

RÉFORME

DOCUMENT DE CONSULTATION

DÉCEMBRE 2007



LOI SUR LES COMPAGNIES

Québec 

RÉFORME

DOCUMENT DE CONSULTATION

DÉCEMBRE 2007

LOI SUR LES COMPAGNIES

Finances

Québec 

Réforme de la Loi sur les compagnies
Document de consultation

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Décembre 2007

ISBN 978-2-550-51706-1 (Imprimé)

ISBN 978-2-550-51707-8 (PDF)

© Gouvernement du Québec, 2007

Mot de la ministre

La *Loi sur les compagnies du Québec* accuse un retard important de compétitivité par rapport aux autres lois canadiennes et internationales sur les compagnies. En effet, sa dernière mise à jour importante remonte à 1981.

Il est temps de réformer la *Loi sur les compagnies du Québec* afin d'en moderniser la structure. La réforme devrait permettre un réexamen des dispositions de base qui régissent la constitution d'une compagnie, ainsi que des droits et responsabilités des actionnaires et des administrateurs. Elle devrait également permettre l'introduction, dans la Loi, de dispositions essentielles sur la protection des intérêts des actionnaires, créanciers, employés et autres intéressés. Ainsi, la *Loi sur les compagnies* pourrait devenir un outil moderne de développement économique, susceptible de conserver les compagnies existantes sous le régime québécois, et aussi d'attirer les entreprises en quête d'un régime législatif d'accueil.

Le document de consultation soulève des problèmes liés aux principales composantes de la Loi. Des avenues de solutions sont proposées, dans le but de susciter des commentaires. Tant le public que les experts sont invités à proposer leurs propres modifications ou à évoquer d'autres enjeux s'ils le souhaitent.

Une première réflexion s'amorce donc à l'égard des besoins réels exprimés jusqu'à maintenant par les milieux intéressés. Elle vise à trouver un juste équilibre entre modernisme, allègement du droit des compagnies, compétitivité et protection pour les divers acteurs touchés par la Loi.

La réforme de la Loi est une tâche d'une grande envergure qui revêt une complexité substantielle. C'est pourquoi je suis persuadée que cette consultation sera des plus utiles pour la faire progresser rapidement.

Les personnes intéressées pourront, dans le cadre de cette démarche, faire part de leur expertise ou, tout simplement, émettre leurs opinions, favorables ou non, à l'égard des hypothèses avancées. Je tiens à remercier par ailleurs les participants pour l'ensemble des commentaires, suggestions et recommandations qui seront transmis et qui orienteront cette réforme.

Ministre des Finances,
Ministre des Services gouvernementaux,
Ministre responsable de l'Administration gouvernementale et
Présidente du Conseil du trésor



Monique Jérôme-Forget

Table des matières

MOT DE LA MINISTRE.....	I
INTRODUCTION	3
1. ÉTAT DE SITUATION.....	5
1.1 La structure actuelle de la <i>Loi sur les compagnies</i>	5
1.2 Les principaux enjeux de la réforme de la <i>Loi sur les compagnies</i>	6
1.3 Une modernisation essentielle	8
2. RÉFORMES ENTREPRISES AILLEURS AU CANADA	9
2.1 Canada	9
2.2 Ontario.....	9
2.3 Alberta	10
2.4 Colombie-Britannique.....	11
3. LES PRINCIPAUX THÈMES À ABORDER DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION	13
3.1 Protection des actionnaires	13
3.1.1 Statu quo.....	13
3.1.2 Augmentation des droits, des pouvoirs et de la protection des actionnaires	14
3.1.3 Augmentation des mesures de protection des administrateurs.....	16
3.2 Amélioration des règles de gouvernance.....	18
3.2.1 En quoi consiste la gouvernance.....	18
3.2.2 Aperçu de certaines réformes axées sur la gouvernance	18
3.2.3 Arrimage avec la réglementation des valeurs mobilières.....	20
3.3 Augmentation de la compétitivité et du pouvoir d'attraction.....	20
3.3.1 Aide financière aux actionnaires	20
3.3.2 Défense de diligence raisonnable pour les administrateurs.....	22
3.3.3 Introduction des compagnies à responsabilité illimitée	23

3.3.4	Prorogation.....	24
3.4	Modernisation et allègement du droit des compagnies	24
3.4.1	Révision de la structure de la Loi	24
3.4.2	La Loi et les PME	25
3.4.3	Adaptation de la Loi aux nouvelles technologies.....	28
	CONCLUSION.....	31

Introduction

Depuis quelques années déjà, plusieurs lacunes dans la *Loi sur les compagnies* (appelée ci-après « la Loi ») sont constatées. Ainsi, à titre d'exemple, la Loi n'a pas été adaptée aux nouvelles règles très répandues en matière de gouvernance. De façon concrète, la Loi du Québec témoigne d'un certain retard par rapport à celles d'autres juridictions, où des règles de divulgation plus contraignantes ont été incorporées. Quels correctifs en matière de gouvernance devront être apportés à notre loi québécoise? La réforme se veut l'occasion de répondre à cette question.

De nombreux autres enjeux doivent également faire l'objet d'analyses à l'occasion de cette réforme. L'étude de ces enjeux permettra de rassembler des idées nouvelles sur le droit des compagnies en vue de faire de la Loi un outil du début du 21^e siècle, mieux adapté aux besoins variés de sa clientèle, actuelle et future.

Actuellement, la clientèle principale de la Loi est constituée de petites et de moyennes entreprises (PME). En effet, les compagnies comptant moins de 100 employés – la limite maximale la plus souvent utilisée pour définir les PME⁽¹⁾ – représentent plus de 90 % des entreprises constituées en vertu de la Loi (sous les parties I et IA)⁽²⁾.

En 2005, les PME fournissaient 54,3 % de l'emploi total au Québec; entre 2000 et 2005, elles avaient créé 48 % des emplois⁽³⁾. L'importance des PME dans l'économie du Québec est donc indéniable. C'est pourquoi, à l'occasion de cette réforme, le gouvernement souhaite analyser l'incidence de la Loi sur la création et le fonctionnement des PME et évaluer la possibilité de mieux adapter la Loi à cette clientèle.

En effet, la réforme sera l'occasion, pour tous ceux qui s'y intéressent, d'étudier, entre autres, l'opportunité d'adopter ou non les dispositions de la Loi à la taille des compagnies.

(1) STATISTIQUE CANADA, *Enquête sur la population active*, 2006.

(2) CENTRE INFORMATIQUE DU REGISTRE DES ENTREPRISES DU QUÉBEC, *Registiaire des entreprises*, 2006.

(3) BANQUE SCOTIA, *Small Businesses and Jobs*, 2005.

Face aux enjeux liés au droit des compagnies, ce document propose des principes directeurs qui pourraient guider le processus de réforme. Ainsi, la Loi réformée devrait notamment :

- améliorer les processus de prise de décision pour que l'entreprise soit en mesure de réagir plus efficacement dans un contexte de compétitivité;
- faciliter l'accès au capital à travers des moyens plus efficaces, tout en protégeant les principaux acteurs;
- permettre aux entreprises de traverser plus facilement toutes les étapes de leur cycle de croissance.

1. ÉTAT DE SITUATION

1.1 La structure actuelle de la *Loi sur les compagnies*

Outre de pourvoir à la création des personnes morales, une loi sur les compagnies définit et régleme toute une série de relations entre une variété de participants. L'importance de cette loi est capitale non seulement dans la vie des entreprises, mais également dans l'économie.

Au Québec, la *Loi sur les compagnies* a pour but d'encadrer la création, l'existence et la fin d'une entreprise ayant une personnalité morale, c'est-à-dire une existence juridique distincte de celle de ses créateurs. Cette personne morale poursuit un but, lucratif ou non.

À cette fin, la Loi est composée de quatre parties.

La partie I permet de créer une compagnie au moyen du dépôt de lettres patentes auprès du Registraire des entreprises. Elle contient également des dispositions de base qui s'appliquent aux personnes morales constituées en vertu d'une autre partie de la Loi, comme la partie IA, en y apportant « les adaptations nécessaires ».

