence existante avant l'adoption de la nouvelle loi, puisqu'il s'agit d'une disposition complètement nouvelle. Cependant, après que le tribunal aura accordé l'autorisation d'intenter une action dérivée, le plaignant ne pourra plus abandonner les poursuites ou refuser de prendre action sans la permission du tribunal, comme nous le verrons plus loin. Le même argument peut s'appliquer pour les lois de l'Ontario<sup>245</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> *Supra*, note 7 article 99 (6).

<sup>246</sup> *Supra*, note 8 article 222 (6).

Cette omission de la nécessité d'obtenir l'autorisation judiciaire pour abandonner ou régler une demande d'autorisation judiciaire pour intenter une action dérivée s'avère très importante et critiquable. En effet, le double but de l'article 235 (2) est d'éliminer les règlements privés pour des actions intentées de mauvaise foi uniquement dans le but de nuire, et aussi d'éliminer les règlements collusoires pour des actions prises de bonne foi<sup>247</sup>. En omettant d'étendre l'article 235 (2) à la demande d'autorisation judiciaire, la nouvelle loi pourrait dans bien des cas manquer ce double objectif. En effet, rien n'empêche les parties de faire de tels règlements privés avant que le juge ait statué sur la demande d'autorisation judiciaire. Il semble donc y avoir là une faille dans la nouvelle loi, ainsi que dans les deux autres législations provinciales<sup>248</sup>.

Nous venons de voir certaines conséquences de ce mandat judiciaire. Il reste donc maintenant à étudier l'objet de ce mandat judiciaire qui est l'action dérivée elle-même.

### 3. *De l'action dérivée.*

Nous attaquons maintenant le point final de cette étude c'est-à-dire les dispositions concernant l'action dérivée. Comme nous l'avons étudié précédemment, il existe des changements majeurs dans les actes donnant ouverture à l'action dérivée. Ceux-ci s'avèrent beaucoup plus nombreux, et, la modification à la règle de la ratification contribue à rendre ce recours plus efficace. Il s'agit là des changements majeurs apportés par la nouvelle loi.

Parallèlement, de nombreuses règles procédurales entourent l'action dérivée. Certaines la précèdent, comme la demande d'autorisation judiciaire, et les autres que nous allons voir concernent l'action elle-même. Il existe tellement de changements de fond et de forme qu'on ne peut prétendre qu'il ne s'agit que d'une amélioration du recours existant auparavant. Il s'agit plutôt d'un recours complètement nouveau, remplaçant le précédent, mais portant le même nom et basé sur le même principe, c'est-à-dire une action prise par un actionnaire au nom de la corporation. Nous étudierons cette action en trois parties: d'abord, les conditions d'exercice, ensuite les causes de rejet, et enfin, les jugements possibles.

#### a) *Les conditions de l'action dérivée*

Il faut donc commencer par la détermination des personnes pouvant intenter celle-ci. Nous avons parlé précédemment des personnes pouvant demander l'autorisation judiciaire d'intenter une action dérivée. En effet, l'article 231 énumérait les personnes pouvant être des plaignants. Cependant, est-ce que ce sont les mêmes personnes qui peuvent intenter l'action dérivée?

Les personnes énumérées à l'article 231 peuvent toutes demander à la Cour l'autorisation de prendre une action dérivée. Cependant, une fois cette autorisation accordée, seul le plaignant désigné par le tribunal pourra inten-

<sup>247</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 190.

<sup>248</sup> *Supra*, notes 7 et 8.

ter l'action dérivée. Il s'agit ici d'un effet de cette théorie du mandat judiciaire. Le tribunal désigne une personne pour agir au nom de la corporation et seule cette personne se trouve autorisée à agir au nom de celle-ci. Toute autre personne qui intenterait une action dérivée verrait son action rejetée parce qu'elle ne posséderait pas l'autorisation nécessaire pour prendre une telle action. Donc, le demandeur à l'action dérivée sera le plaignant autorisé par le tribunal à agir au nom et pour le compte de la corporation. Mais est-ce que ce plaignant devra intenter son action dérivée comme l'exigeait la jurisprudence avant la codification de celle-ci<sup>249</sup>?

La nouvelle loi, comme celle de la Colombie-Britannique<sup>250</sup>, n'exige pas la forme représentative contrairement à la loi ontarienne<sup>251</sup>.

Le but de la forme représentative est de lier tous les actionnaires pour ainsi empêcher d'autres actions pour les mêmes motifs. Or selon la nature même de l'action dérivée, il s'agit d'une action au nom et pour le compte de la corporation. Le mandat est accordé au plaignant par le tribunal d'agir au nom et pour le compte de la corporation. Celle-ci se trouve en réalité la véritable demanderesse. Pour prendre un exemple concret, il s'agit en somme d'une action prise par la corporation (quoique le tout s'effectue en son nom par un plaignant) contre certains administrateurs pour manquement à leur devoir de fiduciaire. Lorsque le jugement sera rendu en faveur ou contre la corporation, celle-ci se trouvera liée par la décision du tribunal puisque l'action a été prise en son nom, ce qui la constituait véritable demanderesse<sup>252</sup> et indirectement, tous les actionnaires se trouveront liés par le jugement<sup>253</sup>. En effet, si un actionnaire veut poursuivre pour le même motif, il devra lui aussi intenter l'action dérivée. Donc, il s'agira d'une action par la même corporation (mais prise par un autre actionnaire) contre les mêmes administrateurs et pour les mêmes motifs. Il pourra alors se faire opposer avec succès la règle de litispendance avant jugement et celle de la *res judicata* après jugement.

