

Les Cahiers de droit



La responsabilité contractuelle du promoteur

Robert Demers

Volume 19, Number 3, 1978

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042264ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042264ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

When a promoter contracts in the name of a corporation to be formed, the question arises of knowing who will be liable on the contract. Whether the promoter of the corporation can be sought out for inexecution of the contract remains a vexed question since the famous *Kelner v Baxter* rules established over a century ago. In Quebec law, such rules are admitted by provincial jurisprudence but recent cases suggest alternative recourses to bind either parties. These are examined in this commentary.

Cite this article

Demers, R. (1978). La responsabilité contractuelle du promoteur. *Les Cahiers de droit*, 19(3), 811–819. <https://doi.org/10.7202/042264ar>

Chronique de jurisprudence

La responsabilité contractuelle du promoteur

Robert DEMERS *

Major et Martin Inc. v. Landsman et al.,
Cour supérieure Montréal, 9 décembre 1977,
n° 05 006 555 73

When a promoter contracts in the name of a corporation to be formed, the question arises of knowing who will be liable on the contract. Whether the promoter of the corporation can be sought out for inexecution of the contract remains a vexed question since the famous Kelner v. Baxter rules established over a century ago. In Quebec law, such rules are admitted by provincial jurisprudence but recent cases suggest alternative recourses to bind either parties. These are examined in this commentary.

	Pages
1. Les faits	812
2. Le droit.....	813
3. Le jugement	814
4. Une justification possible: la gestion d'affaires	816
5. De lege data et de lege ferenda	817

Dans l'affaire récente *Major et Martin Inc. v. Landsman*¹, la Cour supérieure examine pour la première fois de façon exhaustive les règles applicables à la responsabilité contractuelle du promoteur. Dans le droit des corporations commerciales de tradition anglo-américaine, cette question

* Avocat et professeur, Faculté de droit, Université Laval.

1. Cour supérieure de Montréal, 9 décembre 1977, n° 05 006 555 73, juge Jacques Dugas, La décision est rapportée aux pages 821 et suivantes de ce volume.

a fait l'objet de nombreuses controverses depuis plus d'un siècle et si nos rapports judiciaires contiennent ici et là certaines références à la question², l'affaire *Landsman* offre par contre une étude détaillée de toutes les facettes de ce problème.

1. Les faits

Les faits de l'affaire *Landsman* sont simples. M. Landsman désire former une corporation et obtenir du ministère de l'Expansion économique régionale (MEER) une subvention d'établissement d'usine. À cette fin, il approche la demanderesse, Major et Martin Inc., qui se spécialise dans la préparation de pareils dossiers.

Une entente intervient entre cette dernière et M. Landsman qui agit au contrat « on behalf of Mouton Quebec Limited, to be incorporated »³. Il ne fait donc pas de doute que la demanderesse savait fort bien que la compagnie n'existait pas au moment de la conclusion de ce contrat⁴.

La demanderesse prépare alors un prospectus qu'elle soumet au MEER en vue d'obtenir une aide gouvernementale. Il est intéressant de noter qu'elle décrit dans ce document Mouton Industries Quebec comme étant en fait une corporation légalement constituée⁵. Six mois plus tard, le ministère annonce la subvention à la corporation qui a alors une existence légale. Malgré les termes de la convention pré-incorporative, Mouton Industries Quebec néglige de payer les honoraires de la demanderesse. Une mise en demeure est envoyée à la compagnie de même qu'à M. Landsman et finalement, une action est intentée contre ces mêmes personnes. La question de droit soulevée devant le tribunal est claire : qui du promoteur ou de la compagnie est responsable du contrat conclu avant la constitution de la compagnie ?

2. Voir entre autres le jugement de la Cour provinciale dans *Hewlings v. Miroitchik*, [1972] R.P. 22, pour la décision majeure en droit québécois sur ce point.

3. À la page 822 du jugement. Notons la différence entre ce nom et celui de la future compagnie qui est Mouton Industries Quebec Inc. Une telle différence n'a cependant aucune importance au niveau contractuel : cf. W. Fletcher, *Cyclopedia of the law of corporations*, vol. 6, 1968 rev. ed., Mundelein, Callaghan & Co., 1968, par. 2445.

4. « La demanderesse savait fort bien, pourtant que la compagnie n'existait pas encore ». (*Id.*, à la p. 822).

5. Peut-il s'agir dans un tel cas d'une fausse représentation ? Voir *Choquette v. Paquin*, (1929) 35 R.L., n.s. 245 ; *Pearson v. Lighthall*, (1895) 7 C.S. 201, 202.