La partie IA, telle qu'on la connaît, a été ajoutée en 1981. Elle permet de constituer une compagnie par simple dépôt de statuts auprès du Registraire des entreprises. Elle permet également la création d'une compagnie établie et gérée par une seule personne, les « one person company ». Il convient de souligner qu'il n'est plus possible, depuis 1981, de créer une compagnie en vertu de la partie I. Toutefois, le Québec compte encore aujourd'hui plus de 5000 entreprises créées en vertu de celle-ci. Par ailleurs, certaines dispositions de la partie I s'appliquent aux compagnies formées sous la partie IA. Ce sont là deux éléments qui complexifient la compréhension de la Loi.

La partie II concerne les entreprises à fonds social, soit des organismes du gouvernement, par exemple, ou toute autre personne morale à fonds social constituée par une loi particulière ou spéciale à des fins autres que la construction, l'exploitation d'un chemin de fer ou les assurances, à titre complémentaire de sa loi constitutive. Ainsi Hydro-Québec et la Société des alcools du Québec, deux sociétés d'État qui versent des dividendes au gouvernement, leur unique actionnaire, sont régies, outre par leur loi constitutive, par les dispositions de la partie II. Cette partie reprend en substance les dispositions contenues dans la partie I.

La partie III concerne la constitution des associations personnalisées, soit des organismes à but non lucratif recherchant une personnalité juridique distincte de leurs membres.

La réforme du droit des associations personnalisées

Une démarche parallèle sera entreprise en 2008 par le ministère des Finances en vue de réformer la partie III de la Loi, soit le droit des associations personnalisées. À cet égard, un document de consultation sera également disponible sous peu.

Les dispositions de la Loi sont tantôt d'application supplétive de volonté, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent à défaut d'entente entre les parties (c'est le cas pour la plupart des règles qui régissent l'existence de la personne morale), tantôt d'ordre public, c'est-à-dire qu'on ne peut y déroger même s'il y a entente entre les parties à cette fin (c'est le cas des règles encadrant la création de la personne morale).

Les dispositions du *Code civil du Québec* servent de droit supplétif lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions des lois applicables aux personnes morales, soit, en l'occurrence, la Loi et les autres lois applicables aux personnes morales (ex. : *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*).

1.2 Les principaux enjeux de la réforme de la *Loi sur les compagnies*

Si on le compare au droit des compagnies des autres juridictions au Canada, le droit québécois des personnes morales offre actuellement peu de recours juridiques adaptés particulièrement aux investisseurs. Bien que le *Code civil du Québec* leur accorde certains recours, les investisseurs québécois bénéficient d'une protection juridique moindre en comparaison, par exemple, avec le régime fédéral qui prévoit pour les actionnaires des droits préventifs et des recours curatifs (proposition d'actionnaires, vote par catégorie, droit de dissidence, recours en oppression, etc.).

Par ailleurs, la majorité des provinces canadiennes ont revu les règles de fonctionnement des personnes morales dans leur loi sur les compagnies. En cette matière, les dispositions de la Loi sont complexes, de sorte que les intéressés ont du mal, entre autres, à se conformer aux prescriptions relatives aux avis de convocation ou à tenir une assemblée annuelle. Le réexamen de ces dispositions centrales constitue un des nombreux enjeux de la réforme proposée.

Au chapitre des enjeux qui touchent plus particulièrement les compagnies publiques, notons que la Loi n'a pas évolué au rythme des pratiques financières en cours, par exemple celle relative à la dématérialisation des titres des compagnies⁽⁴⁾. La Loi prévoit toujours qu'un actionnaire a le droit de se faire remettre un certificat d'actions par la compagnie sur support papier, alors qu'en pratique, grâce aux registres centralisés créés au bénéfice des compagnies, la plupart des actionnaires ont en leur possession un relevé d'inscription en compte des titres qu'ils possèdent.

La protection juridique offerte aux investisseurs par le régime québécois pourrait également être améliorée dans un contexte de détention indirecte de titres (courtier ou chambre de compensation). Une ambiguïté juridique entoure les droits de propriété sur les titres de compagnies dans les transactions où des valeurs mobilières détenues de façon indirecte (vente, prise en garantie...) entrent en jeu.

La Loi pourrait également devoir être modifiée si les actions au porteur n'étaient plus permises comme certains le voudraient pour des motifs d'efficacité dans le règlement des transactions ou de lutte au blanchiment d'argent.

Par ailleurs, les dispositions de la Loi n'ont pas été adaptées aux nouvelles technologies de l'information. En effet, la Loi ne tient pas compte des changements intervenus dans les pratiques du monde des affaires bien que certaines de ces réalités soient désormais visées par la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*.

De plus, la Loi ne contient pas de réglementation particulière sur les actions à droit de vote multiple. La possibilité de légiférer dans ce domaine pourrait donc faire l'objet d'une analyse.

Quant aux dispositions visant la bonne gouvernance, la Loi n'en contient à l'heure actuelle que quelques-unes, très fragmentaires, relatives à la vérification. Il y a donc lieu de s'interroger sur la pertinence d'en ajouter d'autres.

Ces règles pourraient être lourdes puisqu'elles vont parfois, dans d'autres juridictions, jusqu'à englober, outre les prescriptions sur le fonctionnement des conseils d'administration ou les fonctions reliées à la vérification, les droits à l'information des actionnaires. Des États, comme le Royaume-Uni, ont importé dans leur loi sur les compagnies des dispositions visant la bonne gouvernance dont, entre autres, celle obligeant les administrateurs de compagnie à dévoiler *immédiatement* après une annonce importante tous les détails sur leur site Internet, avec notification aux actionnaires qui l'auront demandé. Cette obligation vise à permettre aux actionnaires de répondre ou d'exercer en toute connaissance

(4) L'Association canadienne des marchés des capitaux demande depuis plusieurs années de permettre la dématérialisation des titres, c'est-à-dire de ne plus imposer la production d'un certificat papier, pour les émissions faites par les compagnies, afin d'en arriver au règlement des transactions financières en T+1 (temps réel plus une journée) alors qu'elles s'effectuent actuellement en T+3.

de cause leurs droits dans des délais plus appropriés et à encourager un accès égalitaire à l'information entre les actionnaires et les marchés.

Enfin, l'absence de mécanismes de révision périodique de la Loi apparaît une lacune pour laquelle le gouvernement pourrait considérer des propositions.

Sans prétendre être exhaustive, cette énumération des enjeux illustre le besoin réel d'une réforme.

1.3 Une modernisation essentielle

Le « shopping » de juridictions est un phénomène de plus en plus courant au Canada et à l'échelle internationale. En effet, les dirigeants d'entreprise ont accès à des lois sur les compagnies de plus en plus compétitives.

Le « shopping » de juridictions

En droit des compagnies, le phénomène de « shopping » de juridictions se traduit par la recherche d'une loi (et d'une administration de celle-ci) susceptible de réduire les coûts de transaction essentiels et accessoires pour les actionnaires majoritaires, les dirigeants et les administrateurs de compagnie⁽⁵⁾.

Par ailleurs, au cours des dernières années, plus du tiers des entreprises constituées annuellement sous le régime fédéral proviennent du Québec⁽⁶⁾. Le droit corporatif provincial devrait être plus accueillant pour les entreprises du Québec.

Face à toutes les réformes réalisées ailleurs ou en cours de réalisation, le droit des compagnies du Québec, déjà dépassé depuis plusieurs années, est maintenant devenu désuet.

On comprendra donc aisément que les entreprises étrangères faisant affaire au Québec ou celles issues du Québec puissent être tentées de se constituer sous la loi d'une autre juridiction, plus adaptée à leurs besoins d'ordre juridique, tant sur le plan fonctionnel qu'opérationnel.

Étant donné que la Loi sert de levier à un environnement économique compétitif, en attirant les investissements, et qu'elle contribue ainsi au développement économique, les travaux de réforme de la Loi deviennent indispensables.

(5) MARIE-ANDRÉE LATREILLE, « *Le phénomène du « shopping » de juridictions pour personnes morales : c'est sérieux !* », Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, 1998.

(6) Sur les 21 053 compagnies créées sous le régime fédéral et enregistrées en 2006, 7 617 étaient des entreprises québécoises. En 2005 et 2004, sur respectivement 20 257 et 19 066 compagnies constituées sous le régime fédéral, 7 889 ainsi que 7 437 provenaient du Québec. SOURCE : Corporations Canada, mai 2007.

