

# Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : le droit des entreprises

Nabil N. Antaki

Volume 21, Number 2, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042383ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042383ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Antaki, N. N. (1980). Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : le droit des entreprises. *Les Cahiers de droit*, 21(2), 231–256. <https://doi.org/10.7202/042383ar>

Article abstract

This paper attempts to survey the present state of the law and current trends in legal literature as regards the concept of enterprise in Quebec law.

The legal concept of enterprise does not carry the same meaning for all legal scholars in Quebec. A more traditional group restricts it to cases where some type of legal entity is created as a subject of rights and liabilities. A modernist group is prepared to give legal recognition to the enterprise as the basic economic unit, having rights and duties on a broad societal scale. This latter approach, closer to the realities of economics, is obviously followed in federal and Quebec legislation, whether protective or interventionist, with the result that conflicting definitions of the enterprise have been used for many different purposes.

Through an increasing body of published writings, Quebec legal scholars have been contributing to the rationalization and harmonization of commercial law in relation to the concept of enterprise. Judicial adherence to traditional views has sometimes prevented or slowed down the implementation of rules suggested by scholars. In some cases, though, bold judicial pronouncements have met with unqualified approval from the writers. In certain areas, administrative bodies such as regulatory agencies have clearly outdone the regular courts at creative and effective law-making.

In spite of shortcomings on the part of legal writers, legislators and judges, a concept of enterprise is gradually emerging as the key element in the development of a more realistic system of commercial law.

# Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : le droit des entreprises

---

Nabil N. ANTAKI \*

*This paper attempts to survey the present state of the law and current trends in legal literature as regards the concept of enterprise in Quebec law.*

*The legal concept of enterprise does not carry the same meaning for all legal scholars in Quebec. A more traditional group restricts it to cases where some type of legal entity is created as a subject of rights and liabilities. A modernist group is prepared to give legal recognition to the enterprise as the basic economic unit, having rights and duties on a broad societal scale. This latter approach, closer to the realities of economics, is obviously followed in federal and Quebec legislation, whether protective or interventionist, with the result that conflicting definitions of the enterprise have been used for many different purposes.*

*Through an increasing body of published writings, Quebec legal scholars have been contributing to the rationalization and harmonization of commercial law in relation to the concept of enterprise. Judicial adherence to traditional views has sometimes prevented or slowed down the implementation of rules suggested by scholars. In some cases, though, bold judicial pronouncements have met with unqualified approval from the writers. In certain areas, administrative bodies such as regulatory agencies have clearly outdone the regular courts at creative and effective law-making.*

*In spite of shortcomings on the part of legal writers, legislators and judges, a concept of enterprise is gradually emerging as the key element in the development of a more realistic system of commercial law.*

---

	Pages
<b>Introduction</b> .....	232
<b>1. Le concept d'entreprise en droit québécois</b> .....	234
1.1. L'entité juridique .....	234
1.1.1. Les conformistes .....	235
1.1.2. Les réformistes .....	237

---

\* Professeur titulaire à l'Université Laval, Conseiller en loi du Barreau du Québec.

1.2. L'entité économique .....	240
1.2.1. Les mesures de protection .....	240
1.2.2. Les mesures d'intervention .....	242
<b>2. La doctrine juridique et l'entreprise</b> .....	<b>245</b>
2.1. La doctrine préparatoire .....	247
2.2. La doctrine correctrice .....	248
2.3. La doctrine évolutive .....	251
2.3.1. La cure de rajeunissement .....	252
2.3.2. La prospective .....	254
<b>Conclusion</b> .....	<b>256</b>

---

## Introduction

1. Dans une allocution remarquée aux fêtes du centenaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le Doyen Vedel a rappelé que le droit est tantôt en retard sur la société, tantôt en avance et bien rarement à l'heure de celle-ci<sup>1</sup>. Après avoir apporté les nuances nécessaires à cette constatation, il a ajouté que c'était avec un malaise intellectuel d'un homme entre deux mondes que doit vivre et penser le juriste. Ce malaise est chronique chez le juriste mais il devient particulièrement inconfortable pour celui qui s'intéresse au droit des affaires. Si ce juriste a le malheur d'être formé à l'école cartésienne, le malaise se transforme en supplice dès qu'il aborde la notion d'entreprise et qu'il essaie, par déformation, de la faire tenir dans les moules rigides des catégories juridiques traditionnelles. À ce niveau, le divorce entre les catégories juridiques et la réalité économique semble, à prime abord, complet.

2. Les entreprises existent. Personne ne penserait nier cette évidence. Elles nous entourent et nous imposent un mode de vie et de pensée et leur gigantisme favorise l'acculturation, le rapprochement entre les peuples ou l'évolution technique selon l'idéologie qu'on épouse. Leur publicité envahit notre foyer et viole notre intimité. Leurs succès nous inquiètent et nous ressentons leurs déboires. Personne ne penserait nier davantage l'existence d'un droit de l'entreprise. La naissance même de l'entreprise est soumise à une multiplicité de lois et de règlements. Tous les aspects de son existence le sont aussi et il en est de même de toutes ses activités.

3. Malgré tout, les juristes se sentent incapables de définir l'entreprise et encore moins de maîtriser sa structure juridique. En 1947, l'Association Henri Capitant consacrait ses Journées du Luxembourg à la « Notion juridique de l'entreprise »<sup>2</sup>. À cette occasion, d'éminents juristes ont constaté l'importance de cette notion qui n'était plus nouvelle et ont unanimement

---

1. G. VEDEL, « Le droit vit-il à l'heure de la société? », (1978) 13 *R.J.T.*, 234.

2. Association Henri Capitant, Luxembourg, 1947; notamment le rapport de P. Durand.

convenu de la nécessité d'y réfléchir davantage. En 1980, plus de trente ans plus tard, l'Association a consacré une partie de ses Journées de Florence sur le thème « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges » au droit de l'entreprise. De nouveau, les différents rapporteurs nationaux ne manquèrent pas de souligner la difficulté qu'ils éprouvent à cerner le contenu juridique de cette notion essentiellement économique et utilitaire. Nous faisons partie du nombre.

4. La difficulté éprouvée à conceptualiser l'entreprise nous semble résider dans le fait que tous les juristes ne posent pas le débat au même niveau. Les uns le posent au niveau de la personnalité juridique de l'entreprise. Ils se divisent en deux groupes : les conformistes et les réformistes. Les autres mènent le débat au niveau de l'activité économique, indépendamment de la structure juridique. Ils définissent l'entreprise comme étant la mise en œuvre de moyens de production dans une organisation permanente planifiée et fondée sur une installation matérielle<sup>3</sup>. Il nous semble qu'il y a moyen de concilier les deux approches, même si dans l'état actuel des choses, toute systématisation paraît encore prématurée.

5. Le droit de l'entreprise pouvant comprendre, selon la perception des auteurs, plus ou moins l'ensemble des matières juridiques, il nous est apparu impératif de limiter nos exemples au droit commercial traditionnel<sup>4</sup>. Nous n'insisterons pas sur des secteurs aussi importants que les subventions gouvernementales et l'aide aux entreprises en croissance ou en difficultés financières ni sur la protection de l'entreprise contre les interventions de l'État dans sa localisation et sa transplantation ou de sa nationalisation. Ces sujets sont malheureusement boudés par les juristes d'affaires et se trouvent être l'apanage des publicistes, sinon des économistes et politicologues, même lorsque la collaboration interdisciplinaire aurait été féconde. Notre approche sélective s'explique aussi par le fait que la juridiction législative est souvent double dans ce domaine et que ce secteur du droit s'inspire autant du droit des autres provinces que de celui de la France, de l'Angleterre et des États-Unis.

6. Cet article est peu prétentieux. Faute de pouvoir apporter une réponse valable aux interrogations multiples qui entourent le droit de l'entreprise, il se borne à poser les jalons d'une réflexion en espérant qu'elle pourra servir de point de départ à une étude plus poussée, qui demeure nécessaire. Dans une première partie, nous allons essayer de situer l'entreprise dans le droit du Québec. Dans une deuxième partie nous tenterons de montrer le rôle joué par la doctrine juridique québécoise dans le domaine de l'entreprise.

---

3. *Id.*, p. 49.

4. Les exemples utilisés dans le texte visent uniquement à illustrer l'exposé. Il est évident aussi que les références légales, jurisprudentielles ou doctrinales ne sont aucunement exhaustives.

## 1. Le concept d'entreprise en droit québécois

7. La multiplicité et la flexibilité des techniques juridiques disponibles en droit québécois pour l'organisation des entreprises sont impressionnantes. Elles permettent pratiquement des constructions sur mesures pour répondre à toutes les exigences de l'industrie et du commerce modernes. Mais ces facilités donnent lieu, par ailleurs, au développement de techniques législatives et jurisprudentielles sophistiquées visant à limiter les risques de l'utilisation abusive des moyens juridiques disponibles et permettant au législateur d'atteindre son but d'intervention sociale et économique.

### 1.1. L'entité juridique

8. Dans la plupart des cas, l'identification de l'entreprise ne pose aucun problème pratique. Notre droit est souple et permet le plus souvent à l'homme d'affaires de choisir l'organisation juridique qui correspond à ses besoins les plus exigeants.

9. Une personne physique peut choisir d'avoir une entreprise unique ou de multiplier à l'infini ses entreprises par le jeu des raisons sociales. Ceci ne porte pas atteinte, en principe, à l'unité de son patrimoine. Celui-ci est cependant atteint en pratique par le jeu des garanties conventionnelles ou légales, comme les dispositions relatives à la vente en bloc<sup>5</sup>. Une personne physique peut aussi choisir de limiter sa responsabilité en constituant une compagnie dont elle est également le seul actionnaire<sup>6</sup>. Elle peut, en multipliant des compagnies, cloisonner à l'infini sa responsabilité et émietter sans borne son patrimoine supposément unique.