2. Le droit

Quant à la responsabilité du promoteur, le juge Dugas procède en premier lieu à l'examen des principes qui régissent une pareille question en droit anglais et en droit québécois. Le juge commence par qualifier la règle de *Kelner v. Baxter*⁶. D'aucuns prétendent que l'arrêt *Kelner* aurait établi comme règle de base que dans une telle situation le promoteur est toujours responsable : en effet, il ne saurait y avoir de contrat si le tiers contracte avec une compagnie inexistante. Dans un tel cas, il faut donc présumer que le tiers a voulu lier le promoteur pour donner un sens au contrat et une telle présomption résulte de l'application de la maxime *ut res magis valeat quam pereat*⁷. Le juge refuse d'admettre une interprétation aussi sévère de l'affaire *Kelner* et préfère accepter les tempéraments apportés par la jurisprudence subséquente dans *Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd.*⁸ par la Cour d'appel anglaise et par la *High Court* australienne dans l'affaire *Black v. Smallwood*⁹. Ces deux tribunaux ont qualifié la rigueur de l'affaire *Kelner* en indiquant qu'il s'agissait avant tout de rechercher dans chaque cas l'intention des parties d'après la preuve soumise au tribunal et d'établir selon les règles traditionnelles d'interprétation des contrats si le promoteur avait voulu être lié par la convention¹⁰.

Ainsi, lorsque dans le contrat lui-même, le promoteur indique qu'il ne s'engage pas personnellement, il est évident qu'on ne peut lui attribuer une intention présumée qui serait contraire à l'intention manifeste¹¹. Dans deux décisions de nos tribunaux provinciaux citées par le juge, nous retrouvons ces mêmes règles, à savoir que le promoteur ne peut être lié par un contrat pré-incorporatif à moins d'établir son intention de contracter d'après la convention elle-même et que dans l'examen de cette question, une clause de non-responsabilité devrait être concluante en faveur du promoteur¹².

Le juge fait remarquer que dans cette instance, c'est « l'intention manifeste des parties »¹³ qu'il faut tenter d'apprécier et il cite à cet égard la décision du juge-en-chef Gold dans *Hewlings v. Mirotchick*¹⁴, où ce dernier

6. (1866) L.R. 2 C.P. 174; 36 L.J.C.P. 94; 15 L.T. 213.

7. J.H. GROSS, *Company promoters*, Tel-Aviv, Tel-Aviv University, 1972, aux pp. 186 et suivantes, où l'auteur analyse tous les aspects de l'arrêt.

8. [1954] 1 Q.B. 45 (C.A.).

9. [1966] 117 C.L.R. 52.

10. Voir les pages 4-7 du jugement; J.H. GROSS, *op. cit.* aux pp. 188-195; R. DEMERS, « From the *Bubble Act* to the pre-incorporation trust: investor protection in Quebec law », (1977) 18 C. de D. 335, à la p. 371.

11. J.H. GROSS, *op. cit.* aux pp. 195-200.

12. Le juge Dugas examine dans ce contexte *T.W. Hand Fireworks Co. v. Baikie*, (1911) 39 C.S. 227 (C.R.) et *Hewlings v. Mirotchick*, *supra*, n. 2.

13. À la p. 824 du jugement.

14. *Supra*, n. 2.

insistait sur le fait que «(t)he real question is always what the parties intended (...)»¹⁵.

Dans l'affaire *Landsman*, le juge observe que la demanderesse savait en tout temps que la défenderesse n'était pas incorporée mais que néanmoins, «la demanderesse n'a jamais considéré monsieur Landsman comme le co-contractant»¹⁶. Aussi, après analyse de la convention, le juge conclut «que ce contrat ne démontre pas l'intention de la demanderesse d'obliger personnellement le défendeur et ne témoigne pas de l'intention de Landsman de s'obliger personnellement»¹⁷. Si Landsman n'est pas partie au contrat, l'action doit donc être rejetée quant à lui. Par contre, si ce dernier ne peut être recherché en justice pour l'inexécution de ce contrat, la demanderesse peut-elle alors invoquer la responsabilité de Mouton Industries Quebec Inc.?

3. Le jugement

L'affaire *Kelner v. Baxter*¹⁸ examinée auparavant avait aussi établi il y a plus d'un siècle les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'appréciation de cette question. La Cour anglaise avait en effet décidé qu'un contrat conclu avant l'existence de la corporation ne pouvait lier cette dernière après sa constitution même s'il y avait eu ratification : la ratification a un effet rétroactif et aurait dans un tel cas pour résultat de permettre la création d'une relation obligationnelle à un moment où une des parties au contrat n'existe pas. La conséquence d'une telle nullité est donc claire : si la compagnie ne peut ratifier le contrat, elle doit contracter *de novo* pour lier le tiers ou tirer parti de l'entente¹⁹.