2. RÉFORMES ENTREPRISES AILLEURS AU CANADA

2.1 Canada

Industrie Canada, le ministère fédéral chargé de l'application de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.c.s.a.), a lancé des consultations en vue de la révision **quinquennale**, prévue dans cette loi depuis la réforme majeure qui a eu lieu en 2001.

Le document de consultation *Vers des normes améliorées en matière de régulation d'entreprise des sociétés constituées en vertu du droit fédéral* a été distribué à l'échelle pancanadienne en mai 2004. Le gouvernement fédéral s'est engagé à effectuer des réformes législatives destinées à s'assurer que les normes de régulation interne des compagnies constituées au niveau fédéral demeurent des plus élevées.

Les propositions de réforme à la L.c.s.a. soumises au cours de la consultation visent à accroître la transparence et la reddition de comptes des entreprises à l'endroit des investisseurs et des actionnaires. Elles portent sur le rôle et la composition des conseils, l'indépendance et la surveillance des vérificateurs, les rapports financiers et l'application de la loi.

2.2 Ontario

Le 11 mai 2005, à l'occasion du discours sur le budget, M. Greg Sorbora, ministre des Finances de l'Ontario, a annoncé qu'il entendait procéder à une vaste réforme des lois sur les compagnies et des lois commerciales. Le gouvernement a explicitement reconnu que cette réforme était nécessaire afin que la province de l'Ontario demeure compétitive face à des standards désormais internationaux. Ce faisant, le gouvernement de l'Ontario reconnaissait en somme que l'environnement législatif est un facteur important dans la prise de décision globale d'investissement.

L'Ontario a établi un plan en trois phases. La première phase visait la sanction de la *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières*, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. La deuxième phase devait mettre l'accent sur la réforme de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (*Ontario Business Corporations Act*, ou O.B.C.A.). À cet effet, le projet 152 a reçu la sanction royale le 20 décembre 2006 et est entré en vigueur le 1^{er} août 2007. Celui-ci a modifié de façon importante la O.B.C.A. en l'harmonisant, entre autres, avec la loi fédérale. Quant à la troisième phase, elle consistera à réduire et à simplifier les lois applicables aux personnes morales à but non lucratif.

La réforme de l'O.B.C.A. aura été l'occasion d'introduire, entre autres, les amendements suivants :

- l'obligation de résidence, voulant que 51 % des administrateurs d'une compagnie ontarienne résident au Canada, a été réduite à 25 % des administrateurs;
- les règles entourant les conflits d'intérêts entre les administrateurs et la compagnie ont été modifiées. Ainsi, les administrateurs n'ont plus uniquement l'obligation de s'abstenir de voter sur le ou les sujets à la source du conflit d'intérêts, mais ils doivent également quitter la réunion du conseil d'administration pour la durée des délibérations;
- la défense de diligence raisonnable pour les administrateurs a été élargie.

2.3 Alberta

Le gouvernement de l'Alberta a annoncé, à l'occasion du discours sur le budget de mars 2004, qu'il projetait d'apporter certains changements à sa loi sur les compagnies. Ces changements ont été réalisés et permettent désormais de créer, en Alberta, des compagnies à responsabilité illimitée (c.r.i.). L'Alberta espère ainsi augmenter sa part, au Canada, du marché des incorporations, notamment pour les entreprises américaines, lesquelles utilisent les c.r.i. dans les planifications fiscales. Jusque-là, seule la Nouvelle-Écosse offrait cette possibilité aux entreprises américaines, qui ont d'ailleurs été nombreuses à y établir le siège de leur filiale canadienne.

En Alberta, la responsabilité illimitée des actionnaires est solidaire et directe, et peut être invoquée en tout temps par les créanciers de la compagnie, et non seulement au moment de sa liquidation comme dans le cas des c.r.i. de la Nouvelle-Écosse. En effet dans cette province, la responsabilité des actionnaires est limitée mais résiduelle, c'est-à-dire qu'elle ne sera recherchée qu'au moment de la liquidation de la compagnie si les actifs de cette dernière sont insuffisants.

La loi albertaine sur les compagnies est à maints égards plus moderne et flexible que celle de la Nouvelle-Écosse, ce qui joue en sa faveur dans le « magasinage » des régimes législatifs. Celle du Québec, une fois réformée, devrait pouvoir concurrencer avantageusement la loi albertaine.

L'avantage de créer ce type de personne morale au Québec serait d'inciter les actionnaires américains (dirigeants) à établir leurs filiales canadiennes au Québec, en raison de la flexibilité fiscale que ce véhicule leur permet d'avoir aux États-Unis.

2.4 Colombie-Britannique

La Colombie-Britannique a complété une importante et substantielle réforme de sa loi sur les compagnies. Le *British Columbia Business Corporations Act* (B.C.B.C.A.), entré en vigueur le 29 mars 2004, et son règlement d'application, le *Business Corporations Regulation*, ont remplacé plusieurs lois à la fois.

La nouvelle loi répond à l'engagement du gouvernement de la Colombie-Britannique de faire en sorte qu'il soit plus facile, plus rapide et plus rentable de faire des affaires dans cette province.

Cette loi a remplacé une loi sur les compagnies devenue périmée. Elle a fourni une plus grande flexibilité aux compagnies dans les domaines de la gouvernance des entreprises, de la gestion et des finances. Elle a créé un environnement plus ouvert à l'investissement international, notamment en enlevant les conditions relatives au lieu de résidence des administrateurs et a, entre autres, simplifié les règles relatives aux conflits d'intérêts.

La loi reconnaît également les avancées technologiques et permet dorénavant aux compagnies d'effectuer la transmission électronique des documents se rapportant à leur constitution par un nouveau service appelé « Corporate Online ».

Tableau comparatif de certains aspects importants de lois corporatives

	Québec <i>Loi sur les compagnies, L.R.Q. chap. C-38</i>	Alberta <i>Business Corporations Act, chap. B-9 RSA 2000</i>	Ontario <i>Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. chap. B.16</i>	Canada <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C chap. C-44</i>	Delaware <i>Delaware Code Title 8 - Corporations</i>
Dernière révision	1981	2005	2007	2001	2007
Dispositions / chapitre spécifiques pour les PME	Non	Non	Non	Non	Oui
Dispositions encourageant le recours aux nouvelles technologies de l'information	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
Provision élargissant la protection des administrateurs envers des recours (Raincoat Provision)	Non	Non	Non	Non	Oui
Recours statutaire en oppression	Non	Oui	Oui	Oui	Non
Aide financière aux actionnaires permise	Non	Oui	Oui	Oui	Oui, sous réserve
Compagnies à responsabilité illimitée	Non	Oui	Non	Non	Oui, choix à faire
Prorogation possible	Non	Oui	Oui	Oui	Oui

« Raincoat Provision » : Il s'agit d'une clause incluse aux statuts de la compagnie, qui exonère à l'avance les administrateurs pour des manquements à leurs devoirs de prudence et de diligence.

Recours en oppression : Il s'agit d'un recours en équité accordant au tribunal des pouvoirs curatifs élargis en cas d'abus de droit ou d'injustice de la part de la compagnie ou de ses administrateurs et qui portent atteinte aux intérêts de toute personne ayant démontré un intérêt suffisant.

Aide financière : Il s'agit d'une opération ayant pour effet de remettre des sommes ou des biens d'une compagnie à ses actionnaires. Cette opération peut parfois revêtir la forme d'un prêt ou d'un cautionnement. Cette opération peut être utile pour le financement d'une entreprise.

Compagnie à responsabilité illimitée : C'est un type supplémentaire de compagnie pouvant être créée et au sein de laquelle la responsabilité des actionnaires, d'habitude limitée, est plutôt illimitée en cas de liquidation de la compagnie, et ce, si les actifs de cette dernière sont insuffisants.

Prorogation : La prorogation est un mécanisme permettant aux compagnies constituées sous le régime d'une loi constitutive donnée, de continuer leur existence sous le régime d'une loi sur les compagnies d'une autre juridiction.

3. LES PRINCIPAUX THÈMES À ABORDER DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION

Le but de la réforme est de faire de la loi sur les compagnies du Québec un cadre législatif efficace, moderne et simple, et ce, pour contribuer à stimuler l'activité économique au Québec. L'enjeu principal consiste donc à établir un équilibre entre la protection des actionnaires, des autres parties intéressées, et la réalisation des objectifs financiers des compagnies.