10. La flexibilité de nos techniques juridiques est plus admirable encore. Il n'y a pratiquement aucune limite à la possibilité de créer des filiales communes et des sociétés de sociétés<sup>7</sup>. Encore plus, le métissage est possible. Ainsi on pourrait avoir une société entre une personne physique et une personne morale, une société de compagnies ou une compagnie de sociétés<sup>8</sup>. Rien n'interdit non plus à une corporation à but lucratif de se limiter à des activités où le profit n'est pas poursuivi en tant que tel et de se contenter de réaliser, pour d'autres entités, un manque à dépenser. Il est même possible que cette limite volontaire soit légale dans le cas d'une société commerciale<sup>9</sup>.

5. Art. 1569a C.C.

6. *Loi modifiant la Loi des compagnies*, L.Q. 1979, c. 31.

7. Y. DEMERS, « Les sociétés », *Cours de la Chambre des notaires du Québec*, 1980, p. 149-150; J. SMITH, *Cours de droit commercial*, Centre d'édition juridique, Montréal 1979, T. 1, 109; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., P.U.L., Québec, 1975, p. 96.

8. *Ibid.*

9. A. PERREAULT, *Traité de droit commercial*, éd. Albert Lévesque, Montréal, 1936, T. 2, p. 393-394.

Finalement, rappelons qu'en plus de pouvoir, selon les besoins, constituer des compagnies dans chacune des provinces et même d'en incorporer au fédéral, il est loisible aux intéressés de faire affaires dans plusieurs provinces par le biais d'une corporation provinciale, comme il est possible de limiter les activités d'une compagnie fédérale aux limites d'un quartier et même d'un bureau. La plupart des compagnies peuvent même changer de nationalité en suivant une procédure plutôt simple<sup>10</sup>.

11. Les possibilités de modification de structure de capital, de fusions et même d'abandon du statut de compagnie publique en faveur d'un retour au statut d'une compagnie privée sont aussi nombreuses<sup>11</sup>.

12. Cette flexibilité se retrouve aussi au niveau contractuel. Les ententes, les *joint ventures*, les contrats de distribution exclusive<sup>12</sup>, les franchises<sup>13</sup>, les concessions et bien d'autres accords d'intégration économique ou de simple collaboration sont courants.

### 1.1.1. Les conformistes

13. Cette panoplie de techniques juridiques, favorisées il faut bien l'admettre, par le dogme de la personnalité morale indépendante proclamé par *Salomon v. Salomon*<sup>14</sup>, fait douter de la légitimité de toute approche différente. Perrault s'est révolté contre la théorie de l'« entreprise-institution », tout en confondant, croyons-nous, les notions d'entreprise et d'institution. Il a expliqué sa position dans les termes suivants :

La théorie de l'institution est nouvelle. N'est-on pas en train d'en exagérer la portée ?

L'on désigne, d'ordinaire, par ce terme un organisme constitué pour atteindre un but. Cette notion est-elle nécessaire ? Dans toute société humaine, il y a des sujets de droits et d'obligations. Notre législation québécoise en reconnaît deux : les personnes physiques ou les individus, et les personnes morales, corporations, compagnies à fonds social, sociétés commerciales, art. 352 C.C.

Cette classification est suffisante. L'on reconnaît que les institutions s'appuient sur des groupements de personnes. Pour les fins du Droit, ces personnes se présentent individuellement, comme sujets de droits et d'obligations, ou comme un tout, une corporation, une personne morale, qui, par fiction de la loi, est assimilée aux personnes physiques.

Certains juristes prétendent que la théorie de l'institution est une tentative d'élucider la question du sujet du droit (Georges Renard, *La théorie de l'Institution*, p. 5). Ne

10. *Loi des sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33, art. 181, 182.

11. R. ALAIN, « Le droit des valeurs mobilières et le retour des compagnies publiques au statut de compagnie privée », (1979) 20 *C. de D.*, 593.

12. C. SAMSON, « Le contrat de concession commerciale et le libre marché », (1980) 21 *C. de D.*, n° 3 et 4 (sous presse).

13. I. BERLINSKI, « Franchising in the United States and Canada », (1978) 13 *R.J.T.*, 543.

14. [1897] A.C. 22.

cherchent-ils pas plutôt à l'embrouiller? Ils ne réussissent pas à la distinguer clairement de la personnalité morale. Et celle-ci représente, non pas seulement une fiction, mais une réalité. Que notre législation québécoise soit susceptible sur ce point d'être perfectionnée, je ne le conteste pas. Mais pour cela nul besoin d'obscurcir les idées juridiques avec cette notion d'« institution », incomplètement définie, inventée par des juristes en mal de nouveauté.

Sujets de droits et d'obligations, personnes physiques, ou personnes morales, c'est-à-dire, groupement d'un certain nombre de personnes physiques que l'autorité publique et compétente reconnu, pour fins pratiques, comme un *tout*, une corporation devenant, sous son nom corporatif, un sujet de droits et d'obligations, une « entité » traitée comme un individu humain : cette conception du *droit* et des *droits* suffit.<sup>15</sup>

14. Ce scepticisme est partagé par d'autres. En voici une expression récente :

Il n'existe pas au Québec, à proprement parler, de droit des entreprises. Bien que la notion d'entreprise commence à être utilisée au Québec, elle demeure difficile à saisir. La raison est probablement que cette notion ne peut s'appréhender qu'indirectement. L'entreprise en droit québécois ne constitue pas une entité distincte de la personne physique ou morale qui en est propriétaire. Elle n'est que le reflet d'autres institutions juridiques à vocation lucrative, comme la société ou la Corporation commerciale, ou encore, qu'un terme générique qui les réunit toutes. L'entreprise n'a pas d'autonomie juridique dans l'état actuel de notre droit positif, mais elle est peut-être le signe avant-coureur qui annonce une transformation fondamentale du droit québécois sur cette question.<sup>16</sup>

Le professeur Alain Prujiner a bien illustré la difficulté d'utiliser le concept d'entreprise par le législateur. Il l'a fait en étudiant la *Charte de la langue française*<sup>17</sup>. Il trouvait cette technique à la fois dangereuse et surprenante<sup>18</sup>.

15. A. PERREault, *supra*, note 9, p. 617.

16. J. SMITH, *supra*, note 7, avant-propos.

17. *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11.

18. A. PRUJINER, « La *Charte de la langue française* », (1978) 19 C. de D., 529 à la page 531 : « Cependant la terminologie est particulièrement délicate en droit, puisque celui-ci utilise les mots comme instruments. La manipulation des termes doit donc s'entourer de certaines précautions, en particulier pour prévenir tout glissement sémantique affectant le fond du droit. C'est cet aspect qui semble parfois défectueux dans la *Charte de la langue française*. Pour nous en tenir à un seul exemple, il y est parfois question des "entreprises". Il s'agit là d'un terme non défini, donc sans contenu précis, en droit québécois. (...) Il est surprenant d'y trouver une entreprise qui ne serait pas une personne physique ou morale, donc sans personnalité juridique au sens traditionnel. L'absence de lien avec les catégories juridiques habituelles entraîne le risque de nombreuses difficultés. Par exemple, qui possèdera le certificat de francisation? Qui pourrait être condamné à une amende? etc... Or, il s'agit d'un concept fondamental dans le cadre de la Charte. »

### 1.1.2. Les réformistes

15. L'évolution juridique se traduit parfois par un regroupement original de concepts anciens amenant une modification profonde des valeurs sociales ainsi que des rôles respectifs du citoyen et de l'État. Vue sous cet éclairage, la matière commerciale a été l'objet de plusieurs vagues successives même si, comme c'est le cas dans tout mouvement d'idées, il est impossible de les distinguer avec certitude. Après le droit des commerçants et des actes de commerce, le monde a connu le droit économique de direction et le droit économique de protection<sup>19</sup>.

Le concept d'entreprise est le thème de droit économique qui a connu le plus de succès. Paradoxalement, dans le dernier état du droit, l'entreprise est essentiellement le stade suprême des personnes morales à objet économique<sup>20</sup>. Le président Claude Champaud représente bien cette tendance. Il place cette notion ancienne dans une perspective d'évolution et dans le sillon des civilisations<sup>21</sup>. Du coup, il l'illumine d'un jour nouveau. Pour lui, l'entreprise est la cellule économique de base de la civilisation industrielle. Elle n'est plus objet de droit, mais sujet de droit. Créancière et débitrice au même titre que l'individu, elle existe indépendamment de ses composantes et entretient des relations avec son environnement et l'État. Ses droits et ses obligations sont à la mesure de son importance économique.

16. Ces notions nous sont familières. Nous reconnaissons en elles la théorie de la personnalité morale indépendante, chère à ceux que nous avons baptisés les conformistes<sup>22</sup>. Cependant, l'éclairage nouveau permet de pousser les conséquences de cette théorie à des limites idéologiques nouvelles. Il suffit d'illustrer cette approche par deux exemples.

17. Il est généralement admis que les actionnaires sont libres de voter aux assemblées générales dans le sens qui convient le mieux à leurs aspirations égoïstes tandis que les administrateurs doivent nécessairement privilégier l'intérêt de l'ensemble de la compagnie<sup>23</sup>. Les tendances les plus contemporaines de ce droit ont raffiné les principes afin d'imposer aux actionnaires majoritaires détenant le contrôle de la compagnie le respect,

19. G. FARJAT, *L'Ordre public économique*, L.G.D.J., Paris, 1963, et *Droit économique*, P.U.F., Paris, 1971. Cf. aussi Groupe de recherche en droit professionnel, *Étude préliminaire sur la notion contemporaine de Protection du public*, dactylographié, Faculté de droit, Université Laval, février 1980; notamment les pages 1 à 36.