De plus, un autre motif qui aurait pu inciter à ne pas inclure la forme représentative est l'absence de cette notion en droit québécois, ce qui aurait causé de nombreuses difficultés dans cette province. La nécessité de poursuivre sous une forme représentative n'apparaît donc pas nécessaire. Pour éviter toute confusion, l'exclusion de la forme représentative semblait donc préférable. Donc le plaignant, soulagé de cette procédure supplémentaire, devra tout de même déterminer les défendeurs dans une telle action.

Il s'agit des auteurs des actes reprochés qui, habituellement, seront les administrateurs ou directeurs de la corporation. Cependant il pourrait s'agir dans certains cas d'une tierce personne. Ainsi si une personne étrangère à la corporation doit de l'argent à celle-ci qui refuse d'agir pour une raison quel-

<sup>249</sup> *Supra*, n. 100.

<sup>250</sup> *Supra*, n. 8.

<sup>251</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1).

<sup>252</sup> *Dingwall v. Mc Bean*, (1900) R.C.S. 441.

<sup>253</sup> *Stevenson v. City of Montreal et White*, (1897) 6 B.R. 107, conf. 27 R.C.S. 593.

conque, un plaignant pourrait demander la permission au tribunal de poursuivre cette personne au nom et pour le compte de la corporation. Il s'agit des défendeurs réels dans une action dérivée. Mais il se soulève un problème en rapport avec la corporation: doit-on nécessairement la joindre comme défenderesse?

L'action dérivée, avant sa codification, exigeait cette dernière condition<sup>254</sup>. La nouvelle loi de même que les deux lois provinciales ne contiennent aucune disposition à cet effet. Beck, en relation avec le rapport Lawrence, critique sévèrement cette absence et conclut à la nécessité de joindre la corporation comme défenderesse; il énonce donc<sup>255</sup>:

The derivative action is by definition maintained on behalf of the company; to ensure that the company is bound by the judgment, the statute should require the shareholders to join the company as defendant. This will be in accord with the existing law;

Le rapport Lawrence conclut dans le même sens<sup>256</sup>. Aux États-Unis, pour assurer que la corporation soit liée par le jugement et que le recouvrement lui soit versé, les tribunaux concluent à la nécessité de la joindre comme défenderesse<sup>257</sup>.

La même critique concernant l'utilisation de la forme représentative peut s'appliquer aussi dans le présent cas. Puisque c'est la corporation qui poursuit en réalité, elle se trouvera liée par le jugement, de même que le recouvrement doit lui être versé, sauf si la loi contient une disposition contraire. Cependant, les tribunaux suivront probablement la jurisprudence actuelle et continueront à exiger de joindre la corporation comme défenderesse. D'ailleurs, pour enlever tout doute, il semble préférable de la joindre comme défenderesse. Mais ceci contribuera à soulever un autre problème concernant le choix du procureur.

En effet, lorsque l'action dérivée est dirigée contre les administrateurs, le même procureur peut-il défendre leurs intérêts et ceux de la corporation? Le problème se pose uniquement lors de l'action elle-même, et non lors de la demande d'autorisation judiciaire puisque dans ce dernier cas, les administrateurs ne sont pas des défendeurs contre ladite demande. Le problème survient du fait que souvent les administrateurs pour se défendre personnellement choisiront celui que la corporation utilisait habituellement, et, par leurs fonctions, assigneront le même procureur pour représenter la corporation. Or, la corporation recherche en définitive la réparation d'un préjudice, tandis que les administrateurs tentent habituellement de démontrer l'absence dudit préjudice. Le procureur représenterait donc des intérêts opposés. Or, le règlement 55 adopté en vertu de la *loi du Barreau*<sup>258</sup> interdit à l'avocat de représenter des intérêts opposés.

<sup>254</sup> *Supra*, n. 98.

<sup>255</sup> *Op. cit.*, n. 24 p. 597.

<sup>256</sup> *Interim Report on the Select Committee on Company Law*, p. 62.

<sup>257</sup> *Derivative Sutes*, 71 Harv. L. Rev. 943 à la page 944.

<sup>258</sup> *Règlement du Barreau du Québec*, 1972 R.A.L. 9-021.

Un avocat ne peut représenter des intérêts opposés, il peut cependant agir comme arbitre. Sans limiter le sens de la présente règle, un avocat représente des intérêts opposés quand, pour le compte d'un client, il doit prétendre à quelque chose que son devoir envers un autre client lui commande de contester.