3.1 Protection des actionnaires

La loi québécoise sur les compagnies se démarque par rapport à la L.c.s.a. et aux autres lois provinciales par le fait qu'elle accorde aux actionnaires moins de droits, moins de pouvoirs et moins de protection.

La réforme de la Loi est donc l'occasion de choisir : convient-il de laisser en l'état actuel les droits, les pouvoirs et la protection dont bénéficient les actionnaires? de les accroître? ou de les réduire, en augmentant la protection accordée aux administrateurs?

3.1.1 Statu quo

Le premier choix consiste à laisser tels quels, ou à peu près, les droits, les pouvoirs et la protection des actionnaires.

Il est possible que pour les personnes qui se constituent en compagnie, la faiblesse des droits et de la protection des actionnaires minoritaires soit justement l'un des attraits majeurs de la Loi, par opposition à la L.c.s.a. Ces personnes seront généralement les actionnaires majoritaires, les administrateurs et les dirigeants des compagnies. Elles veulent avoir le moins d'obligations possible envers leurs actionnaires minoritaires, et ainsi limiter les risques de recours de leur part. Un cadre législatif accordant moins de droits et de recours aux actionnaires minoritaires les satisfait indubitablement.

□ Avantages et inconvénients

Le choix du *statu quo* se justifierait dans la perspective de démarquer la Loi dans l'arène du « shopping » de juridictions. Ainsi, la Loi continuerait de satisfaire et d'attirer certains actionnaires majoritaires, administrateurs et dirigeants, puisqu'elle comporte des dispositions limitées en matière de protection des actionnaires.

On peut remettre en question la pertinence de cette option, dans la mesure où la majeure partie de la clientèle de la L.c.s.a. vient du Québec et que cette loi accorde plus de droits et de protection aux actionnaires que la Loi. De plus, ce choix irait à l'encontre des tendances internationales en matière de bonne gouvernance, qui penchent vers un accroissement des droits, des pouvoirs et de la protection des actionnaires minoritaires.

Par rapport au *statu quo*, l'introduction éventuelle de la prorogation – importation et exportation de compagnies – est aussi un facteur à considérer. Les actionnaires d'une compagnie régie par la Loi pourraient être plus enclins à vouloir proroger la compagnie sous l'autorité d'une loi qui leur accorde plus de droits et de protection, et à l'inverse, les actionnaires d'une compagnie fédérale ou d'une autre province pourraient être moins enclins à la proroger sous l'autorité de la loi québécoise, qui leur accorderait moins de droits et de protection.

3.1.2 Augmentation des droits, des pouvoirs et de la protection des actionnaires

Plusieurs juridictions ont choisi d'accroître les droits et les recours des actionnaires afin que ceux-ci puissent éviter que leurs intérêts soient complètement négligés par la direction d'une compagnie. De telles dispositions au bénéfice des actionnaires tendraient, par le fait même, à augmenter la bonne gouvernance au sein des compagnies. À cette fin, plusieurs mesures pourront être étudiées au cours des travaux sur la réforme. Voici des exemples.

☐ Revoir la protection des actionnaires minoritaires dans le contexte des structures à actions à droit de vote multiple

Décriées par certains, les actions à droit de vote multiple sont plus souvent considérées comme avantageuses pour le développement économique du Québec. D'ailleurs, plusieurs des grandes compagnies québécoises qui se sont développées de façon remarquable, par exemple Bombardier inc. et Alimentation Couche-Tard inc., ont adopté une structure de capital avec actions à droit de vote multiple.

Les investisseurs qui achètent les actions de ce genre de compagnies se trouvent littéralement à acheter les valeurs de l'actionnaire majoritaire. En effet, cette structure sert, notamment, à assurer la continuité et l'engagement de l'entrepreneur fondateur dans l'entreprise. Une telle structure permet également aux compagnies de se prémunir contre les prises de contrôle hostiles.

Par ailleurs, le fait que certaines compagnies ont choisi, pour différentes raisons, d'émettre des actions à droit de vote multiple peut entraîner des conditions défavorables aux actionnaires minoritaires. Afin d'accroître la protection de ces derniers, serait-il nécessaire que le Québec se dote de mesures d'encadrement de cette pratique? Lesquelles seraient adéquates?

Faciliter le dépôt des propositions d'actionnaires

En vertu de la L.c.s.a. et de certaines lois des provinces, les actionnaires peuvent faire des propositions d'amendements aux statuts ou aux règlements au cours d'une assemblée annuelle, ce qui donne aux actionnaires l'initiative de ces changements.

Au Québec, les dispositions relatives aux propositions d'actionnaires (art. 98.1 à 98.12), semblables à celles de la L.c.s.a., ne sont pas en vigueur, l'adoption préalable par le gouvernement de règlements étant requise.

L'application éventuelle de ces dispositions est de toute manière problématique, car celles-ci entrent en conflit avec les dispositions de la Loi requérant l'adoption préalable d'un règlement par le conseil d'administration et la tenue d'une assemblée extraordinaire (pour les changements aux statuts), ce qui pourrait leur enlever toute force contraignante. Une adaptation serait donc nécessaire si on décidait de les mettre en vigueur.

Droit de dissidence

Ailleurs au Canada, les actionnaires en désaccord avec certains changements importants à la structure ou aux activités de la compagnie bénéficient du droit de dissidence, c'est-à-dire du droit de se faire racheter leurs actions par la compagnie à leur juste valeur.

Un tel droit devrait-il être conféré aux actionnaires de compagnies québécoises?

Introduction de recours pour les actionnaires minoritaires, tel le recours formel en oppression

Il s'agit d'un recours d'équité accordant au tribunal des pouvoirs curatifs quasi illimités en cas d'abus de droit ou d'injustice de la part de la compagnie ou de ses administrateurs, et qui portent atteinte aux intérêts des actionnaires, administrateurs, dirigeants et créanciers.

Dans les compagnies régies par la Loi, les actionnaires minoritaires ne disposent d'aucun recours de ce genre. Bien qu'au cours des dernières années, on ait constaté une certaine volonté des tribunaux québécois de pallier l'absence d'un « recours pour oppression » en étendant les limites traditionnelles du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure sur les personnes morales, en

vertu de l'article 33 du *Code de procédure civile*, personne ne peut dire jusqu'où cette initiative ira, ce qui suscite dans le milieu des entreprises de graves incertitudes.

C'est en raison des incertitudes sur la portée exacte du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure que nombre de plaideurs en droit des compagnies préféreraient que la Loi prévoie expressément un « recours pour oppression » d'une portée similaire à celui de la L.c.s.a., recours qui, après maintenant près de 30 ans d'usage, est bien connu et balisé par la jurisprudence.

❑ Avantages et inconvénients

Dans l'éventualité où l'augmentation des droits, des pouvoirs et de la protection des actionnaires est envisagée, les avantages seraient évidemment instantanés pour ces derniers. En revanche, il en serait autrement pour les administrateurs de compagnies, qui devront accomplir leur charge de façon plus transparente et, éventuellement, faire face à davantage d'interventions de la part des actionnaires. Cela sous-entend également qu'ils s'exposeraient à des sanctions plus nombreuses en cas d'inobservation des droits des actionnaires et, en corollaire, à une hausse potentielle des primes d'assurance responsabilité associées à leur fonction.

3.1.3 Augmentation des mesures de protection des administrateurs

La troisième possibilité consiste à mettre en place au Québec un cadre législatif s'inspirant de celui, « management friendly », du Delaware, État de prédilection pour la constitution de grandes entreprises américaines. Ce choix pourrait se justifier par le souci de placer le Québec dans un créneau qui semble particulièrement populaire en droit des compagnies, en lui faisant adopter dès maintenant l'approche américaine du « Business Judgment Rule » dont l'influence se fait irrésistiblement sentir en droit canadien des compagnies, et qui a reçu l'accolade de la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples c. Wise*, en 2004.