20. G. FARJAT, *L'Ordre public économique*, *supra*, note 19, p. 91.

21. Cl. CHAMPAUD, « L'entreprise dans la société économique », conférence prononcée le 5 juin 1974 devant l'Assemblée départementale du C.N.P.F., section d'Ille et Vilaine, *Humanisme et Entreprise*. L'ensemble des idées de cette tendance est emprunté à ce texte de M. Champaud.

22. Ces propos sont identiques à ceux de Perrault, reproduits au par. 13, *supra*.

23. *Ringuet v. Bergeron*, [1960] R.C.S. 672.



autant que faire se peut, des intérêts de la minorité<sup>24</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'intérêt de la compagnie demeure, dans tous les cas, assimilé à l'intérêt du capital. Les actionnaires, et les administrateurs qu'ils élisent, n'ont aucune obligation dans notre système juridique envers les travailleurs, à part évidemment l'obligation de respecter les lois et les conventions collectives<sup>25</sup>. Les travailleurs tentent d'améliorer leur statut par la négociation périodique de leur contrat de travail, mais ils demeurent exclus des structures décisionnelles de la compagnie. En principe, le conseil d'administration excéderait même ses pouvoirs, s'il n'arrive pas à rattacher les avantages consentis aux travailleurs à un intérêt, même indirect, pour les détenteurs du capital.

18. La nouvelle conception de l'entreprise, vue comme la cellule socio-économique fondamentale, pousserait la théorie de l'indépendance de l'entreprise de ses composantes au point de modifier les acceptions anciennes et d'obliger les autorités décisionnelles de la compagnie à prendre en considération l'intérêt des travailleurs, au même titre que celui des fournisseurs du capital. Ceci amènerait nécessairement un changement de structure afin d'institutionnaliser la représentation des travailleurs au sein des organes décisionnels. Ceci conduit à l'abandon du conseil d'administration monolithique et à son remplacement par un mécanisme de cogestion. Mais la cogestion a des inconvénients. Elle implique une modification fondamentale de nos méthodes en vigueur dans les relations du travail pour imposer aux travailleurs l'obligation de prendre en considération l'intérêt de toutes les composantes de la compagnie, y compris celui des fournisseurs de capital. Cette nouvelle perception des relations de travail est vue d'un œil favorable par les gouvernements<sup>26</sup>. Nous croyons personnellement qu'elle a peu de chance de donner des résultats satisfaisants. Les intérêts antinomiques des représentants des actionnaires et de ceux des travailleurs paralyseront le conseil d'administration. Au-delà des beaux principes de la collaboration et de la participation, nous sommes persuadés que chaque catégorie d'administrateurs trouvera le moyen de maintenir les avantages acquis dans le système organisationnel actuel<sup>27</sup>.

24. Cf., en général, R. DEMERS, *Corporate Litigation in Quebec*, Centre d'édition juridique, Montréal, 1979; R. ALAIN, *supra*, note 11.

25. Cf. M. GIGUÈRE, « La Loi canadienne relative aux corporations et la protection des travailleurs », in *Mélanges Marie-Louis Beaulieu*, (1967-68), 9 C de D., 394. Dans cet article, le professeur Giguère fait une revue des principales dispositions de l'ancienne loi fédérale pouvant favoriser les travailleurs. La loi actuelle n'a pas sensiblement modifié ces aspects.

26. Ministère d'État au développement économique, *Bâtir le Québec: Énoncé de politique économique*, Éditeur officiel, Québec, 1979, p. 89 et s.

27. Sur toutes ces questions, voir, Department of Trade, *Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy*, H.M.S.O., Londres, 1977; A.C. CÔTÉ, « Les incidences juridiques de la participation des employés à la gestion des entreprises, dans *Participation et négociation*

19. La nouvelle conception de l'entreprise permet aussi de modifier les relations de celle-ci avec son environnement. Ainsi cette personne juridique a des droits. Elle est créancière de qualification, de travail et d'énergies humaines qui doivent lui être fournis de façon adéquate par la société. Elle est créancière aussi d'équipements publics lui permettant de réaliser son plein potentiel de productivité. Elle est créancière enfin de produits bruts, de matières premières et de capitaux publics ou privés.

20. La nouvelle conception de l'entreprise précise aussi ses obligations sociales. Elle est débitrice de niveaux de vie élevés envers ses salariés et ses bailleurs de fonds. Elle est débitrice d'une sécurité économique dans le temps envers la collectivité locale à laquelle elle s'intègre et qu'elle incite à des investissements privés et collectifs importants. L'entreprise limite ainsi sa liberté de fermer ses portes pour le simple motif d'une rentabilité insuffisante ou de rationalisation des moyens. L'entreprise est également débitrice de l'essentiel de la substance financière destinée à financer les équipements collectifs ou à accomplir la politique de redistribution des revenus. Elle est débitrice de promotion sociale et de formation permanente. Elle doit s'intéresser au confort collectif et mettre sur le marché des produits de qualité. Finalement, nous ajouterons que l'entreprise doit respecter les aspirations politiques et les valeurs morales de son milieu. Ainsi nous trouvons normal qu'une entreprise adopte la langue de la majorité et respecte, par exemple, les sentiments humains de son environnement en refusant de faire affaires avec des pays qui bafouent facilement les libertés individuelles ou collectives par une politique d'agression, d'apartheid ou de prise officielle d'otages<sup>28</sup>.

21. Ces données ne sont pas nouvelles. Elles sont normales dans le cadre d'un système qui reconnaît pleinement la personnalité morale aux

---

*collective*, P.U.L., Québec, 1977, p. 93, ainsi que les autres articles dans le même volume ; C.A. JECCHINIS, « Employee's Participation in Management », (1979) 34 *Ind. Rel.*, 490 ; S. BARKIN, « Labor Participation : A Way to Industrial Democracy », (1978) 33 *Ind. Rel.*, 391 ; J.R. DOW, « Codetermination in Industry », (1977) 35 *U. of T. L. Rev.*, 217 ; F.R. ANTON, « Worker Directors and Company Law », (1977) 77 *Lab. Gaz.*, 495 ; E. FINN, « In Praise of Participation », (1977) 77 *Lab. Gaz.*, 5 ; S. BANNON, « The Co-Determination Question in Canada — Some Feedback », (1976) 76 *Lab. Gaz.*, 661 ; P. MALLE, « Co-Determination in Canada : What forms could it take », (1976) 76 *Lab. Gaz.*, 415 ; H.C. GOLDENBERG, « Labour and Management : Can they be Allies ? », (1976) 76 *Lab. Gaz.*, 247.

28. Sur tous ces aspects, voir N.N. ANTAKI, *Les mandats de vote en vue de l'assemblée générale dans les droits du Canada et des États-Unis d'Amérique*, thèse de doctorat, Paris 1972 (dactylographiée), pp. 162 et s. et « Les grandes compagnies face à la contestation sociale », *Le Devoir*, lundi, 13 mai 1974, p. 5 ; voyez aussi, en droit américain, A.B.A. National Institute, *Corporations under Attack*, 28 *Bus. Law*, Special Issue, (1973) et *Business in the Ghetto*, 25 *Bus. Law*, Special Issue, (1969) ; A.I.P.C., *The Measurement of Corporate Social Performance*, New York (1977).

entreprises. Les entreprises bénéficient en fait des droits que cette approche leur reconnaît. Elles sont aussi conscientes, à une moindre mesure cependant, de leurs obligations. Cependant cette systématisation dramatise la situation. Elle facilite la prise de décisions corporatives, sociales, politiques et économiques et pourrait même permettre, ultérieurement, des recours pour faire respecter ces droits et ces obligations.

## 1.2. L'entité économique

22. Nous avons évoqué plus haut le scepticisme de nos collègues qui rejettent le concept d'entreprise en faveur de celui de la personnalité juridique. Nous partageons leurs craintes sans épouser la cause. Le concept d'entreprise en tant que réalité économique est aussi une réalité juridique au Québec et l'a toujours été. Même les lois des compagnies les plus anciennes ont reconnu ce fait<sup>29</sup>. Une compagnie québécoise ou canadienne a toujours eu la possibilité d'exploiter plusieurs entreprises. La prise en considération de l'entité économique plutôt que de l'entité juridique a lieu dans deux situations principales : lorsque les tribunaux ou la législature désirent prévenir des abus possibles et protéger certains intérêts privés individuels ou collectifs et lorsque l'État désire plutôt intervenir dans l'économie au nom de l'intérêt public.

### 1.2.1. Les mesures de protection

23. Une première série d'exceptions au principe de la personnalité morale rejoint le concept d'entreprise de manière bien indirecte mais néanmoins significative. Nous pouvons comprendre dans cette catégorie la théorie de la transparence des compagnies ou de la levée du voile corporatif. Les cas où ceci est possible ne sont pas très nombreux mais visent tous à atteindre la réalité économique malgré l'apparence de la personnalité morale indépendante<sup>30</sup>. Nous pouvons y ajouter aussi les cas innombrables où le législateur a utilisé les notions de personnes initiées<sup>31</sup>, de personnes liées<sup>32</sup>, de personnes associées<sup>33</sup>, ou de contrôle<sup>34</sup> pour permettre à la loi d'atteindre

---

29. La *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. 1977, c. C.-38, art. 3, par 3. définit l'entreprise ainsi : « L'ensemble des travaux, des affaires et des opérations de toute espèce que la compagnie est autorisée à poursuivre ». Cette définition a été reprise depuis au moins 1868, *Acte concernant l'incorporation des compagnies à fonds social*, (1868) 31 Vict., c. 25, art. 1.

30. J. SMITH et Y. RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, Judico Inc., Montréal, 1974, T. I, pp. 60 et s.

31. *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. 1977, c. V-1, art. 157.

32. *Id.*, art. 131.