De plus, il peut avoir reçu certaines confidences des administrateurs lors de son mandat avec la corporation, ce qui crée un danger pour lui de manquer au secret professionnel contrairement au règlement 65 adopté en vertu de la *loi du Barreau*<sup>259</sup> et se lisant ainsi:

L'avocat ne peut accepter un mandat qui comporte ou peut comporter la révélation ou l'usage de renseignements et documents confidentiels obtenus d'un autre client, sans le consentement de ce dernier. Il doit mettre fin à son mandat dès qu'il découvre que la présente règle l'empêche d'exécuter pleinement son devoir envers l'un ou l'autre client.

En ce qui concerne le consentement, il semble illusoire puisque ce sont les administrateurs qui devront consentir au nom de la corporation. Il ne fait aucun doute en lisant ces deux textes, que le même procureur ne pourrait pas représenter les deux parties dans le même procès. Ainsi aux États-Unis, l'influent «Committee on Professional Ethics of the Association of the Bar of the City of New-York» dans son opinion 842 conclut qu'un conflit d'intérêt est inhérent lors d'une action dérivée sauf dans certaines circonstances particulières qu'il ne définit pas<sup>260</sup>. Malgré tout, la situation demeure confuse aux États-Unis. En principe, si le plaignant s'objecte à ce que le même avocat représente la corporation et les administrateurs fautifs, il existe d'excellentes chances que sa requête soit accordée<sup>261</sup>. Il doit cependant soulever cette objection le plus rapidement possible<sup>262</sup>. Donc, en vertu des règlements du Barreau du Québec, il apparaît donc préférable que la corporation soit défendue par un procureur indépendant. Alors, il se soulève un autre problème concernant la nomination de ce procureur.

En effet qui va le nommer? Désigner l'avocat habituel de la compagnie peut le placer dans une situation de conflit en raison du secret professionnel et de son intérêt envers les administrateurs de la compagnie. Théoriquement, ces derniers devraient le désigner, mais cela peut occasionner des problèmes. Alors, devrait-on permettre au tribunal ou aux administrateurs non impliqués dans le litige de le désigner? Si on permet au tribunal de le nommer, ne s'agit-il pas alors d'une trop grande ingérence dans les affaires internes de la corporation? Pour respecter l'esprit général de la loi, les administrateurs devraient le nommer sous réserve de l'approbation du tribunal. Le plaignant pourrait naturellement faire valoir ses motifs d'opposition.

Si on accepte cette solution, il faudrait alors prévoir des mesures permettant à ce procureur d'avoir accès aux documents de la corporation, comme certains le suggèrent aux États-Unis<sup>263</sup>. On suggère également que ce procu-

<sup>259</sup> *Règlement du Barreau du Québec*, 1972 R.A.L. 9-022.

<sup>260</sup> *Independent representation for corporate defendants in derivative suits*, (1965) 74 *Yale L.J.* 524 à la page 528.

<sup>261</sup> *Id.*, p. 527.

<sup>262</sup> *Id.*, p. 536.

<sup>263</sup> *Id.*, p. 537.

reur indépendant soumette un mémoire au tribunal et aux autres parties sur le mérite de l'action et la position à prendre pour la corporation<sup>264</sup>. Ce mémoire pourra également servir de guide aux actionnaires s'il existe une possibilité de règlement hors Cour, et à mieux évaluer le travail du procureur indépendant<sup>265</sup>.

Ainsi, une fois toutes les parties à l'action désignées, ils devront entreprendre les procédures. Mais avant, il faudrait dire quelques mots de l'article 235 (3) en vertu duquel un plaignant n'est pas tenu de fournir un cautionnement pour frais à l'occasion d'une action dérivée.

La loi ontarienne contient une disposition similaire<sup>266</sup>, mais non celle de Colombie-Britannique<sup>267</sup>. Le but de cette disposition consiste à assurer à l'actionnaire la possibilité d'intenter une action dérivée devant n'importe quel tribunal au Canada sans être obligé de fournir caution pour la sûreté des frais judiciaires<sup>268</sup>. Est-ce que cette disposition empêche l'application de l'article 65 du Code de Procédure civile?

L'article 235 (3) a pour but de réagir contre les lois corporatives qui exigent une caution pour frais judiciaires en relation avec une action dérivée dans le but d'éliminer les abus. Cet article n'exclut donc pas l'application des règles de procédure d'une province comme l'article 65 du Code de Procédure Civile. Aux États-Unis, l'effet pratique de ces lois exigeant un cautionnement fut d'empêcher la grande majorité des actionnaires d'intenter une action dérivée parce qu'ils ne pouvaient réunir les montants exigés et qu'ils avaient peur de se ruiner pour quelque chose qui leur apporterait très peu en définitive<sup>269</sup>. En somme, les conditions préalables à l'exercice de l'action dérivée constituent une protection suffisante pour empêcher les poursuites abusives. Cependant, cela ne signifie pas que le plaignant ne peut pas être condamné aux frais de l'action s'il perd son procès. Sur ce point, sa position est semblable à celle de tout individu devant les tribunaux sauf les exceptions que nous verrons ultérieurement.