Il s'agirait alors d'ajouter au scénario de *statu quo* certaines mesures de protection additionnelle pour les administrateurs, dont les quatre ci-dessous :

- codifier le « Business Judgment Rule », par exemple à la lumière de l'article 180(2) du *Corporations Act 2001* de l'Australie;

<p>En général, le principe du « Business Judgment Rule » peut être invoqué par les administrateurs qui ont agi de bonne foi, sur la foi d'informations suffisantes, au moment de la prise de décisions d'affaires par ailleurs critiquées, et qui n'impliquent pas de violation à leurs devoirs fiduciaires. Les tribunaux se garderont d'intervenir <i>a posteriori</i> dans de telles situations.</p>

- permettre d’insérer dans les statuts une clause d’exonération (« Raincoat Provision »)⁽⁷⁾ des administrateurs pour leurs manquements à leurs devoirs de prudence et de diligence, qui empêcherait les actionnaires et les créanciers de les poursuivre en dommages. Dans l’état du droit actuel, ce genre de clause est expressément interdit dans les autres provinces canadiennes et dans la loi fédérale, et implicitement au Québec;
- retirer de la loi les tests financiers, source de responsabilité pour les administrateurs;
- limiter la destitution des administrateurs à mandats décalés⁽⁸⁾ (« Classified Boards »), ce qui empêcherait un acquéreur des actions de nommer la majorité ou plus des administrateurs et constituerait un moyen de défense très efficace contre les offres publiques d’achat non sollicitées.

□ Avantages et inconvénients

Ces mesures seraient certes impopulaires auprès des groupes de protection des investisseurs, mais elles feraient du Québec le « Delaware du Nord », c’est-à-dire un pôle d’attraction non seulement pour les grandes entreprises canadiennes, mais aussi pour les entreprises américaines. Afin de bénéficier pleinement de l’avantage concurrentiel que ces mesures confèreraient en matière de « shopping » de juridictions, elles pourraient être jumelées à la possibilité de la prorogation – importation et exportation.

Il est toutefois moins évident que ce choix convienne aux petites entreprises, clientèle principale de la Loi. Le droit actuel confère aux actionnaires minoritaires des recours curatifs relatifs. L’adoption de dispositions assurant une plus grande protection aux administrateurs risque de rendre leur situation encore plus précaire. À la limite, cela pourrait freiner l’apport de ces actionnaires, pourtant essentiel au sein des petites compagnies.

(7) Clause inspirée de l’article 102(b)7 du Delaware General Corporations Law, ou de l’article 2.02(b)(4) du Model Business Corporations Act.

(8) L’établissement de mandats décalés est une stratégie permise au Québec. Toutefois, cette possibilité est plus élaborée dans la loi du Delaware (art. 141 (d) et (k)). Elle prévoit que les administrateurs du conseil d’administration peuvent être élus selon des classes différentes, pour des mandats de un, deux ou trois ans qui viennent à échéance à tour de rôle, et que ceux-ci ne peuvent être révoqués que pour cause. Au Delaware, les administrateurs à mandat décalé sont donc mieux protégés. Les actionnaires peuvent toutefois en décider autrement dans les statuts, au départ, ou voter pour modifier le règlement établissant les mandats décalés.

3.2 Amélioration des règles de gouvernance

3.2.1 En quoi consiste la gouvernance

Les scandales, les excès boursiers et les crises financières des dernières années ont contribué à révéler l'importance que revêt une bonne gouvernance d'entreprise. Cette gouvernance, qui tend à assurer aux investisseurs que leur épargne est entre bonnes mains et que les dirigeants exercent leurs fonctions avec le souci de la faire fructifier grâce à la prospérité à long terme de l'entreprise, doit toutefois être circonscrite à l'aide de normes admises par toutes les parties intéressées dans l'existence des compagnies.

Une réflexion sur l'inclusion à la Loi de règles de gouvernance devrait donc être amorcée au Québec. Par ailleurs, les opportunités d'imposer ou de conserver un caractère d'adhésion volontaire aux règles visant la bonne gouvernance et d'étendre le devoir de divulgation dans la Loi doivent être évaluées. Sur cette matière, l'une des solutions est peut-être à travers une combinaison efficace de dispositions législatives et de principes émanant de l'Autorité des marchés financiers (l'AMF) pour les émetteurs assujettis en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Il faudra toutefois considérer que les analystes ne s'accordent pas sur le bien-fondé des règles visant la bonne gouvernance. Si certains auteurs en préconisent l'adoption, d'autres estiment qu'elles nuisent à l'évolution normale et au rendement des entreprises, en leur imposant de trop grandes précautions qui ont pour effet de freiner leurs actions et en sublimant de façon trop importante les risques pourtant intrinsèques au monde des affaires.

De telles dispositions, dans l'éventualité où elles seraient ajoutées à la Loi, devraient-elles viser tout type de compagnie? Dans la négative, quel est le critère qui circonscrit les compagnies? Actuellement, au Québec, seules les compagnies publiques, en vertu des règlements de l'AMF, ont le devoir de divulguer les règles de bonne gouvernance qu'elles ont choisi d'adopter. Il s'agit d'une adhésion libre et volontaire aux principes de bonne gouvernance élaborés par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) et édictés par l'AMF. Le critère de société publique versus société privée serait-il suffisant?

3.2.2 Aperçu de certaines réformes axées sur la gouvernance

La régie d'entreprise est devenue aujourd'hui un enjeu d'importance mondiale en raison des scandales récents (Enron, Parmalat, etc.) qui ont mis en cause des dirigeants d'entreprise.

Ces dernières années, le débat sur la gouvernance a progressivement pris de l'ampleur. Selon l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), quelque 30 codes de régie d'entreprise ont été adoptés au cours de la dernière décennie dans les pays membres de l'Union européenne (UE), en vue de mieux protéger les intérêts des actionnaires.

La plupart des réformes en droit des compagnies axées sur la gouvernance ont été entreprises en vue d'assurer aux actionnaires de compagnies une plus grande transparence et un plus grand accès aux informations. Ces réformes conduisent à des mécanismes de contrôle interne et de gestion des risques plus rigoureux.

La Commission des communautés européennes remarque que les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'UE témoignent généralement d'un remarquable degré de convergence⁽⁹⁾.

L'adoption des règles de gouvernance par les compagnies se fait la plupart du temps sur une base volontaire. Ces règles sont contenues dans des codes auxquels les compagnies décident d'adhérer et, parfois, dans des lois sur les compagnies. Lorsque les compagnies n'y adhèrent pas, elles doivent en expliquer les motifs. La divulgation de l'adhésion ou non à ces règles est une obligation dans la plupart des pays. Cette obligation n'est pas nécessairement édictée dans les lois sur les compagnies.

Toutefois l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni ont codifié dans leur loi le principe de « adhérer ou expliquer ».

Pour sa part, la loi suisse contient, depuis peu, de nouvelles dispositions favorisant la saine gouvernance. Ces dispositions, en vigueur depuis janvier 2007, se traduisent par des règles de divulgation plus contraignantes pour les dirigeants de compagnie, notamment en matière d'informations financières et de méthodes de rémunération.

Au Canada, la L.c.s.a. comprend, depuis la réforme de 2001, certaines dispositions visant la bonne gouvernance (notamment celle concernant le comité de vérification). Depuis cette réforme, la L.c.s.a. est plus axée sur la protection des actionnaires. Le gouvernement fédéral envisage d'introduire bientôt dans cette loi d'autres mesures visant la bonne gouvernance en s'inspirant des principes préconisés par les ACVM comme cela a été mentionné à la section 2.1.

Le gouvernement fédéral a compétence pour légiférer en matière de droit des compagnies. Il a compétence pour former des compagnies dont les objets sont autres que provinciaux, selon la théorie des pouvoirs résiduels. La détermination du véhicule législatif allait donc de soi, au niveau fédéral. Les règles de gouvernance se retrouveraient nécessairement dans la L.c.s.a., puisqu'elles ne

(9) COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Modernisation du droit des compagnies et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. Un plan pour avancer*, Bruxelles, 2003, 284 p.

pouvaient vraisemblablement se retrouver dans une loi sur les valeurs mobilières, une compétence exclusive des provinces.

Il pourrait en être autrement au niveau des provinces.

3.2.3 Arrimage avec la réglementation des valeurs mobilières

Au Québec, seules les compagnies publiques ont l'obligation de divulguer les règles de bonne gouvernance qu'elles ont choisi d'adopter. Il s'agit d'une adhésion libre et volontaire aux principes de bonne gouvernance édictés par l'AMF, en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.v.m.).