Le principe de l'affaire *Kelner* fut admis au Québec dans le contexte des règles du mandat qui sont les mêmes que celles de l'*agency* de *common law* sur ce point. Nos tribunaux ont en effet refusé d'admettre que la ratification d'un tel contrat soit possible et ont conclu que la compagnie doit s'engager de nouveau, dans une convention distincte, pour créer un lien avec les tiers²⁰. De plus, si la ratification est impossible, l'adoption du contrat l'est encore plus : en effet, la théorie de l'adoption du contrat, d'inspiration américaine²¹, veut que la corporation qui adopte purement et

15. *Id.*, à la p. 26.

16. À la p. 822 du jugement.

17. *Id.*, à la p. 824.

18. *Supra*, n. 6.

19. J.H. GROSS, *op. cit.*, aux pp. 177-178.

20. J. SMITH, «Duties and powers of promoters in the company law of the province of Quebec», (1973-74) 76 *R. du N.* 207 et 269, aux pp. 218-219.

21. J.H. GROSS, *op. cit.*, aux pp. 211-215.

simplement le contrat, tout comme si elle avait eu pleine capacité lors de sa formation, puisse en affirmer la validité²². La théorie de l'adoption du contrat avait été sévèrement critiquée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morin*²³ et encore récemment, nos tribunaux rappelaient qu'une telle approche est inconciliable avec l'esprit de notre droit²⁴.

Dans l'affaire *Landsman*, la compagnie défenderesse n'invoquait pas la nullité de la convention en vertu de la règle de *Kelner v. Baxter*:

Mais ici, la compagnie en fait son affaire, c'est-à-dire, que poursuivie par une partie qui invoque la contrat, elle accepte de traiter le contrat comme existant (...) ²⁵.

La compagnie avait en effet adopté une résolution en vue de ratifier les actions de *Landsman*²⁶ mais nous savons qu'une telle ratification ne peut en aucun cas valider le contrat²⁷. Le juge Dugas, dans cette affaire, semble malgré tout favoriser la thèse de la ratification habilitante ou du moins, celle de l'adoption:

Si j'avais à décider de l'affaire sur ce seul point, c'est avec beaucoup de réticence que j'accepterais le point de vue qui veut qu'on ne puisse *adhérer* à un contrat comme celui-ci. Fort heureusement, je n'ai pas en l'espèce à prendre position dans la controverse puisque ni la demanderesse ni la défenderesse n'invoquent dans leurs procédures la nullité de ce contrat²⁸.

La position du juge Dugas ne peut être admise en droit civil: la Cour suprême a en effet rappelé l'impossibilité de ratifier ou d'adopter un contrat dans de telles circonstances²⁹ et on comprend mal l'attitude du juge qui, sans doute par souci d'équité, ne voit aucune difficulté à modifier les règles fondamentales du droit des obligations. L'argument de la nullité est aussi un point faible de ce jugement: lorsqu'un contrat est vicié à sa base même parce qu'une des parties n'existe pas, ne s'agit-il pas d'une nullité absolue qu'il faut invoquer d'office³⁰? Le juge Dugas refuse d'admettre ceci et reconnaît l'effet du contrat entre les parties en se réfugiant derrière

22. *Ibid.*

23. *Provincial Hardwoods Inc. v. Morin*, [1966] R.C.S. 58.

24. *Dame Maria Klein - Schwarz v. Paul Powell et Empire Ethnic Pageantry*, [1976] C.P. 24, résumé du jugement du juge Laganière rendu le 29 décembre 1975, C.P. 02 - 010 255 - 755, à Montréal, aux pp. 13-14 du jugement intégral.

25. À la p. 824 du jugement.

26. *Ibid.*

27. *Supra*, n. 23 et 24.

28. À la p. 825 du jugement. Le souligné est de l'auteur.

29. *Supra*, n. 23.

30. J.L. BEAUDOUIN, *Les Obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, aux pp. 151-152, par. 266 et à la p. 144, par. 251.

le fait que la nullité de la convention n'est pas invoquée: notons de plus qu'une telle approche permet de valider la convention en appliquant indirectement la théorie de l'adoption.

L'affaire *Landsman* reconnaît donc que la corporation peut en effet adopter un contrat si elle le désire: une telle conclusion est contraire à plus d'un siècle de jurisprudence anglo-canadienne et ne devrait pas être reçue dans notre droit. Dans l'affaire *Landsman*, il aurait fallu un contrat *de novo*, ou, si une telle approche manque dans certains cas de sens pratique, invoquer la protection des règles du quasi-contrat ou encore se tourner vers la réforme statutaire.