Cette disposition ne constitue pas en réalité une condition d'exercice de l'action dérivée mais plutôt une absence de condition. Parmi les autres conditions d'exercice, il faut mentionner les conditions préalables à l'exercice de celle-ci. Nous les avons étudiées précédemment. Une fois ces différentes conditions respectées, le plaignant devra déterminer le tribunal compétent à recevoir cette action dérivée.

En ce qui concerne la juridiction *ratione materiae*, la loi ne détermine pas le tribunal compétent à entendre l'action. Il faut donc se référer au droit commun applicable dans chaque province. Au Québec, il faudra se référer

<sup>264</sup> *Id.*, p. 537.

<sup>265</sup> *Id.*, p. 537.

<sup>266</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (3).

<sup>267</sup> *Supra*, n. 8.

<sup>268</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 190.

<sup>269</sup> *Derivative Suits*, (1958) 71 *Harv. L. Rev.* 943 à la page 957.

aux règles de procédure déterminant la juridiction *ratione materiae* des différents tribunaux. Par exemple, après avoir obtenu de la Cour supérieure l'autorisation d'intenter une action dérivée, le plaignant devra intenter celle-ci devant la Cour provinciale si l'objet du litige est inférieur à \$3.000,00.

De même, pour la détermination de la juridiction territoriale, il faut se référer aux règles de procédure de chaque province. Au Québec, les articles 68 à 75 du Code de Procédure civile déterminent le lieu de l'introduction de l'action. Celui-ci variera selon que le plaignant, agissant pour le compte de la corporation, désirera faire valoir un droit personnel à la corporation, comme le recouvrement de dommages pour un préjudice causé à celle-ci, un droit réel comme exercer une action hypothécaire au nom de celle-ci, ou une action mixte, comprenant un droit réel et personnel. Mais dans la majorité des cas, il s'agira d'une action personnelle.

Les articles 63 et 73 mentionnent que les actions personnelles, mixtes et réelles peuvent être intentées devant le tribunal du domicile du défendeur, tandis que l'action réelle et l'action mixte peuvent également l'être devant celui du district où est situé en tout ou en partie le bien en litige. S'il y a plusieurs défendeurs, l'action peut-être portée au tribunal devant lequel l'un ou l'autre pourrait être assigné s'il s'agit d'une action personnelle ou mixte, sinon devant le tribunal du lieu où est situé l'objet en litige pour une action réelle<sup>270</sup>. Aussi, pour une action personnelle, si le défendeur ne se trouve pas domicilié dans la province, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ses biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres<sup>271</sup>. En matière personnelle, le demandeur peut également poursuivre devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance<sup>272</sup> et s'il a réuni des causes d'actions qui n'ont pas toutes pris naissance dans le même district, il peut porter sa demande devant le tribunal compétent à connaître de l'une d'elles<sup>273</sup>.

Après avoir déterminé les conditions d'exercice de l'action dérivée, nous nous attarderons maintenant aux causes de rejet de l'action dérivée. En conséquence, nous étudierons les défenses à cette action, ainsi que les dispositions entourant l'abandon des poursuites.

#### *b) Les causes de rejet de l'action dérivée.*

Sur ce problème, la nouvelle loi n'apporte pas beaucoup d'éclaircissements. Elle s'en remet aux principes généraux qui règlent les actions devant les tribunaux. Voyons donc ce qui se fait aux États-Unis. Là, il existe trois catégories de défenses à l'encontre d'une action dérivée<sup>274</sup>: première-

<sup>270</sup> Article 75 du Code de Procédure civile.

<sup>271</sup> Article 68.1 du Code de Procédure Civile.

<sup>272</sup> Article 68.2 du Code de Procédure Civile.

<sup>273</sup> Article 72 du Code de Procédure Civile.

<sup>274</sup> *Défenses in shareholders' derivative suits. Who may raise them*, 66 *Harv. L. Rev.* 342 (1952) à la page 343.

rement, les défenses conventionnelles niant le droit de recouvrement de la corporation (en plaidant par exemple qu'aucun préjudice n'a été subi), deuxièmement les défenses conventionnelles valides uniquement à l'encontre de l'actionnaire qui se plaint (par exemple, en plaidant la participation de ce dernier à l'acte reproché), et enfin, les défenses propres à l'action dérivée (par exemple, le plaignant n'a pas demandé l'autorisation du tribunal). Ces trois catégories générales couvrent toutes les défenses possibles à l'encontre d'une action. On peut appliquer les mêmes catégories à notre droit, mais avec des variantes relativement aux défenses composant chaque catégorie. Mais qui peut soulever ces défenses?

Aux États-Unis, les tribunaux n'élaborèrent pas beaucoup de distinctions sur ce point. Cependant, certains suggèrent que ce droit devrait être réservé uniquement à la personne à qui cette défense s'applique<sup>275</sup>, c'est-à-dire celle qui se trouve protégée par cette défense. En conséquence, un problème surgit relativement à la corporation.