Ainsi, des règles additionnelles de gouvernance pourraient logiquement être intégrées à la L.v.m. en outre de celles prévues à la loi sur les compagnies. Une telle situation permettrait de viser spécifiquement les compagnies faisant un appel public à l'épargne, compagnies dont la taille justifie le recours à des règles plus exigeantes.

Cependant, l'insertion de telles règles dans la Loi pourrait en faire des devoirs ou des obligations sujets à des recours judiciaires plutôt qu'à de simples sanctions administratives. Ces règles, si elles sont trop contraignantes, pourraient aussi défavoriser la Loi en matière de « shopping » de juridictions. Mais la question pourrait ne pas se poser, si l'accent doit être mis sur une harmonisation avec la manière dont les règles de gouvernance sont adoptées ailleurs au Canada.

Par ailleurs, doit-on soustraire de l'application de toute règle de gouvernance les compagnies qui ne sont pas régies par la L.v.m.? Dans la négative, quelles seraient les règles minimales à inclure à la Loi?

3.3 Augmentation de la compétitivité et du pouvoir d'attraction

Le gouvernement considère que la Loi révisée devrait permettre de conserver les entreprises actuellement constituées au moyen de statuts québécois, de constituer la majorité des nouvelles entreprises québécoises à doter d'une personnalité morale et de s'imposer aux entreprises étrangères à la recherche d'un régime législatif. Pour atteindre ces objectifs, les hypothèses suivantes sont proposées.

3.3.1 Aide financière aux actionnaires

Une compagnie constituée en vertu de la partie IA ne peut faire de prêts à ses actionnaires, à moins de satisfaire aux exigences, très complexes, des tests de solvabilité et de liquidité.

L'aide financière

Dans l'intérêt de la compagnie, les administrateurs peuvent parfois consentir des prêts, des cautionnements ou d'autres formes d'aide financière aux actionnaires, à ceux de leur compagnie mère ou à une autre personne, sauf si la compagnie ne peut acquitter son passif à l'échéance (test de solvabilité) ou si la valeur comptable ou valeur de réalisation de ses actifs (déduction faite du montant de l'aide financière) devient inférieure au total de son passif et de son compte en capital-actions émis et payé (test de liquidité). Les administrateurs peuvent devenir solidairement responsables des montants non recouverts si les exigences relatives aux tests ne sont pas satisfaites.

En effet, la Loi soumet à des tests financiers, diverses opérations ayant pour effet de remettre des sommes ou des biens de la compagnie à ses actionnaires.

Ces opérations sont regroupées dans le chapitre intitulé « Règle concernant le maintien du capital » et elles comprennent l'acquisition (achat ou rachat) d'actions, la réduction du capital-actions, l'octroi d'une aide financière et le paiement d'un dividende.

L'application de ces tests est problématique parce que :

- La notion de « valeur de réalisation » n'est pas définie et peut difficilement être utilisée, en raison de son imprécision. Les comptables agréés ont comme consigne de ne pas donner d'opinion la concernant⁽¹⁰⁾.
- L'actif d'une compagnie peut-être déterminé en utilisant la méthode de la valeur comptable ou la méthode de la valeur de réalisation. L'une ou l'autre de ces méthodes est à la base des tests financiers que les administrateurs doivent appliquer avant de pouvoir effectuer une opération qui touchera le capital de la compagnie.

« L'interprétation de l'expression « valeur de réalisation » suscite donc une certaine incertitude. D'une part, on avance que cette expression désigne la valeur marchande et, s'il n'y a pas de marché, le prix de liquidation raisonnable. D'autre part, on prétend que la valeur de réalisation est souvent moindre que la valeur marchande puisqu'une liquidation forcée rapporte normalement moins que la vente d'une entreprise encore en opération. L'expression « valeur de réalisation de l'actif » a par conséquent un sens très large et peut revêtir différentes significations(...) »⁽¹¹⁾.

(10) INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, « *Services relatifs à des questions de solvabilité* », Note d'orientation concernant la vérification et les domaines connexes, Manuel de l'ICCA, 4 nov. 1988.

(11) JAMES SMITH, *La Partie IA de la Loi sur les compagnies – Les commentaires*, vol.3, Montréal, C.E.J., 1981, p.217.

— la notion comptable de « passif » a évolué depuis l’adoption de la partie IA de la Loi, pour inclure des sommes qui n’en faisaient initialement pas partie, comme le prix de rachat d’actions rachetables à la demande de leurs détenteurs ou à date prédéterminée, ce qui rend les tests trop restrictifs et entraîne parfois une double prise en compte de certains montants, en particulier pour le rachat d’actions.

Par ailleurs, la responsabilité potentielle des administrateurs pour un cautionnement fourni pour un emprunt de la compagnie mère constitue un obstacle à des financements de groupes de compagnies et désavantage le Québec en matière de « shopping » de juridictions, étant donné que la L.c.s.a. et les lois d’autres provinces ont écarté cet obstacle.

Or, ces difficultés peuvent être éliminées.

Une première solution consisterait à abroger complètement les tests relatifs à l’octroi d’une aide financière, à l’instar de ce qui a été fait dans la L.c.s.a. à l’occasion de la réforme de 2001 et dans la loi ontarienne en 2007.

Cette avenue a pour inconvénient de manquer de cohérence, en cessant de restreindre une forme d’atteinte à la règle du maintien du capital (l’aide financière) tout en continuant de restreindre les autres formes (versement de dividendes, acquisition d’actions et réduction de capital).

L’autre solution consisterait à abroger le test de liquidité, tout en conservant le test de solvabilité qui pourrait même s’étendre non seulement à l’aide financière, mais également aux autres formes d’atteinte à la règle du maintien du capital (dividende, acquisition d’actions et réduction du capital). La protection statutaire des créanciers et des actionnaires continuerait d’être assurée, par l’application des devoirs généraux des administrateurs et, en cas de violation de ces devoirs ou d’injustice envers les actionnaires, par l’intervention du tribunal.

Cette solution semble être avantageuse en raison de sa simplicité et de sa clarté. C’est celle qui a été adoptée dans le nouveau *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique. Elle est conforme au concept du maintien du capital qui, à l’origine, visait à protéger les créanciers en assurant qu’ils conservent leur priorité, par rapport aux actionnaires, sur les biens de la compagnie.

3.3.2 Défense de diligence raisonnable pour les administrateurs

Depuis 2001, la L.c.s.a. prévoit pour les administrateurs une défense de diligence raisonnable plus étendue que celle énoncée dans la Loi, qui se limite à la défense de se fonder de bonne foi sur l’opinion ou le rapport d’un expert, et qui ne peut pas jouer en matière de responsabilité pour les salaires des employés.

Une solution, attrayante pour les fondateurs d'entreprises appelés à en devenir les administrateurs, pourrait consister à accorder aux administrateurs une défense de diligence raisonnable au moins aussi étendue que sous la L.c.s.a., opposable à tous les cas de responsabilité civile, y compris celle pour les salaires impayés des employés.

3.3.3 Introduction des compagnies à responsabilité illimitée

Les compagnies à responsabilité illimitée⁽¹²⁾ sont un type supplémentaire de compagnie qui peut être formée actuellement en Nouvelle-Écosse, en Alberta et en Colombie-Britannique. Quoique illimitée, la responsabilité des actionnaires d'une telle compagnie n'est pas automatique; celle-ci ne sera recherchée qu'au moment de la liquidation de la compagnie si les actifs de cette dernière sont insuffisants (dans le cas de la compagnie à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse).

Grâce aux critères énoncés par la Cour suprême américaine dans un jugement datant de 1935⁽¹³⁾, les U.L.C. peuvent être considérées comme des sociétés de personnes par les autorités fiscales américaines. De plus, ces dernières ont réaffirmé les critères de la Cour suprême à l'intérieur de règlements et ont confirmé en 1995 que les U.L.C. de la Nouvelle-Écosse étaient considérées comme des sociétés de personnes aux fins de la fiscalité américaine⁽¹⁴⁾.

Par exemple, le statut de société de personnes permet à l'actionnaire américain d'une U.L.C. de déduire directement de son revenu personnel les intérêts sur emprunt dus par la U.L.C. canadienne, comme le ferait un vrai sociétaire dans une société de personnes.