33. *Id.*, art. 2.

34. *Idem.*

son but et de freiner le zèle de ceux qui seraient tentés d'abuser de l'immunité offerte par la personnalité morale. Ces exemples se multiplient dans toutes les lois à saveur économique. Une deuxième série de mesures préventives utilise clairement le concept d'entreprise. Nous n'en citerons que deux exemples.

24. Le *Code civil* régleme la vente en bloc d'un fonds de commerce dans l'intérêt des créanciers du commerçant vendeur. Une vente en bloc est définie comme comprenant :

(...) toute vente ou tout transport de fonds de commerce ou de marchandises, faits, directement ou indirectement, en dehors du cours ordinaire des opérations commerciales du vendeur, soit que la vente ou le transport englobe la totalité ou à peu près de ce fonds de commerce ou de ces marchandises, ou soit qu'il ne concerne qu'un intérêt dans les affaires ou le commerce du vendeur.<sup>35</sup>

Partant de cette définition pour le moins équivoque et laissant une place de choix aux décisions circonstanciées, les tribunaux et la doctrine sont d'accord pour considérer que la vente d'une agence, d'un service ou d'une ligne d'activité par un commerçant est une vente en bloc. Pour les fins de la qualification, on a recours à des éléments qui permettent en réalité d'identifier une entreprise. Jamais, dans les décisions, on ne fait allusion à la personnalité juridique. Ceci serait d'ailleurs impossible puisque les dispositions du Code s'appliquent aussi bien au commerce individuel qu'à celui d'une société ou d'une compagnie. Les tribunaux prennent par contre en considération la comptabilité séparée, la raison sociale différente, l'emplacement indépendant ou simplement l'activité identifiable. L'étude attentive de la jurisprudence nous révèle que les tribunaux qualifient l'opération de vente en bloc lorsque l'agence ou le service vendu forme une entité économique séparée ou une entreprise indépendante. Ainsi un individu qui exploiterait une tabagie et un restaurant serait le propriétaire de deux entreprises différentes et la vente d'une partie importante de l'inventaire de la tabagie serait une vente en bloc, même si la valeur du restaurant est nettement supérieure à celle de la tabagie<sup>36</sup>.

25. Le concept d'entreprise est aussi un concept central du *Code du travail*. Il est utilisé sans égard à la structure juridique et a donné lieu à des grands débats visant précisément à définir le contenu économique du terme.

35. Art. 1569a C.C.

36. Pour la doctrine, voir N. L'HEUREUX, *supra*, note 7, p. 259 et ss.; A. PERRAULT, *supra*, note 9, T. 2, p. 102; J. SMITH, *supra*, note 7, T. 2, pp. 767 et s.; I. GLISSERMAN et S.J. WAX, « Bulk Sales », (1971) 31 *R. du B.*, 419; J.H. GOMERY, « Bulk Sales », (1967) 27 *R. du B.*, 666; L. PAYETTE, « Vente en bloc », *Cours de formation de la Chambre des Notaires du Québec*, 1967, 47. Pour la jurisprudence, voyez notamment, *Inspiration Ltd. and Barnett*, [1973] C.S. 499; *Alarie v. Naud*, [1956] R.L. 307; *John Allan Ltd. v. T. Eaton & Co. Ltd.*; (1928) 44 B.R. 112; *Gagnon v. Banque Nationale*, (1920) 29 B.R. 166.

Ces débats sont connus. L'important nous semble être le consensus qui en résulte à l'effet que le mot entreprise doit être défini en prenant en considération la finalité propre à chaque législation. Théoriquement, donc, il pourrait y avoir autant de définitions de l'entreprise que de législations. C'est ainsi que la finalité de l'article 45 du *Code du travail* étant de régir les relations de l'employeur avec ses salariés et de protéger les droits de ceux-ci en cas de vente ou de démembrement de l'entreprise, les tribunaux ont fini par développer une définition occupationnelle de l'entreprise<sup>37</sup>. Ce qui serait malheureux et pourrait semble-t-il arriver, est que le concept d'entreprise soit accidentellement défini de deux façons par deux législations complémentaires<sup>38</sup>.

### 1.2.2. Les mesures d'intervention

26. Nous vivons actuellement dans un monde capitaliste réglementé. Ceci implique une législation et une réglementation dans la plupart des secteurs de l'activité économique. Cette activité législative vise parfois à atténuer le déséquilibre contractuel né de l'inégalité de fait entre les contractants qui ne possèdent pas le même potentiel de négociations. Elle vise aussi, et c'est le cas le plus courant, à influencer l'économie nationale en privilégiant certains secteurs ou en imposant la politique sociale et économique estimée être dans l'intérêt public<sup>39</sup>. C'est à ce niveau de la législation que le concept d'entreprise est le plus souvent utilisé.

Nous avons relevé plus de 100 définitions des mots « entreprise », « affaires », « établissement » et autres désignations référant à des concepts voisins. Il nous a été impossible d'effectuer la synthèse de toutes les notions dans le cadre de ce travail. Deux constatations nous ont paru cependant évidentes dès que nous avons abordé la question. La première est que la finalité des lois étant différente dans la plupart des cas, il est incontestable qu'il est logique que nous y trouvions des définitions circonstancielles. La deuxième constatation est plus inquiétante pour le juriste. Il nous semble que le législateur utilise ces termes dans un esprit indicatif et non exclusif, mais sans le moindre souci de cohésion d'une fois à l'autre. Les exemples dans ce domaine sont malheureusement nombreux. Il résulte de cette nonchalance au niveau de la législation une complexité dangereuse et parfois gratuite. Le concept économique d'entreprise couvre deux réalités. Il désigne d'une part

37. J. DAIGLE, « L'entreprise, un concept à définir », (1978) 38 *R. du B.*, 795, ainsi que les articles de L. ROY, B. LESAGE, R.P. GAGNON, L. DUVAL, dans le Colloque de l'Association du Barreau Canadien, sous-section des Relations du travail, Themis Multifactum Inc., 1974.

38. A. CÔTÉ, « Les recours instaurés par la Loi sur les normes du travail », conférence au Congrès annuel du Département des Relations industrielles de l'Université Laval, en 1980.

39. Voyez les références citées *supra* sous note 19.

toute activité dans un but lucratif et, d'autre part, l'organisation de moyens financiers, matériels et humains dans un tel but. Quelques exemples illustrent la manière dont ce concept est traité par nos statuts.

27. Nos lois distinguent les concepts d'entreprise et d'établissement<sup>40</sup>. Mais un établissement ou une industrie désignent aussi parfois une entreprise<sup>41</sup>.

28. L'entreprise désigne parfois l'entité économique et juridique<sup>42</sup>, par contre les lois distinguent clairement parfois entre ces deux notions<sup>43</sup>. Ceci n'empêche pas qu'une entité juridique puisse posséder ou contrôler plusieurs entreprises<sup>44</sup> et que plusieurs entreprises soient traitées comme une entité unique<sup>45</sup>.

29. La loi vise parfois l'entreprise et d'autres fois l'exploitant de cette entreprise<sup>46</sup>. De toute façon l'entreprise comprend parfois les emplois et les charges<sup>47</sup>, mais exclut celles-ci dans d'autres circonstances<sup>48</sup>. Quelques fois, la portée du concept est étendue par l'utilisation des qualificatifs comme celui de « fonction principale »<sup>49</sup>.

30. Enfin, la loi distingue parfois entre les entreprises de différentes tailles. Le critère retenu dépend des facilités physiques, du capital investi, du nombre d'emplois ou du chiffre d'affaires<sup>50</sup>.

31. La *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*<sup>51</sup> nous fournit un exemple, parmi d'autres, des difficultés rencontrées dans l'utilisation du

- 
40. *Loi sur les établissements industriels et commerciaux*, L.R.Q. 1977, c. E-15, art. 2, para. 3 et 4.  
 41. *Lois sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, c. 63, art. 1 et *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, c. A-3, art. 2 par. (j).  
 42. *Arrêté en conseil concernant un programme pour stimuler le développement de certaines industries*, A.C. 3197 du 22 oct. 1969, [1969] 101 G.O.Q. 6211.  
 43. *Code du travail*, L.R.Q. 1977, c. C-27, art. 45, *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.C. 1973-74, c. 46, art. 3 par. 1.  
 44. *Loi sur les compagnies minières*, L.R.Q. 1977, c. C-47, art. 3, para. 9.  
 45. *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, c. A-3, art. 95, para. 3.  
 46. *Loi modifiant la Loi des licences*, L.Q. 1978, c. 34, art. 75.  
 47. *Loi anti-inflation*, S.C. 1974-75-76, c. C-75, art. 2 (1).  
 48. *Loi sur les impôts*, L.R.Q. 1977, c. I-3, art. 1.  
 49. *Loi sur l'aide au développement touristique*, L.Q. 1979, c. 34, art. 3.  
 50. *Loi sur la Commission de contrôle des permis d'alcool*, L.R.Q. 1977, c. C-33, art. 2, para. 14; *Loi sur l'aide au développement industriel*, L.R.Q. 1977, c. A-13, art. 47; *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11, art. 152.  
 51. S.C. 1973-74, c. 46. Sur cette loi voyez, P. HYDEN et J. BURNS, *Foreign Investment in Canada*, Prentice Hall of Canada Ltd., (feuilles mobiles); G.H. HUGUES, *A Commentary on the Foreign Investment Review Act*, The Carswell Co. Ltd., Toronto, 1975; E.J. SINETT, « Which Investors are "foreign?" » (1977) 55 R. du B. Can., 231; J.A. TALPIS, « Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec », (1976) C.P. du N. 215; P.A. DONALDSON, « Foreign Investment Review Act: An Analysis of the Legislation » (1975) 53 R. du B. Can., 171; J. TASCHEREAU, « Loi sur l'examen de l'investissement étranger et dispositions par un non-résident de certains biens », (1974) C.P. du N. 67.

concept d'entreprise. Cette Loi vise à préserver le caractère canadien de l'économie et à canadianiser pacifiquement les entreprises dominées par des intérêts étrangers. Le modèle de la réglementation est simple. Lorsqu'une personne non admissible entend acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne ou établir une nouvelle entreprise au Canada, elle doit, au préalable, obtenir une autorisation gouvernementale. Cette décision est laissée à l'entière discrétion des autorités compétentes. Celles-ci doivent cependant décider si cette opération apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada. Pour cela, elles prennent en considération l'effet qu'aura le projet sur l'emploi, les nouveaux investissements, l'exploitation du produit, le développement de nouvelles ressources, la participation canadienne au projet, le développement de la technique de pointe, le développement de la productivité et l'efficacité industrielle, l'effet bénéfique sur la concurrence, la compatibilité avec les politiques sociales et économiques<sup>52</sup>.