Ainsi, en général, les tribunaux américains refusent à la corporation le droit de soulever la défense qu'elle n'a pas subi de préjudice<sup>276</sup>. Pour bien saisir ce problème, il ne faut pas oublier la position particulière de la corporation dans l'action dérivée. En effet, aux États-Unis, les tribunaux exigent de joindre la corporation comme défenderesse<sup>277</sup>. Or, celle-ci n'est pas la véritable défenderesse, mais une défenderesse nominale puisqu'elle constitue la véritable demanderesse. Alors peut-on admettre qu'elle puisse soulever n'importe quelle défense?

Dans la mesure où l'on accepte la théorie voulant qu'en vertu de la nouvelle loi, il n'est pas nécessaire de joindre la corporation comme défenderesse, le problème disparaît. Par contre, dans le cas contraire, le problème subsiste. Si la corporation se trouve représentée par des procureurs indépendants de ceux qui représentent les personnes fautives et les demandeurs, pourquoi ne serait-elle pas admise à soulever l'absence de préjudice? La meilleure solution consisterait à laisser aux tribunaux le soin d'apprécier la valeur de chaque défense, et cette solution s'appliquerait pour toutes les défenses soulevées sauf en cas de dispositions contraires de la nouvelle loi ou d'une autre loi. À l'intérieur de ces catégories générales, certaines défenses particulières à l'action dérivée méritent une plus grande attention.

Les deux premières défenses particulières sont celles de la ratification et de la prescription que nous avons étudiées précédemment. Rappelons cependant qu'en vertu de l'article 235 (1), le seul motif de la ratification ne suffit plus pour rejeter une action dérivée et que la nouvelle loi laisse au tribunal la discrétion d'en apprécier la valeur. Concernant la prescription, il semblerait que la prescription trentenaire s'applique dans le cas d'une action dérivée.

---

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>276</sup> *Slulzher v. Rieber*, 28 A., 2d. 528.

<sup>277</sup> *Defenses in shareholders' derivative suits. Who may raise them, op. cit.*, n. 274 p. 342.



L'autre défense particulière à l'action dérivée est la sanction prévue pour la non-conformité à la condition de l'autorisation préalable du tribunal avant d'intenter l'action. Relativement à un article similaire de la loi ontarienne<sup>278</sup>, deux arrêts ontariens concluent à la nécessité d'obtenir cette autorisation judiciaire avant d'intenter une action dérivée<sup>279</sup>. Cependant, on peut se demander si ce recours statuaire abroge le droit d'intenter une action dérivée en vertu de la common law. Les deux mêmes arrêts se prononcent également pour l'abrogation.

Il s'agit donc des principaux moyens de défenses à l'action dérivée. Mais celle-ci peut cesser avant le jugement en cas d'abandon des poursuites. En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable rejet de l'action dérivée, mais l'abandon des poursuites met tout de même fin à l'action dérivée. Pour cette raison, nous allons étudier cette procédure en même temps que les moyens de défense.

L'article 235 (2) exige l'approbation de la Cour pour abandonner une poursuite et qu'un avis soit donné au plaignant dont les intérêts peuvent être sérieusement atteints par cet abandon des poursuites. Les lois de l'Ontario<sup>280</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>281</sup> contiennent des dispositions semblables. Cet article vise à éliminer les règlements privés pour des actions intentées de mauvaise foi uniquement dans le but de nuire et à éliminer les règlements collusoires pour des actions prises de bonne foi<sup>282</sup>. Cependant, dans la mesure où le plaignant peut abandonner les poursuites avant le jugement sur la demande d'autorisation judiciaire sans la permission du tribunal, on peut se demander si cet article va parvenir à atteindre complètement ses objectifs. Il existe une lacune qui pourrait conduire à de nombreux abus.

Il faut également remarquer dans cet article l'influence implicite du mandat judiciaire. En effet, c'est le tribunal qui a accordé au plaignant le mandat de prendre une action au nom et pour le compte de la corporation, et il revient à ce dernier, et non au plaignant de décider d'abandonner ou non les poursuites. Le plaignant ne constitue que l'exécutant du mandat attribué par le tribunal.

Aux États-Unis, les tribunaux prennent en considération ce que la corporation pourrait possiblement recouvrer en comparaison avec le montant proposé pour régler, les chances de victoire du plaignant et la solvabilité des défendeurs<sup>283</sup>.

Cependant, des problèmes se soulèvent relativement au moment où peut s'effectuer un règlement hors cour. La nécessité d'obtenir l'autorisation du

<sup>278</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (1).

<sup>279</sup> *Farnham v. Fingold*; et *Goldex Mines Ltd. v. Revill*, *supra*, n. 136.

<sup>280</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (6).

<sup>281</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (6).

<sup>282</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1 p. 190.

<sup>283</sup> *Cohen v. Young*, 127 F 2 d. 721 (6th Cir 1942); *Fielding v. Allen*, 99 F. Spp. 137 (S.D.N.Y. 1951); *Piccard v. Sperry Corp*, 36 F Supp. 1006 confirmé 120 F 2d. 328 (2d Cir 1940).

tribunal s'avère nécessaire à toute étape du procès, avant le prononcé du jugement. Mais qu'arrivera-t-il entre le prononcé du jugement sur la demande d'autorisation judiciaire et le moment où l'action dérivée est prise?