En outre, au Canada, les U.L.C. sont de vraies personnes morales et déduisent également les intérêts dans leur propre déclaration de revenus. Il s'agit donc d'une double possibilité de déduction pour la même dépense d'intérêts, ce qui rend ce type de compagnies attrayantes pour les entrepreneurs américains.

L'utilisation d'une U.L.C. dans le cadre de transactions transfrontalières Canada-États-Unis reposerait donc sur les avantages fiscaux importants qu'elle entraîne dus, entre autres, à la possibilité d'obtenir deux déductions pour une même dépense de placement (cumul des déductions). Toutefois l'existence de ces avantages fiscaux vient d'être remise en question à la lumière du *Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune*, signé le 21 septembre 2007.

(12) Traduction de *Unlimited Liabilities Companies* (U.L.C.).

(13) *Morrissey c. Commissionner*, 296 U.S. 344 (1935).

(14) INTERNAL REVENUE SERVICE, LTR 9538020, 22 juin 1995; Tax Analyst, 95 TNI 186-8, 22 septembre 1995.

La fiscalité applicable à ce type de compagnies est présentement analysée par le ministère des Finances. Par ailleurs, le ministère des Finances du Canada a notamment émis des inquiétudes sur l'utilisation des U.L.C. en ce qui a trait à la fiscalité applicable aux opérations étrangères de sociétés canadiennes.

3.3.4 Prorogation

La prorogation est un mécanisme permettant aux compagnies, constituées sous le régime d'une loi constitutive donnée, de continuer leur existence **sous le régime d'une autre loi** sur les compagnies.

Au Canada, la Loi est la seule qui ne permette pas la prorogation d'une compagnie du Québec sous un autre régime législatif (exportation), ou d'une compagnie d'un autre régime législatif sous la Loi (importation).

L'absence d'un tel mécanisme était justifiée, à l'époque, par la crainte d'un exode des compagnies québécoises vers d'autres régimes canadiens. Quoiqu'il en soit, cette absence peut être contournée. En effet, les compagnies québécoises qui veulent se proroger sous un autre régime parviennent indirectement à ce résultat au moyen du mécanisme relativement complexe de la fusion tripartite.

Dans la mesure où la réforme vise à rendre la Loi aussi, sinon plus attrayante que les autres lois sur les compagnies, rien ne devrait s'opposer à ce que le mécanisme de la prorogation y soit intégré. Sans ce mécanisme, la Loi risquerait de demeurer moins attrayante pour les dirigeants d'entreprise. En revanche, la possibilité de proroger favoriserait le rapatriement sous la Loi, des compagnies dont les actionnaires avaient initialement opté pour la L.c.s.a., et qui pourraient être désireux maintenant de tirer parti des avantages comparatifs de la Loi réformée.

3.4 Modernisation et allègement du droit des compagnies

3.4.1 Révision de la structure de la Loi

La structure actuelle de la Loi est désuète et peu conviviale. Sa partie I concerne les compagnies formées par dépôt de lettres patentes. Or, au Québec, les compagnies ne sont plus formées de cette façon depuis l'ajout de la partie IA à la Loi. Cette partie de la Loi a toutefois été conservée lors de la dernière révision. Des dispositions touchent encore aujourd'hui les compagnies constituées par dépôt de statuts (partie IA), en devant y faire les « adaptations nécessaires ».

Lors de la réforme de 1975 de la *Loi sur les corporations canadiennes*⁽¹⁵⁾, le gouvernement fédéral avait obligé les compagnies formées à l'aide de lettres patentes à se continuer à l'aide de statuts dans un délai de rigueur de cinq ans, à défaut de quoi elles cessaient d'exister.

En conséquence, la L.c.s.a. constitue, depuis 1980, un régime intégré et unique pour les sociétés par actions canadiennes.

Dans l'objectif de simplifier le droit québécois, la possibilité de remplacer les parties I et IA de la Loi par une loi unique et intégrée régissant toutes les compagnies québécoises et donc d'effectuer ou d'imposer la continuation, sous ce nouveau régime, des compagnies déjà formées sous ces parties pourrait être considérée.

3.4.2 La Loi et les PME

Devant le constat selon lequel la loi québécoise sur les compagnies régit en majeure partie des PME, il importe d'apporter une attention particulière au régime législatif qui leur est applicable. Celui-ci est-il trop complexe? La Loi leur impose-t-elle des règles trop compliquées ou coûteuses qui nuisent à leur création et à leur essor économique?

De par son revenu et son nombre d'employés et d'actionnaires, une compagnie privée, comme une PME, a généralement des besoins différents de ceux d'une compagnie publique, notamment au chapitre de la tenue des assemblées et de la protection des actionnaires minoritaires.

Il conviendrait peut-être, dès lors, d'examiner l'opportunité d'instaurer une loi spécifique pour les PME, d'intégrer à la Loi un chapitre spécifique, ou encore d'incorporer au *Code civil du Québec* les dispositions pertinentes pour les PME. Une continuation de l'entreprise pourrait être possible sous l'un ou l'autre des régimes au fur et à mesure de son développement.

Le régime applicable aux PME et même possiblement à toutes les compagnies privées pourrait notamment se traduire par :

- un assouplissement des règles de fonctionnement dans le cas de la « one person company »;
- une simplification des procédures décisionnelles, notamment lorsque les administrateurs sont les seuls actionnaires de la compagnie.

(15) Plus tard devenue la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44.

❑ Situation au Delaware

Les « close corporations » du Delaware sont une forme d'entreprise qui se définirait, en droit québécois, tantôt comme une personne morale fermée, tantôt comme une société de personnes incorporée⁽¹⁶⁾. Les « close corporations » bénéficient de la personnalité juridique distincte face aux membres. D'ailleurs, la loi sur les compagnies du Delaware⁽¹⁷⁾ spécifie que l'acte constitutif de la « close corporation » peut prévoir que celle-ci fonctionnera comme une société de personnes sans lui faire perdre son statut de personne morale. La loi du Delaware comprend un chapitre particulier destiné aux « close corporations ».

Le capital-actions (actions votantes) de ce genre d'entreprise est souvent peu diffusé (maximum 30 actionnaires votants) et difficilement négociable. Toutefois, la taille de l'entreprise peut être considérable et le fait d'être une « close corporation » n'implique pas nécessairement que l'entreprise soit artisanale.

Les actionnaires de ce genre de personne morale sont bien souvent des proches. La doctrine américaine fait d'ailleurs état des rapports étroits entre actionnaires qui caractérisent ce type d'entreprise. Les « close corporations » impliquent un engagement de tous les instants des actionnaires qui, bien souvent, portent à la fois les chapeaux d'administrateurs, de dirigeants et d'employés de l'entreprise.

❑ Situation au Royaume-Uni

La réforme entreprise au Royaume-Uni en droit des compagnies vise plusieurs objectifs, dont celui de favoriser les compagnies privées en allégeant leur réglementation. Le ministère britannique de l'Industrie a d'ailleurs coiffé le processus de réforme du slogan « Think small first ». Cela montre bien l'importance qu'accorde le gouvernement au fait d'adapter la loi sur les compagnies à la situation particulière des PME.

Le comité chargé de la réforme de la loi britannique avait souligné dès le lancement des travaux de réforme que la loi imposait une réglementation excessive aux petites compagnies. Selon ce comité, la loi, puisque trop peu transparente, entraînait des défauts de s'y conformer adéquatement.

En effet, la loi était complexe et portait à confusion. Par exemple, les administrateurs des compagnies étaient trop souvent incapables de comprendre clairement les procédures fondamentales à suivre, leurs devoirs et leurs droits dans l'administration de leur compagnie.

(16) STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002, 884 p.

(17) Delaware Code Title 8 : « Corporations ».

Les propositions avancées dans le cadre de la réforme visaient :

- à introduire des mesures afin de simplifier l'administration des compagnies, comme le processus décisionnel⁽¹⁸⁾, ou la constitution d'une compagnie;
- à préserver les droits des actionnaires minoritaires, dans le but d'encourager le capital de risque, tout en limitant le nombre d'interventions inappropriées que ceux-ci peuvent faire pour ne pas entraver les activités économiques de la compagnie;
- à préciser clairement les dispositions de la loi qui s'appliquent impérativement aux compagnies privées.