32. La pierre angulaire de la Loi est le concept d'entreprise, celle-ci étant définie par le texte français comme désignant « toute activité ou affaire commerciale exploitée dans un but lucratif, » tandis que la définition anglaise dit que le concept « *includes any undertaking or enterprise carried on in anticipation of profit* », ce qui sous-entend que la Loi pourrait s'appliquer aussi bien aux entreprises qui ne poursuivraient pas un but lucratif<sup>53</sup>. Déjà l'imprécision est d'importance. Cependant, les difficultés sont encore plus grandes. En effet, la première tendance du juriste est de référer aux définitions dégagées à l'occasion d'autres législations, mais les énoncés de politique mettent en garde contre une telle tentative en précisant :

The definition of a business is interpreted for the purpose of these guidelines with due regard to the objectives of the Act, as described in section 2 thereof. The objectives of the *Foreign Investment Review Act* are not necessarily similar to the objectives of other Canadian legislation. Similarly, therefore, the definition of the term business is not necessarily related to the definitions contained in other laws and the administrative and judicial precedents established relative to those laws.<sup>54</sup>

33. Nous n'avons évoqué ici qu'une difficulté principale rencontrée à ce niveau. Quelques exemples pratiques illustrent facilement le caractère essentiellement circonstanciel des décisions. Ainsi on a traité les entreprises de trois compagnies liées comme s'il s'agissait d'une seule entreprise<sup>55</sup>. On a aussi accepté le démembrement d'une seule des entreprises appartenant à la

52. La notion d'intérêt public est implicite dans toutes ces catégories sauf dans la dernière où elle est explicitement utilisée. Il est intéressant de remarquer que ce dernier élément a été utilisé dans les 2276 cas où la transaction a été jugée favorablement (jusqu'au 30 juin 1980).

53. Voyez P. HYDEN et J. BURNS, *supra*, note 51, par. 15015 ; et A. DONALDSON, *supra*, note 51, p. 187.

54. Cet exemple est tiré de l'énoncé de politique sur les transactions immobilières : P. HYDEN et J. BURNS, *supra*, note 51, par. 59001, 59002. (Les soulignés sont de l'auteur).

même compagnie<sup>56</sup>. On a même traité comme étant la vente d'une seule entreprise, la vente d'un mélange de divisions de compagnies et de compagnies<sup>57</sup> et celle de deux divisions identiques appartenant à deux compagnies distinctes<sup>58</sup>. À l'inverse, deux usines appartenant à la même compagnie et fabriquant toutes deux le même produit ont été traitées comme deux entreprises différentes<sup>59</sup>.

## 2. La doctrine juridique et l'entreprise

34. Le thème des Journées Henri Capitant de Florence était « La réaction de la doctrine à la création du droit des entreprises par les juges ». Dans les paragraphes qui précèdent nous avons dû montrer l'équivoque qui entoure le concept d'entreprise en droit québécois. Au début de cette deuxième partie, nous sommes obligés, au risque d'être injustement soupçonné de négativisme, de rappeler qu'au Québec, les relations entre la jurisprudence et la doctrine, sont, elles aussi, équivoques. Plusieurs facteurs expliquent la subordination apparemment exagérée de la doctrine à la jurisprudence.

35. Le juge a traditionnellement une place privilégiée dans le système judiciaire anglo-saxon et son prestige est établi<sup>60</sup>. Par ailleurs, le recours à la règle du précédent de manière généralisée, implique, à tort ou à raison, que la règle judiciaire énoncée jouit d'un caractère quelque peu permanent et d'une immunité qui rendent sa critique inutile, et parfois même calomnieuse. Ce sentiment résulte de notre tradition judiciaire.

Le juge Beetz a bien expliqué les causes de cette subordination en disant :

Le Québec a conservé son droit civil de tradition française, codifié en 1866; cependant, même en matière civile, l'administration de la justice suit la tradition anglaise, emportant avec elle une bonne partie de la procédure ainsi que la forme et le style des jugements et des arrêts. (...) la doctrine possède une autorité plus limitée que la jurisprudence. En revanche, et peut-être pour compenser, les jugements et arrêts prennent souvent la forme presque littéraire d'une dissertation et il leur arrive de jouer le rôle de doctrine.<sup>61</sup>

On pourrait ajouter à cette réflexion que l'opinion dissidente qu'on retrouve souvent lorsque le point de droit est complexe et que la solution est

55. *Re K Mart's*, News Rel. F-52, Dec. 17 (79), *id.*, par. 1086.

56. *Re Houserman Ltd.*, News Rel. F-39, 20 juillet 1978, *id.*, par. 1038.

57. *Re Boot's*, News Rel. F-30, 15 juin 1978, *id.*, par. 1032.

58. *Re Phillips Cable*, News Rel. F-63, 28 janvier 1980, *id.*, par. 1094.

59. *Re Gulf Canada*, News Rel. F-70, décembre 1978, *id.*, par. 1049.

60. J. BEETZ, « Le professeur de Droit et le juge », (1979) 81 *R. du N.*, 506; A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec? », (1973) 8 *R.J.T.*, 189; L.-A. POULIOT, « L'autorité de la jurisprudence dans notre droit », dans *Mélanges B. Bissonnette*, P.U.M. 1963, 473.



incertaine, fournit souvent aux juristes le commentaire critique le plus autorisé et prive ainsi la doctrine d'un de ses rôles principaux<sup>62</sup>. Le juriste québécois n'a souvent pas le choix : s'il ne fait pas l'éloge de la décision, il doit flatter les mérites de la dissidence. On a donc parfois l'impression que la doctrine canadienne en général est plus complaisante à l'égard des décisions judiciaires que celle des pays où le système est différent.

36. La doctrine spécialisée a toujours existé au Québec<sup>63</sup>, mais elle ne s'est développée et généralisée que ces dernières années dans le domaine du droit des affaires. De façon générale, ceci est dû à l'éveil social général et à l'intérêt de plus en plus grand pour les affaires. Nos facultés de droit se sont enrichies d'un nombre important de professeurs de carrière entraînés à la recherche et conscients des faiblesses de la bibliothèque juridique canadienne de langue française. Les traités<sup>64</sup>, les monographies<sup>65</sup>, les thèses et les mémoires se multiplient à un rythme impressionnant, nos œuvres juridiques regorgent d'articles intéressants et de nouvelles publications très spécialisées voient continuellement le jour<sup>66</sup>. Nous devons cependant reconnaître que la doctrine, dans sa forme actuelle est, malgré son dynamisme, relativement jeune. Elle ne couvre pas, au même titre, tous les domaines du droit des entreprises. Parfois, elle ne jouit pas de la reconnaissance et de la crédibilité indispensables pour influencer la tradition judiciaire. Cet état change rapidement. Il n'en demeure pas moins vrai que la doctrine se limite souvent à l'opinion d'un auteur et que les controverses doctrinales opposent parfois deux auteurs seulement.

37. Ceci dit, le rôle de la doctrine est généralement considéré et accepté par les juges et l'aspect complémentaire de la jurisprudence et de la doctrine est souvent souligné<sup>67</sup>. Les réserves que nous retrouvons à l'occasion, dans certaines décisions, quant à la valeur pratique de certains écrits

---

61. *Id.*, p. 508.

62. *Cf.*, à titre d'exemple dans l'affaire *Cameron v. Canadian Factors Corp.*, les dissidences des juges Montgomery et Brossard à la Cour d'appel, (1966) B.R. 921, et celle du juge Pigeon à la Cour suprême (1971) R.C.S. 148.

63. Le Traité de droit commercial de A. Perrault en est certainement le meilleur témoignage.

64. J. SMITH et Y. RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, 3 vol., Judico, Montréal 1974; M. MARTEL et P. MARTEL, *Les Aspects juridiques de la Compagnie au Québec*, 2 vol., Publications les Affaires Inc., Montréal, 1972; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, Québec, P.U.L. 1975; A. BOHEMIER et P.P. CÔTÉ, « *Droit commercial général* », Thémis, Montréal, 1978; J. SMITH, *Cours de droit commercial*, 2 vol., centre d'édition juridique, Montréal 1979.

65. M. GIGUÈRE, *Les devoirs des dirigeants de société par actions*, P.U.L. Québec, 1967; R. DEMERS, *Corporate Litigation in Quebec*, C.E.J., Montréal 1978; J.A. SMITH, *Corporate Executives in Quebec*, C.E.J. 1978.

66. La dernière en date est la *Revue canadienne du droit d'Auteur*, dont le premier numéro vient de paraître.

doctrinaux sont certainement rares et circonstanciées<sup>68</sup>. Il nous semble évident que l'influence de la doctrine ira grandissant quand elle aura eu le temps de se diversifier et de se développer encore davantage. Il est certain que ce rapprochement est favorisé par le fait qu'un grand nombre de juges ont accédé à la magistrature ces dernières années après une longue et brillante carrière universitaire.