Nous avons vu précédemment qu'avant le prononcé du jugement sur la demande d'autorisation judiciaire, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'autorisation judiciaire du tribunal pour abandonner les poursuites. Cependant une fois accordé ce mandat judiciaire, le plaignant n'a plus de choix possible. Il doit intenter cette action. Et comme il est investi de ce mandat judiciaire, il ne peut abandonner les poursuites ou régler hors cour avant de prendre l'action sans la permission du tribunal qui lui octroya ce mandat. Agir autrement serait ne pas respecter le mandat judiciaire qui consiste justement à prendre cette action dérivée. Donc entre le prononcé du jugement sur la demande d'autorisation judiciaire et la prise effective de l'action dérivée, la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal s'applique également.

L'autorisation judiciaire est-elle également nécessaire entre le prononcé du jugement sur l'action dérivée et le moment où le jugement devient final, c'est-à-dire après l'expiration du délai d'appel? Vu que le jugement n'est pas encore définitif, nous croirions qu'il faudrait obtenir l'autorisation du tribunal pour faire un règlement hors cour. En effet, le mandat judiciaire ne prend pas fin lors du prononcé du jugement puisque s'il y avait un appel de formé, le mandat continuerait de s'appliquer. Mais faut-il alors obtenir l'autorisation du tribunal de première instance ou du tribunal d'appel? L'article 235 (2) réfère par le jeu de l'article 2 (1) à la Cour supérieure. Cependant, la décision de cette dernière pourrait être sujette à appel. La difficulté s'accroît lorsqu'il s'agit de déterminer si l'article 235 (2) continue à s'appliquer après que le jugement soit devenu final.

Si les parties veulent alors faire un règlement, doivent-elles obtenir la permission du tribunal? Rien dans la nouvelle loi ne l'exige. L'article 235 (2) vise l'action elle-même. Or, dans le présent cas, l'action est terminée, un jugement final a été rendu, mais les parties passent un règlement pour résoudre le problème et n'exécuteront pas le jugement. Cependant, ce règlement peut parfois être à nouveau préjudiciable à la corporation, et donner alors ouverture à une autre action dérivée, intentée par des actionnaires différents pour remettre en question ce règlement. Bien qu'il serait préférable que l'autorisation du tribunal soit nécessaire, quoique la loi ne l'exige pas expressément, il ne semble donc pas nécessaire d'obtenir cette autorisation. On pourrait peut-être essayer d'argumenter que le mandat judiciaire ne se termine qu'une fois exécuté le jugement sur l'action dérivée, mais cela nous semble pousser un peu trop loin cette théorie du mandat judiciaire. Mais est-ce que le règlement intervenant lors de l'action liera tous les actionnaires?

Comme l'action est prise au nom et pour le compte de la corporation, le règlement hors cour liera tous les actionnaires. Cela est à nouveau conforme à cette théorie du mandat judiciaire. Les actes posés par le mandataire dans l'exécution de son mandat lie le mandat, même si le mandat a été donné par le tribunal. Il reviendra en conséquence au tribunal, qui a accordé ce mandat

judiciaire, d'en examiner les modalités et, si nécessaire, de suggérer des modifications qui s'imposent pour le rendre acceptable. Par contre, le règlement intervenant après le jugement final, même accepté par la majorité des actionnaires, n'aura pas obtenu en principe la sanction du tribunal pour le rendre opposable à tous. Et si ce règlement préjudiciait à nouveau à la corporation, une nouvelle action dérivée pourrait être prise par un opposant de ce règlement. Enfin, après cette étude des différentes causes de rejet de l'action, il faut maintenant s'attarder au déroulement ultime du procès, le jugement.

*c) Les jugements.*

Selon l'article 233, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime à propos. Il s'agit du principe général. Par la suite cet article mentionne différentes ordonnances possibles et non limitatives.

L'article 233 spécifie quatre ordonnances possibles que le tribunal peut rendre. Elles sont les suivantes:

- a) autoriser le plaignant ou toute autre personne à assurer la conduite de l'action;
- b) donner des instructions pour la conduite de l'action;
- c) exiger que toute somme adjugée qu'un défendeur à l'action doit verser le soit, en tout ou en partie, directement aux détenteurs de valeurs mobilières anciens et actuels de la corporation ou de sa filiale au lieu de l'être à cette corporation ou à la filiale de celle-ci;
- d) ordonner à la corporation ou à sa filiale de payer les honoraires légaux qu'a raisonnablement engagés le plaignant à l'occasion de l'action.

Les deux premiers paragraphes visent à éviter la multiplicité des actions<sup>284</sup>. Ainsi, si plusieurs plaignants intentaient en même temps des actions dérivées, la Cour pourrait ordonner que la conduite de l'action soit assurée par un seul plaignant au nom et pour le compte de la corporation, et la décision de la Cour lierait également les autres plaignants. À ce moment, la Cour pourrait également ordonner au directeur de prendre en main la conduite de l'action<sup>285</sup>. De plus, les défendeurs pourraient toujours soulever litispendance comme moyen de non-recevabilité à l'action.