Le gouvernement britannique a finalement suivi la plupart des recommandations concernant les PME formulées par le comité chargé de la réforme en introduisant dans la « *Companies Act of 2006* » des dispositions qui s'adaptent aux besoins des PME. La nouvelle loi sur les compagnies a été sanctionnée le 8 novembre 2006 et est entrée en vigueur en janvier 2007.

Royaume-Uni - Exemples de mesures introduites pour les PME

- Allègement des procédures de constitution et réduction des informations à fournir auprès du Registraire.
- La tenue d'une assemblée annuelle n'est plus requise, à moins que 75 % des actionnaires ne le demandent (à prévoir par amendement aux règlements de la compagnie nécessitant une résolution spéciale).
- Toutes les résolutions écrites ordinaires de la compagnie, signées par 50 % des actionnaires habiles à voter, sont valides. Ce pourcentage est haussé à 75 % dans le cas des résolutions spéciales. Elles sont considérées comme ayant été valablement approuvées en assemblée générale.
- Codification des devoirs des administrateurs, autrefois issus de plusieurs sources dont la *common law*, dans la « *Companies Act of 2006* ».
- Possibilité pour une compagnie de faire des prêts à ses actionnaires.
- Une transaction entraînant un conflit d'intérêts entre la compagnie et un ou des administrateurs peut désormais être directement approuvée par les autres administrateurs, sans être soumise à l'approbation des actionnaires, si les documents constitutifs le prévoient.

(18) Le comité a proposé, entre autres, que la loi révisée prévoie clairement que n'importe quelle décision, que la compagnie a le pouvoir de prendre, puisse l'être sans observer aucune des dispositions se rapportant à cette matière dans la loi lorsque tous les actionnaires le désirent unanimement. Il s'agirait là d'une codification d'un principe de *common law* qui prévoit qu'une entente informelle légale exprimant le consentement unanime vaut autant qu'une résolution approuvée au cours d'une assemblée générale.

3.4.3 Adaptation de la Loi aux nouvelles technologies

Dans son rapport publié en mars 2002, le « King Committee on Corporate Governance » de la République d’Afrique du Sud, dont les travaux portaient sur les principes de gouvernance applicables aux compagnies, recommandait que le vote aux assemblées d’actionnaires et la transmission des procurations se fassent par voie électronique, afin de faciliter au maximum les communications entre les actionnaires et les compagnies.

Par ailleurs, les auteurs du rapport soulignaient que les compagnies devraient être autorisées à produire leurs documents d’entreprise sur support électronique, à condition bien entendu qu’une version papier soit disponible à la demande de toute personne intéressée.

« The Company Act should be reviewed to identify areas where electronic communication would improve governance and communication between companies and their shareowners. A particular area for consideration, in line with developing international practice, is electronic voting by shareowners and the electronic transmission of proxies »⁽¹⁹⁾.

Plusieurs moyens techniques permettent déjà le vote électronique de même que les communications électroniques. Bien des compagnies en font d’ailleurs usage. Toutefois, les dispositions de la Loi n’ont pas été adaptées de façon à les prévoir. Il y aurait lieu de voir si la Loi pourrait être modifiée, en se basant sur les dispositions de la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l’information*, dans le but de faciliter l’utilisation de ces différents moyens.

Communications électroniques entre la compagnie et ses actionnaires

Au Canada, en vertu de la L.c.s.a., toute compagnie peut dorénavant transmettre ses documents d’entreprise par voie électronique ou au moyen d’une autre technologie, pour autant qu’une version papier existe et qu’elle soit disponible à la demande des intéressés. Le libellé des nouvelles dispositions est souple, de manière à ne pas imposer aux compagnies d’obligations de recourir à des technologies particulières.

Par ailleurs dans la L.c.s.a., les livres et registres peuvent être tenus à l’étranger, s’ils demeurent accessibles au Canada par voie électronique. Le libellé actuel de la Loi laisse planer un doute sur la possibilité de tenir des livres et registres sur support électronique et à l’étranger.

(19) KING COMMITTEE ON CORPORATE GOVERNANCE, King Report on Corporate Governance for South Africa, Institute of Directors in Southern Africa, 2002.

□ Assemblée et vote électronique

En France, la *Loi de mai 2001 sur les Nouvelles régulations économiques* ouvre la voie à la participation des actionnaires aux assemblées annuelles par l'entremise de moyens électroniques, en amendant les règles du quorum et des majorités en ce sens. Les actionnaires et administrateurs peuvent dorénavant remplir leur rôle sans être présents physiquement.

La L.c.s.a. autorise également les actionnaires à participer à des assemblées d'actionnaires et à y voter de façon virtuelle, à l'aide de tout moyen de communication (téléphonique, électronique ou autre; art. 135 (5) de la L.c.s.a.) pourvu, d'abord, que les règlements de la compagnie les y autorisent.

□ Dépôt de documents par Internet

Au niveau fédéral, le Centre de dépôt des formulaires en ligne de Corporations Canada permet aux utilisateurs enregistrés de transmettre par Internet les avis et documents (statuts constitutifs, rapports annuels, changements d'adresses, changements des administrateurs et autres formulaires) exigés en vertu de la L.c.s.a.

Le dépôt en ligne présente des avantages, notamment :

- une grande commodité : le dépôt peut être effectué à partir du bureau ou de la maison, et le centre de dépôt électronique est ouvert sept jours par semaine, 24 heures par jour;
- un traitement rapide des statuts : les demandes étant envoyées directement dans une base de données, Corporations Canada peut les traiter le même jour ou le lendemain, selon le moment du dépôt et la complexité de la demande.

Par ailleurs, le Centre de dépôt des formulaires en ligne de Corporations Canada offre une réduction des droits de constitution. Les transactions effectuées par l'entremise du Centre de dépôt électronique sont tarifées 200 \$, au lieu des droits habituels de 250 \$.

En Ontario, le site Internet www.OnCorpDirect.com remplit ces mêmes fonctions. Il s'agit d'une des entreprises dont les services ont été retenus par le ministère des Services gouvernementaux pour permettre aux compagnies de présenter, par Internet, leurs statuts constitutifs, leurs rapports annuels, leurs changements d'adresse, leurs changements d'administrateurs et autres formulaires. Les compagnies Cyberbahn Inc. et Dye & Durham sont d'autres fournisseurs privés. Le ministère exige des droits de 300 \$ pour le dépôt électronique des statuts constitutifs. Les fournisseurs de services exigent des frais additionnels pour leurs services en ligne.

Afin d'adapter la loi québécoise sur les compagnies à l'ère des nouvelles technologies, un tel service devrait être accessible aux compagnies québécoises. Il répondrait également à la volonté exprimée par le gouvernement de simplifier l'administration des entreprises dans son *Plan d'action gouvernemental en matière d'allégement réglementaire et administratif en faveur des entreprises* déposé en août 2004.

Conclusion

Une foule d'avenues peuvent être explorées dans le cadre de la réforme du droit québécois des compagnies. C'est pourquoi les hypothèses proposées dans ce document de consultation ne sont aucunement exhaustives. Elles ne constituent que le point de départ de travaux d'envergure.

La plupart des pays revoient périodiquement l'ensemble de leurs lois afin qu'elles aient une influence positive sur leur économie.

Aussi, reconnaissant que la *Loi sur les compagnies* est un véhicule législatif important ayant une incidence significative sur l'économie, et que la réforme du droit des compagnies au Québec est devenue une nécessité, le gouvernement du Québec a décidé, par la publication du présent document de consultation, de lancer les travaux menant à cette réforme.

Toute personne ou tout organisme qui désire exprimer son opinion dans le cadre de ces travaux doit soumettre ses commentaires au plus tard le 14 mars 2008. Par ailleurs, la transmission par courriel d'une version électronique de ces commentaires serait appréciée. Les commentaires transmis pourraient être rendus publics dans le cadre des travaux.

La correspondance doit être adressée à :

M. Maurice Lalancette
Directeur général de l'encadrement du secteur financier et des personnes morales
Ministère des Finances
8, rue Cook, 4e étage
Québec (Québec) G1R 0A4

Téléphone : (418) 646-7545
Télécopieur : (418) 646-5744
Courriel : dpif@finances.gouv.qc.ca