38. La doctrine a un rôle important à remplir. Mais les auteurs, contrairement aux juges, sont libres de choisir leur champ de réflexion. Pour le peindre, ils ont le choix entre l'esquisse, la fresque ou la miniature<sup>69</sup>. Ils peuvent se permettre de faire une synthèse et de généraliser. Ils peuvent se placer en amont ou en aval de la jurisprudence. En réalité ils sont présents partout et remplissent plusieurs rôles. Nous examinerons d'abord, le rôle préparatoire de la doctrine, pour envisager par la suite ses rôles correcteur et évolutif.

## 2.1. La doctrine préparatoire

39. La doctrine est très impliquée dans le processus préparatoire des législations. La Commission de réforme du droit du Canada et l'Office de révision du Code Civil sont les deux exemples récents les plus évidents du rôle éminent que la doctrine est appelée à jouer de manière systématique à ce niveau. Mais le phénomène s'étend bien au-delà de ces deux exemples. Les différents organismes gouvernementaux publient continuellement des études juridiques dont la qualité est souvent impressionnante<sup>70</sup>. D'ailleurs les spécialistes qui ne participent pas directement à ces travaux sont appelés presque toujours à faire part de leurs remarques et de leurs suggestions. Les audiences publiques sont enfin nombreuses et les intéressés, institutions financières, organismes privés, para-publics et simples individus, sont invités à défendre leur point de vue. Souvent, les documents présentés à ces

67. Voyez notamment, les propos du juge BEETZ, *supra*, note 60 et ceux du juge DESCHÊNES dans « le Droit vit-il à l'heure de la société? », (1978) 13 *R.J.T.*, 231, 249.

68. On peut donner l'exemple de l'opinion du juge BROSSARD dans *Gagnon et Vallières v. Sa Majesté*, (1971), C.A. 454.

69. Juge BEETZ, *supra*, note 60, p. 510.

70. À titre de simple exemple on peut citer, pour le Canada, Consommation et Corporations Canada, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, Canada, n° RG35-7/1979-29; *Projet d'une loi canadienne sur les fonds de placement*, Canada, n° RG 23-18/1974-1F; *Propositions pour un nouveau droit des corporations canadiennes sans but lucratif*, Canada, n° RG 23-24/1974 F; *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, Canada RG 35-1/1971 F. Pour le Québec, on peut citer les études préparées par l'Office des professions du Québec sur la réglementation des honoraires professionnels dans la pratique privée, 1977: *Les compagnies de Services professionnels*, 1979; *La responsabilité des professionnels exerçant en équipe ou réunis en société*, 1978. Il serait impossible d'énumérer ici même une partie des études récentes faites pour le compte des deux gouvernements.

occasions sont des études juridiques importantes qui sont prises en considération et influencent le cours des choses.

40. La doctrine consacre aussi des énergies importantes à la diffusion de l'information législative ou jurisprudentielle par des articles et des commentaires faisant le point de manière systématique sur un aspect général ou particulier<sup>71</sup>. Souvent ces efforts sont méritoires. Il est malheureusement impossible d'évaluer l'influence qu'ils peuvent avoir sur la jurisprudence puisque l'étude peut être utilisée sans être expressément citée<sup>72</sup>. Le droit du Québec étant un creuset de droits étrangers, les auteurs québécois commentent volontiers les événements législatifs et jurisprudentiels de ces droits pertinents pour l'évaluation de notre droit local<sup>73</sup>.

## 2.2. La doctrine corrective

41. Un deuxième aspect important du rôle de la doctrine est l'influence correctrice qu'elle peut avoir sur la législation et sur les jurisprudences. Ce rôle prend une dimension particulière dans un pays de droit mixte. En effet, la doctrine, plus disponible par définition que les tribunaux pour les études globales et systématiques, a la responsabilité d'établir la généalogie des principes. Malheureusement, nos tribunaux se sont souvent trompés de grand-père. La doctrine fait un effort réel pour rétablir les liens familiaux. Elle le fait en épurant la technique du raisonnement juridique et en reconstituant l'histoire<sup>74</sup>. À ce niveau, l'effort a même une consonance nationaliste : il faut à tout prix maîtriser les sources du droit afin de sauvegarder son authenticité. Ceci n'empêche évidemment pas d'accepter le caractère mixte du droit et même d'adopter de nouvelles règles étrangères au système, mais l'essentiel est que le tout se fasse selon les règles de l'art et en connaissance de cause.

- 
71. Th. R. HOULE, « Le régime juridique des agences de voyages », (1976) 17 C. de D., 353; R. DEMERS, « La Cour suprême, la fiducie d'investissement et la prospection », *id.*, p. 537; A. POUPART, « Note fiscale : les compagnies de gestion, un nouveau danger », (1976) 79 R. du N., 125; P. LESSARD et P. JUTRAS, « Immeubles locatifs catégories 31 et 32 », *id.*, p. 133.
72. A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec? », (1973) 8 R.J.T. 191, 199.
73. Cf., par exemple, V. NABHAN, « Quelques aspects des problèmes juridiques posés par la vidéoreproduction : L'affaire *Betamax* et ses répercussions au Canada », (1980) 1 Rev. Can. de droit d'Auteur, 7 et « La photocopie et le droit d'auteur au Canada », (1979) 99 Rev. Int. de Droit d'Auteur, 3; N.N. ANTAKI et G. LECLERC, « Le droit des valeurs mobilières et les placements privés », (1979) 20 C. de D., 725.
74. S. LEBEL, « Les émissions d'obligations dans le droit de la Province de Québec de 1890 à nos jours », (1980) 21 C. de D., 43; R. DEMERS, « Prospectus Liability and Investor Protection in Quebec Law », (1977) 18 C. de D., 745 et « From the Bubble Act to the Pre incorporation trust : Investor Protection in Quebec Law », (1977) 18 C. de D., 335.

42. Ce besoin de retour aux sources du raisonnement juridique est tellement réel qu'on vient de rééditer en 1980, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas-Canada* de E.P. Walton<sup>75</sup>. L'introduction à cet ouvrage, rédigée par le professeur Maurice Tancelin, est magistrale. Elle résume admirablement les principes et dénonce les embûches qu'il faut éviter, notamment sur le plan de la technique d'interprétation<sup>76</sup>. Ce problème de technique juridique a aussi un autre aspect. La francisation malheureuse des termes peut aboutir à une altération du principe juridique<sup>77</sup>. Cette action corrective de la part de la doctrine est à plusieurs niveaux. Elle tend parfois à rétablir l'équilibre entre sources de droit anglais et sources de droit civil. D'autres fois, elle vise à tracer les frontières entre le droit civil français et le droit québécois et, dans certains cas, on essaie de rapprocher la solution du droit civil et de la common law dans le but de favoriser un droit canadien des affaires.

43. Le domaine du droit des compagnies nous fournit un excellent exemple de l'effort doctrinal de réhabilitation du *Code Civil*. Les écrits dans ce domaine sont nombreux et leur qualité ne fait aucun doute. Citons un exemple. Le droit des sociétés du *Code Civil* est influencé, aussi bien par le droit français que par le droit anglais. Pendant très longtemps, les tribunaux ont appliqué, sans doute à cause de la force d'entraînement, les règles de la relation fiduciaire pour apprécier la responsabilité des administrateurs. Depuis quelques années, la doctrine québécoise a uniformément critiqué cette approche et a développé la théorie du mandat du *Code Civil*<sup>78</sup>. Le Code protège moins, dans ce domaine, les actionnaires minoritaires que la common law ou que les législations modernes, notamment celles d'inspiration américaine ; alors, dans certains cas, une législation statutaire complémentaire vient combler les lacunes<sup>79</sup>.

44. La doctrine actuelle du Québec a aussi tenté de prendre ses distances par rapport à l'importation trop facile de catégories juridiques françaises étrangères à notre *Code Civil*. Les débats au sujet de la théorie de la commercialité offrent un excellent exemple à ce sujet. La doctrine québécoise était partagée entre les tenants de la thèse objective<sup>80</sup> et ceux de la

75. Introduction et traduction par Maurice Tancelin, Butterworths, Toronto 1980.

76. Cf., aussi à ce sujet, M. TANCELIN, *Chronique*, (1979) 39 *R. du B.*, 1979.

77. A. DANDONNEAU, « La francisation à l'aveuglette du droit des corporations », (1978) 13 *R.J.T.*, 89.

78. Cf., en particulier, J. SMITH, « Corporate Litigation... », *supra*, note 65.

79. Il s'agit notamment des obligations des initiés, de l'information des actionnaires et des prises de contrôle. Au Québec, ceci s'est fait à date par la voie de la réforme de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

80. J. GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965) *C. de D.*, 84.

thèse subjective<sup>81</sup>, chaque partie s'appuyant sur des arguments d'histoire du droit et utilisant parfois les mêmes précédents, pour prouver ou réfuter la pertinence de la thèse objective dans un contexte différent de celui qui a justifié les articles 631 et suivants du *Code de commerce* français. La cour d'appel a, dans des décisions récentes, résolument opté pour la thèse subjective<sup>82</sup>. Le projet de l'O.R.C.C. améliore grandement le droit sur cet aspect.

Il ne faudrait pas induire cependant des commentaires précédents que la doctrine québécoise réagit systématiquement contre le droit français, qui forme la toile de fond de notre droit civil. La doctrine est favorable à l'adoption des thèses françaises réformatrices. Ainsi, le recours direct créé récemment contre le fabricant d'un bien affecté de vices cachés en faveur de l'acheteur, est fondé uniquement sur des arguments développés en France<sup>83</sup>. Cette initiative a été unanimement applaudie par la doctrine<sup>84</sup>.