Le paragraphe *c* énumère la disposition la plus importante de cet article. En principe, comme le plaignant agit au nom de la corporation, le recouvrement reviendrait de droit à cette dernière. Cependant, ce paragraphe permet au tribunal d'ordonner que le recouvrement soit perçu directement par les actionnaires anciens ou actuels de la corporation.

<sup>284</sup> *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, p. 183.

<sup>285</sup> Le directeur est le fonctionnaire nommé par le ministre en vertu de l'article 253, et constitue un plaignant selon l'article 231.

Aux États-Unis, les tribunaux autorisent cette distribution au prorata des actionnaires dans le but de faciliter la distribution de fonds lorsqu'il y a liquidation ou vente des actifs de la corporation<sup>286</sup>, s'il n'y a pas de créanciers ayant droit à ce recouvrement. Également, les tribunaux l'admettent lorsque les personnes fautives contrôlent toujours la corporation et que les plaignants peuvent démontrer à l'aide de la conduite négligente des administrateurs dans le passé, qu'il existe un danger sérieux que le recouvrement disparaisse entre leurs mains<sup>287</sup>.

Cependant, une situation plus sérieuse et controversée existe dans le célèbre arrêt américain *Perlman v. Feldman*<sup>288</sup> où l'ordonnance empêcha les actionnaires fautifs, qui participèrent ou acquiescèrent aux actes reprochés, de partager indirectement le recouvrement en leur qualité d'actionnaire. Dans cette cause, les actionnaires majoritaires vendirent leurs actions à un prix supérieur à ce qu'ils auraient reçu si les acheteurs n'avaient pas eu un intérêt ultérieur à acquérir le contrôle. Les actionnaires minoritaires intentèrent à la suite une action dérivée contre ceux-ci pour recouvrer la différence et le tribunal accorda une distribution au prorata aux demandeurs, alors que si le recouvrement avait été remis à la corporation, ceci aurait permis aux actionnaires fautifs de reprendre indirectement une partie de ce montant.

Comme le signale Beck, les tribunaux avaient le choix, soit d'accorder aux actionnaires fautifs un bénéfice injustifié, soit de permettre aux défendeurs de conserver un montant d'argent auquel ils n'avaient pas droit<sup>289</sup>.

En vertu du paragraphe *c* de l'article 233, un tel jugement ne causerait plus aucun problème juridique pour une compagnie fédérale, puisque cette disposition autorise la Cour à rendre une telle ordonnance pleinement justifiable sur le plan de l'équité. En ce faisant, le législateur évite ainsi de choisir entre un principe juridique et l'équité.

Les lois de l'Ontario<sup>290</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>291</sup> ne contiennent pas de dispositions semblables. Il s'agit encore une fois d'une lacune importante dans les lois provinciales à corriger rapidement. Théoriquement, comme l'action est prise au nom de la corporation, celle-ci uniquement devrait bénéficier du recouvrement. Cette lacune pourrait parfois permettre aux mauvaises personnes de bénéficier de ce recours, à moins que les tribunaux canadiens adoptent la même attitude que ceux des États-Unis dans l'affaire *Perlman v. Feldman*<sup>292</sup>, ce qui ne serait pas justifiable juridiquement.

Enfin, le dernier alinéa accorde au tribunal le droit d'ordonner à la corporation ou à sa filiale de payer les honoraires légaux qu'a raisonnablement

<sup>286</sup> *May v. Midwest Refining Co.*, 121 F. 2d. 431, 314 U.S. 668 (1941) *Sale v. Ambler*, 6 A 2d. 519 (1939).

<sup>287</sup> *Eaton v. Robinson*, 31 Atl 1058 (1895).

<sup>288</sup> 219 F 2d. 173 (1957).

<sup>289</sup> *Op. cit.*, n. 12 p. 206.

<sup>290</sup> *Supra*, n. 7.

<sup>291</sup> *Supra*, n. 8.

<sup>292</sup> *Supra*, n. 285.

engagés le plaignant à l'occasion de l'action. Les lois de l'Ontario<sup>293</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>294</sup> contiennent des dispositions semblables, quoique plus détaillées. Elles précisent qu'il s'agit de frais équivalents à ceux qu'un avocat peut réclamer à son client. Il s'agit donc en somme non seulement des frais judiciaires, mais également des frais extra-judiciaires. La loi de la Colombie-Britannique<sup>295</sup> admet également le postulat inverse selon lequel ceux-ci peuvent aussi être payables à la corporation ou aux directeurs de la corporation. Cette dernière disposition peut contribuer à diminuer les poursuites abusives et harassantes envers les administrateurs, mais elle peut également effrayer certains actionnaires lorsque viendra le temps d'intenter une action dérivée. Ce dernier effet n'est pas celui désiré par cette disposition. Mais il ne s'agit pas des seules dispositions de la nouvelle loi touchant les frais de l'action.