45. La doctrine essaie aussi, lorsque ceci est possible, de consolider les assises d'un droit canadien autonome, fruit de l'interaction des deux systèmes juridiques. Les restrictions conventionnelles à la libre concurrence illustrent bien cette approche<sup>85</sup>. Ces clauses ne sont valables en common law que si leur nécessité et leur caractère raisonnables sont prouvés par le demandeur. En droit civil, ces clauses sont valables sauf si elles sont déclarées contraires à l'ordre public, la preuve à cet effet étant habituellement à la charge du défendeur. Le juge en chef Laskin fait la synthèse des deux droits dans *Cameron v. Canadian Factors Corp.*, en disant :

En vertu du *Code civil* que de la *Common Law*, les stipulations restrictives de la liberté du travail peuvent être déclarées nulles en raison de leur durée déraisonnable ou de leur portée territoriale déraisonnable, eu égard en chaque cas au domaine des affaires ou des activités visées par les stipulations restrictives (...). Ce principe que ce soit en vertu des dispositions du *Code civil* relatives à l'ordre public (art. 13 et 990 par exemple) ou de la *Common Law*, se fonde sur le bon sens qui demande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à

81. L. LILKOFF, « Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 *R. du B.*, 534.
82. Cf., sur cette question, L. DUCHARME, « Les opérations immobilières et le droit commercial », (1978) 81 *R. du N.*, 4 et N.N. ANTAKI, « La commercialité des immeubles : une théorie en construction », (1978) 19 *C. de D.*, 157.
83. *Kravitz v. General Motors*, [1979] 1 R.C.S. 790.
84. Voyez les minutes du collège de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit, McGill, 1979, publiées dans (1980) 25 *McGill L.J.*, 297; voyez aussi, Th. R.-HOULE, « Les lendemains de l'arrêt Kravitz : la responsabilité du fabricant dans une perspective de réponse », (1980) 21 *C. de D.*, 5.
85. N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial*, supra, note 7, p. 103; Y. MARCOUX, « Covenants not to compete in Common Law », (1969) 10 *C. de D.*, 251.

toutes restrictions de la liberté individuelle, spécifiquement de la liberté de profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché du travail. Le principe que j'ai énoncé se retrouve dans *Dominion Blank Book Co. Ltd. v. Harvey* et dans *Grossman v. Schwartz*, quant au *Code Civil*, et dans *Attwood v. Lamont* et dans *Maguire v. Northland Drug Co. Ltd.*, quant à la *Common Law*.<sup>86</sup>

Le *Projet de Code Civil* reprend les critères élaborés par les tribunaux, accepte la limite imposée à la liberté contractuelle et entend favoriser l'employé, dans un contrat de travail, en imposant la preuve de la validité de la clause de non-concurrence à l'employeur comme en *common law*.

### 2.3. La doctrine évolutive

46. La doctrine a un autre rôle important à remplir. Elle doit continuellement éclairer le chemin du législateur et du juge. Elle doit les inciter à prendre conscience du caractère désuet de certaines règles anciennes, quelle que soit leur vénérabilité. Elle doit aussi mettre au point, de manière systématique, des outils de travail diversifiés permettant aux tribunaux de mieux accomplir leur rôle. Ces outils doivent être continuellement testés et perfectionnés. Ils sont de deux sortes. Certains peuvent être neutres. D'autres doivent explorer le droit comparé pour dégager la meilleure solution actuellement connue sur une question particulière. Ceux-ci doivent aussi sonder l'avenir et émettre des hypothèses quant au droit du lendemain. Ce rôle est important et difficile, car il implique une part importante de subjectivisme. La difficulté consiste alors à savoir demeurer objectif sans cesser d'être humain. À ce niveau, le récit philosophique et le raisonnement juridique se rejoignent.

47. Pour bien remplir cette fonction d'éclaireur, la doctrine doit respecter la réalité économique et sociale du milieu. Nous vivons depuis un certain temps une période de collectivisation et de démocratisation du droit en réaction contre les organisations oligarchiques<sup>87</sup>. Parallèlement, nous vivons une période de revalorisation de la liberté contractuelle à tous les niveaux. C'est ainsi que le phénomène de la déréglementation des services et des professions<sup>88</sup> prend de l'ampleur, et que les lois de protection des consommateurs se multiplient<sup>89</sup>. À ce niveau, le choix des options offertes

86. (1971) R.C.S. 148, 162 à 164.

87. La *Loi sur le recours collectif*, L.Q. 1978, c. 8, est un excellent exemple de cette tendance ; cf. H. REID, « La Loi sur le recours collectif : premières interprétations judiciaires », (1979) 39 *R. du B.*, 1018.

88. En général, cf., D.G. HARTLE, *Public Policy making and Regulation*, Butterworths, Toronto 1979, la revue *Critère*, les professions, no 25, printemps 1979 et la Déprofessionnalisation, no 26, automne 1979.

89. Pour les nouvelles forces des lois sur la protection du consommateur, cf., aussi, les articles de P. CIOTOLA, « Le consommateur immobilier », (1977) 79 *R. du N.*, 407 et dans (1977) 80 *R. du N.*, 83.

par la doctrine juridique devient important. Nous croyons pour notre part que les juristes du droit de l'entreprise doivent favoriser la réalisation d'un équilibre stable entre les différents intervenants économiques. Il faut protéger les intérêts des faibles et mettre à leur disposition les moyens juridiques nécessaires pour se regrouper et réagir, mais il faudrait tout autant éviter d'offrir les entreprises en cible gratuite. Si on manque de prudence dans la manipulation de concepts juridiques, nous risquons d'obtenir des résultats contraires à ceux que nous escomptions sur le plan économique<sup>90</sup>. Nous ne proposons pas le malthusianisme des idées, mais nous mettons en garde contre l'intellectualisme gratuit au niveau des propositions doctrinales dans les matières touchant l'organisation de l'économie. La doctrine doit savoir dégager en permanence les différentes couches d'ordre public, s'assurer de leur contenu et les faire respecter. La tâche n'est pas facile. Elle consiste à dégager non seulement les lignes de force d'une civilisation mais aussi son expression instantanée<sup>91</sup>.

### 2.3.1. La cure de rajeunissement

48. Le respect inconditionnel des précédents, notamment en droit civil, est néfaste, et peut aboutir à la sclérose juridique. Les temps changent et la jurisprudence doit évoluer. C'est une condition essentielle pour que les institutions soient respectées. La règle du précédent, lorsqu'il s'agit effectivement d'un précédent, et le respect de l'autorité judiciaire sont des traitements préventifs nécessaires à une justice en bonne santé. Mais le syndrome de la *stare decisis* peut conduire à la sénilité des décisions. Entre la prudence et l'inertie, il y a une différence de nature qu'il est dangereux de méconnaître.

49. La théorie de la commercialité nous offre encore une fois l'exemple idéal d'une évolution en cours. La jurisprudence ancienne avait distingué entre les biens meubles et les biens immeubles en décidant que seuls les premiers pouvaient être l'objet direct d'un acte de commerce, les seconds ne pouvant l'être qu'exceptionnellement, et accessoirement seulement à une opération commerciale. Cette conception était réaliste et légitime tant et aussi longtemps que les immeubles étaient exclus du domaine de la spéculation.

90. Cf., D. CAYNE et M.J. TREBILCOCK, « Market Consideration in the Formulation of Consumer Protection Policy », (1973), *U. of T.L.J.*, 396 et M.J. TREBILCOCK, « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords » (1976) 26 *U. of T.L.J.*, 359.

91. Un excellent exemple de la recherche de ce nouvel ordre public nous est fourni par *T. v. B.* (1958) C.S. 591 et *Jeanty v. Labrecque*, (1978) C.S. 463. Voyez aussi les commentaires à ce sujet de R. LESAGE, « Les bonnes mœurs au Québec de 1975 », (1979) 39 *R. du B.*, 334.

lation. La doctrine a réagi<sup>92</sup>, et un revirement jurisprudentiel récent a effectué le changement nécessaire dans ce domaine et a éliminé toute distinction à ce niveau entre les meubles et les immeubles. Le juge Owen fut le principal artisan de cette évolution. Il avait notamment écrit :

In my opinion it should no longer be held that if a contract is with respect to an immovable then such contract is *per se* a civil matter. At one time it may have been the accepted view that gentlemen dealt with land and that such transactions were on a higher level and distinct from those entered into by persons lower in the social scale who were engaged in trade and dealt in moveables. Today, however, there is no justification for such a distinction. A person who buys and sells or otherwise deals with immoveables for the purpose of private gain or profit is just as much a trader or a *commerçant* as the person who does the same thing with respect to moveables.<sup>93</sup>

L'argument est de taille. Il a été applaudi par une doctrine unanime<sup>94</sup>. Nous comprenons difficilement cependant, que les tribunaux aient mis tant de temps à reconnaître un phénomène économique aussi évident que celui de la spéculation immobilière généralisée.

Parfois, le mouvement de renouveau s'arrête à mi-chemin. Nous poursuivons le même exemple. À la suite de ces décisions sur la commercialité des immeubles, la doctrine s'attendait à ce que le revirement salutaire se poursuive en éliminant les conséquences secondaires de l'ancienne théorie abandonnée en décidant, par exemple, que la vente par un commerçant en immeubles de son fonds immobilier était une vente en bloc au sens de l'article 1569a du *Code civil*<sup>95</sup>. Cette approche a été explicitement rejetée par la Cour d'appel<sup>96</sup>, qui distingue maintenant entre les commerçants ayant un fonds de commerce et les commerçants sans fonds<sup>97</sup>. Cette anomalie disparaîtra un jour parce que la distinction est illogique et qu'elle va à l'encontre de l'esprit et de la lettre du Code. Idéalement, la jurisprudence devrait, sans sacrifier la sécurité juridique, s'adapter rapidement aux changements économiques.