En effet, il faut rappeler que la Cour lors de la prise de l'action dérivée peut ordonner à la corporation de verser au plaignant des frais provisoires, comprenant également des honoraires légaux et des déboursés; mais celui-ci se trouve comptable de ces dits frais seulement lors de l'adjudication définitive de l'action<sup>296</sup>. Les lois de l'Ontario<sup>297</sup> et de la Colombie-Britannique<sup>298</sup> contiennent des dispositions analogues. L'argent constitue souvent un empêchement majeur à l'utilisation d'une telle action, et une disposition semblable s'avère indispensable si on veut que l'action dérivée puisse effectivement servir en pratique.

### CONCLUSION

Donc, avant d'entreprendre une action dérivée, l'avocat prudent devra analyser les actes reprochés pour déterminer le recours approprié et voir si d'autres recours moins complexes que l'action dérivée, comme l'action personnelle, ne peuvent pas s'appliquer à la place de celle-ci. Or, malgré une récente interprétation plus favorable des tribunaux de la théorie de Beck, on ne peut considérer le problème comme réglé et il est préférable d'observer une certaine prudence dans ce domaine. Cependant, malgré sa complexité, l'action dérivée prévue par la nouvelle loi s'avère supérieure aux recours prévus par d'autres législations provinciales semblables<sup>299</sup>.

Cette supériorité découle principalement de trois raisons: premièrement, son domaine d'application plus large; deuxièmement, ses dispositions visant à atténuer le principe de la ratification des actes reprochés par l'assemblée des actionnaires; et enfin, la possibilité d'un recouvrement direct par certains ac-

---

<sup>293</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (5) qui s'applique à tous les jugements sauf celui rejetant l'action avec dépens.

<sup>294</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (5).

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> Article 235 (4).

<sup>297</sup> *Supra*, n. 7 article 99 (4).

<sup>298</sup> *Supra*, n. 8 article 222 (4) b.

<sup>299</sup> Voir n. 7 et 8.

tionnaires. Mais en quoi consiste les changements majeurs apportés par la nouvelle loi comparativement à l'ancien recours?

La principale amélioration provient du fait que l'action dérivée ne se limite plus maintenant uniquement aux cas de fraude envers la minorité et aux actes *ultra vires*. La nouvelle loi laisse le soin aux tribunaux de déterminer les circonstances donnant ouverture à l'action dérivée en considérant l'intention du législateur qui visait à abolir les effets injustes de l'arrêt *Foss v. Harbottle*<sup>300</sup>. Le législateur a préféré cette formule plutôt que de déterminer et limiter les cas d'ouverture à l'action dérivée. Il s'agit d'une sage décision mais qui comporte le danger de voir les tribunaux limiter la portée de l'action dérivée en se basant sur l'ancienne jurisprudence.

L'autre grande amélioration, qui devrait élargir considérablement les cas d'ouverture à l'action dérivée, découle de l'appréciation discrétionnaire laissée aux tribunaux de la ratification par l'assemblée des actionnaires des actes reprochés aux administrateurs. Cette nouvelle disposition contribue énormément à diminuer certains effets injustes de la règle de la majorité. La nouvelle loi empêche les tribunaux de s'en remettre à cette règle pour refuser d'intervenir dans les affaires internes de la compagnie. Ces deux principaux changements, bien secondés par d'autres changements moins importants mais très utiles, contribuent fortement à améliorer l'action dérivée par rapport à l'ancien régime.

Cependant, il existe également des faiblesses, la principale étant la difficulté de choisir le recours approprié. Cette difficulté existait également sous l'ancien régime, mais la nouvelle loi a amplifié le problème en plus d'en rendre les conséquences déterminantes pour le succès de l'action. Il subsiste encore des doutes relativement à certains principes adoptés par la jurisprudence comme la nécessité d'intenter l'action sous une forme représentative et celle de joindre la corporation comme défenderesse. Il faudra que les tribunaux clarifient la situation. Enfin, la possibilité d'abandonner les poursuites sans permission du tribunal avant le jugement sur la demande d'autorisation judiciaire peut conduire à des abus et à du chantage. Mais la situation est-elle la même en droit québécois?

La nouvelle loi apporte une amélioration sensible à la situation qui prévalait en droit québécois pour les mêmes motifs énumérés précédemment. Malgré l'abondance des recours, ceux-ci ne semblaient pas plus efficaces que ceux qui existaient en droit anglais et canadien. Cependant, un doute sérieux subsiste relativement à l'application de l'article 33 du Code de Procédure civile pour les corporations incorporées au fédéral. Cependant, pour les corporations à charte québécoise, la même situation continue à prévaloir. Il apparaît urgent pour le législateur québécois d'adopter des dispositions analogues à celles de la loi fédérale. Mais dans le domaine corporatif, le législateur québécois semble souvent préférer la politique du «laisser-faire» ce qui, le

---

<sup>300</sup> *Supra*, n. 4.

plus souvent, favorise la fraude et crée une situation de crainte et d'incertitude parmi les actionnaires québécois et décourage souvent les futurs actionnaires.

Donc, on peut conclure que ces nouvelles dispositions contribuent considérablement à améliorer le sort des actionnaires minoritaires. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'ils demeurent toujours des actionnaires minoritaires et doivent endurer les inconvénients de cette situation. S'il faut les protéger, d'un autre côté, il ne faut pas non plus leur accorder le contrôle de la compagnie.