92. Notamment sous l'influence du professeur J.W. DURNFORD, « Can an Immoveable be the Object of a Commercial Operation? » (1965) 11 *McGill L.J.*, 310 et « Another Step Towards Immoveables Being Objects of Commercial Operations », (1968) 14 *McGill L.J.*, 290.

93. *Colonia Development Corp. v. Belliveau*, (1965) B.R. 161, 166.

94. *Supra*, note 82.

95. L. DUCHARME, *supra*, note 82, p. 37.

96. *Dorion, Jolin & Ass. v. Les Placements d'Auteuil Inc.*, C.A.Q., n° 200-09-695-772, septembre 1980.

97. Il est surprenant que cette décision ait été rendue par le juge Owen. Nous avons été notamment surpris par la formulation de la problématique dans les termes suivants : « The principal issue before this Court is whether the sale of an apartment house, containing approximately 180 residential apartments and some offices, constitutes a *Buld Sale* governed by Articles 1569a et s. in Chapter Ninth (A) C.C. ».



### 2.3.2. La prospective

50. Dans ce domaine, la doctrine essaie d'améliorer le droit en vigueur. Toute publication juridique répond à cet objectif et il est difficile de singulariser des cas et, dans le droit des entreprises du Québec, il est encore difficile de dégager de vraies thèses de droit prospectif.

51. Une grande partie de la production doctrinale en droit des entreprises du Québec est consacrée à creuser les fondements et à consolider les assises. À ce niveau, un travail énorme a été accompli en quelques années. Il faut reconnaître que l'évolution est le fruit d'un travail collectif et qu'il est souvent difficile de distinguer le son de l'écho. *Salomon v. Salomon*<sup>98</sup> a ouvert le chemin à la multiplication des petites compagnies, *Ringuet v. Bergeron*<sup>99</sup> a reconnu la difficulté pratique d'appliquer des principes identiques aux entreprises de taille différente, et *Integrated Consultants Ltd. v. B.D. Bohna and Co.*<sup>100</sup> a positivement adapté les principes théoriques à la réalité des petites entreprises. Pendant tout ce temps, la doctrine poursuivait de son côté l'effort pour que les textes s'adaptent à la réalité<sup>101</sup>, et on est arrivé au statut de compagnie à propriétaire individuel<sup>102</sup>. On pourrait multiplier les exemples.

52. Il est intéressant aussi de dire un mot sur la relation spéciale qui semble exister entre les tribunaux civils, les tribunaux administratifs et la doctrine spécialisée lorsque le droit économique est en jeu. Pour illustrer cette idée, on pourrait valablement citer le cas du contrôle du marché des valeurs mobilières. En Amérique du nord, ce droit vise à protéger le public investisseur général, par le biais d'un contrôle assuré par une commission qui jouit d'une très grande liberté d'action, et un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, pour appliquer une loi qui généralement définit les termes de manière particulièrement libérale et englobante<sup>103</sup>.

53. L'évolution du concept de contrat de placement de fonds donne une idée de l'étendue de la compétence que peut s'attribuer la Commission dans le secteur économique, encouragée par les hauts tribunaux. En 1946, la Cour suprême des États-Unis, dans une cause célèbre, *S.E.C. v. W.J. Howey*

98. [1897] A.C. 22.

99. (1958) B.R. 222; [1960] R.C.S. 672.

100. (1967) B.R. 338.

101. Cf. J.S. ZIEGEL, « The New Look in Canadian Corporation », dans *Studies in Canadian Company Law*, J. Ziégel (éd.), Butterworths, Toronto 1973, p. 1 et F. IACOBUCCI et D.L. JOHNSTON, « The Private of Closely Held Corporation », *id.*, p. 68.

102. *Loi modifiant la Loi des Compagnies*, L.Q. 1979, c. 31.

103. D.L. JOHNSTON, *Canadian Securities Regulation*, Butterworths, Toronto 1977; P. CHARBONNEAU, « La Commission des valeurs mobilières du Québec », (1977) 20 *Adm. Pub. Can.*, 87; Y. CARON, « Aspects du droit des valeurs mobilières au Québec », (1971) 17 *McGill L.J.*, 233.

Co.<sup>104</sup>, a défini ce contrat comme étant celui par lequel un investisseur place de l'argent dans une entreprise commune et s'attend à recevoir des profits provenant uniquement de l'effort d'un tiers. Avec le temps, les tribunaux ont interprété tous les éléments constitutifs de ce test libéralement. Finalement le tout a été dénaturé au point où, actuellement, le placement initial pourrait être remplacé par un travail; l'entreprise commune peut consister en un simple mandat de gérer l'investissement; le profit escompté peut être un intérêt en nature comme l'utilisation privilégiée des installations d'un club sportif, et il n'est plus interdit à l'investisseur de collaborer à la réussite du projet par un effort personnel. Par ailleurs, la théorie du risque, développée elle aussi aux États-Unis<sup>105</sup>, étend la définition d'un contrat de placement de fonds aux cas où l'investissement serait en danger à cause de la situation précaire du projet. Cette évolution jurisprudentielle a étendu le domaine d'application des lois des valeurs mobilières et, du fait même, le champ d'intervention des commissions chargées du secteur, au-delà de tout ce que le législateur pouvait raisonnablement viser il y a cinquante ans. Il en résulte une grande insécurité du fait qu'il est devenu facile, même en l'absence de toute intention frauduleuse, de se trouver impliqué dans un commerce illégal de valeurs mobilières. Aucun domaine n'est épargné. Qu'on achète la moitié d'une génisse pur-sang, ou une part dans un ordinateur, un appartement dans un complexe résidentiel de vacances — en pleine propriété ou selon la formule temporelle — ou un caveau familial, on pourrait, d'après la jurisprudence, être couvert par la Loi, initialement prévue pour la protection des épargnants. Les contrats de franchises, les concessions d'automobiles et certains contrats de distribution d'essence peuvent aussi être des contrats de placement de fonds. La Cour suprême du Canada, dans la seule décision qu'elle a rendue dans ce domaine, a étendu le concept au point de couvrir tout contrat où le risque pour l'investisseur serait indépendant de la qualité de gestion assurée par le prometteur. Le juge en chef Laskin était fortement dissident<sup>106</sup>. Cette approche judiciaire dépasse, nous croyons, les limites souhaitées d'une protection de l'épargne publique et intervient de manière parfois abusive dans les contrats. Cette définition large du mandat de la Commission aboutit curieusement à livrer à la discrétion administrative, avec la bénédiction des tribunaux judiciaires, une partie importante des activités commerciales.

---

104. 238 U.S. 293 (1946); Sur tous ces aspects, cf. N.N. ANTAKI, « Le Contrat de placement de fonds: une valeur mobilière envahissante », (1978) 19 *C. de D.*, 903; F. IACCUBUCCI, « Comment la loi doit définir une valeur mobilière », dans *Avant-Projet d'une loi canadienne...*, *supra*, note 70, T. 3, p. 249.

105. *Silver Hills v. Sobieski*, 361 P. 2d 906 (S.C. California, 1961).

106. *Pacific Coast Coin Exchange v. O.S.C.*, [1978] R.C.S. 112.

54. On pourrait faire une remarque supplémentaire sur la même question. En effet, les tribunaux ordinaires évitent habituellement d'intervenir dans l'appréciation économique d'une décision prise par les organes légitimes des compagnies et s'intéressent peu à des aspects comme les abus de la majorité, la prime payée pour l'acquisition des actions de contrôle, le contrôle de fait, etc. Les commissions de valeurs mobilières, à cause de la nature de leur mission, n'éprouvent aucune gêne à intervenir dans tous ces domaines et créent de la sorte un *case law* parallèle, qui finit par influencer les décisions des tribunaux civils<sup>107</sup>.

55. Ces différents aspects de l'élargissement de la base du droit administratif et, par conséquent, de la diminution quotidienne de la place réservée au droit civil traditionnel attriste la doctrine. Cependant, le droit des entreprises a sa logique propre. Il s'accommode facilement, somme toute, des exigences des affaires et des avantages de la rapidité, de l'unification des procédés et des techniques et de la multiplicité des organes réglementaires.

### Conclusion

56. Au terme de cette étude, nous demeurons perplexes. La tâche de la définition du droit de l'entreprise, même en droit québécois, dépasse les énergies et les connaissances d'un seul homme et peut difficilement tenir dans un petit article. Le droit de l'entreprise fait partie de cette énorme machine économique complexe qui réagit à des impulsions mal contrôlées.

Le législateur — répondant aux impératifs d'un besoin réel, aux indications d'une bureaucratie en mal de sécurité, à la sagesse d'une technocratie prudente ou tout simplement à un réflexe proche du complexe d'infériorité face au pouvoir d'imagination et d'efficacité des hommes d'affaires — a multiplié les définitions du concept d'entreprise au point de le rendre inintelligible et de limiter l'intérêt des références par analogie aux définitions identiques contenues dans des statuts différents.

La justice traditionnelle est entre deux âges. Elle est raisonnablement active mais parfois dépassée. Elle est souvent bousculée par sa jeune rivale, la justice du droit économique, à qui elle cède de plus en plus la place.

Face à cette situation le Docteur, libre de choisir son sujet et sa méthode, œuvre pour la science pure. Parfois Socrate, parfois Pythagore, il se sent écrasé par l'ampleur de la tâche, même s'il n'a aucun pouvoir réel. Finalement, tout le monde est fautif : la jurisprudence a péché par abstinence, le législateur par excès, et la doctrine par insuffisance. Mais le péché collectif n'est pas cause d'absolution. Tous les intervenants dans le monde juridique de l'entreprise doivent fournir un effort rapide et concret pour que le droit rejoigne finalement la réalité et qu'il vive à l'heure de l'économie.