4. Une justification possible: la gestion d'affaires

Si le tribunal estime que la corporation doit être liée à tout prix par le contrat conclu avant sa constitution, il peut en effet faire appel aux règles des quasi-contrats et invoquer dans ce cas l'application du *negotiorum gestio*³¹. Le tribunal suggère vaguement dans une partie du jugement qu'il s'agit là en effet de la position qu'il adopte³² mais cet extrait de la décision est si peu clair qu'il ne peut s'expliquer sans obliger le lecteur à tirer des conclusions très spéculatives sur quelques mots bien sibyllins. Dans une affaire récente portant sur une situation semblable à l'arrêt *Landsman*, la Cour supérieure s'est penchée sur la question du promoteur en tant que gérant d'affaires. Ainsi, dans *W. Locke et A. Rosentzveig v. Challenge Mills Ltd.*³³, le juge Bergeron faisait remarquer qu'il est vrai que notre jurisprudence s'est longtemps attachée à la règle de *Kelner v. Baxter*³⁴ mais qu'une lente évolution doctrinale et jurisprudentielle permet maintenant d'affirmer que si la compagnie ne peut être liée par un contrat pré-incorporatif en vertu des règles de la représentation par mandat, elle peut néanmoins l'être par l'application des règles du *negotiorum gestio*. Ainsi, le tribunal affirme dans cette affaire:

(...) il suffit que le *gestor* (en l'occurrence et dans le présent cas, les promoteurs) gère les affaires entreprises dans l'intérêt de la compagnie à être formée et conserve cette initiative jusqu'à ce que la compagnie soit en mesure d'assurer sa propre gestion. Le consentement, la capacité et l'existence même du 'principal' ne constituent pas des éléments nécessaires dans le cas de *negotiorum gestio* (...)³⁵.

31. Voir J. SMITH, *loc. cit.*, *supra*, n. 20, aux pp. 226-232, 286-289 et 293-295 et R. DEMERS, *supra*, n. 10, aux pp. 376-377.

32. À la p. 825 du jugement.

33. Cour supérieure de Montréal, le 25 septembre 1977, no 500 05 015 888 769, (juge Bergeron).

34. *Id.*, à la p. 10, citant l'arrêt classique de notre droit en la matière: *Duquenne v. la Compagnie générale des boissons canadiennes*, (1907) 31 C.S. 409 (C.R.).

35. *Id.*, à la p. 11, référant à la thèse du professeur Smith sur cette question, *supra* n. 31.

La gestion d'affaires permet en effet d'imposer à la future compagnie des obligations contractées pour son compte avant sa constitution par un promoteur : une seule condition est exigée par le Code pour lier la future corporation, à savoir, la gestion doit être utile ou en d'autres mots, elle doit avoir procuré un bénéfice à la corporation et non une perte³⁶. Lorsque le promoteur est considéré à titre de gérant d'affaires, il supporte le risque de sa gestion car si les contrats qu'il signe au nom de la future compagnie ne sont pas avantageux, cette dernière sera libérée de toute responsabilité et le promoteur engagera alors la sienne³⁷. Dans l'affaire *Landsman*, si le tribunal avait envisagé le promoteur comme gérant d'affaires de Mouton Industries Quebec Inc., il aurait pu facilement conclure que cette dernière était liée par les contrats signés en son nom par Landsman et reconnaître, dans un jugement d'équité conforme au droit et non à l'intuition, les droits de la demanderesse.

5. *De lege data et de lege ferenda*

L'affaire *Landsman* illustre de façon claire le problème fondamental du droit corporatif québécois. D'une part, nos tribunaux se sentent encore liés par certaines décisions des Cours anglaises sur les principes généraux applicables aux corporations commerciales et d'autre part, ils sentent confusément la pertinence des solutions de droit civil dans la discussion de cette question³⁸. Ce lourd héritage — les Romains parleraient d'une *dam-nosa hereditas* — ne sera probablement jamais liquidé de façon satisfaisante par nos cours : les tribunaux et les commentateurs rivalisent à qui mieux mieux pour établir des distinctions qui peuvent sembler bien spé-cieuses à l'observateur objectif de ces débats. Aussi, c'est la réforme statu-taire qui apportera, on ose espérer, une solution finale aux divergences plus que centaines sur cette question particulière. La loi fédérale³⁹ reste le grand modèle sur lequel la plupart des législations canadiennes ont cal-qué leurs propres solutions et sur ce point, elle prévoit essentiellement la responsabilité du promoteur⁴⁰ jusqu'à ce que la corporation adopte le contrat et le libère par ce fait de ses obligations⁴¹. Le tribunal conserve

36. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, vol. 5, Montréal, C. Théoret éd., 1901, aux pp. 309-310; J.L. BAUDOUIN, *op. cit.*, aux pp. 205-206, par. 382 et J. SMITH, *supra*, n. 20, aux pp. 288-289.

37. J.L. BAUDOUIN, *op. cit.*, à la p. 206 par. 384.

38. Voir dans le jugement complet de l'affaire *Klein-Schwarz*, *supra*, n. 24, à la p. 6, le juge Laganière remarque : « L'on peut donc, au Québec, s'en remettre aux principes du droit civil après avoir d'abord appliqué strictement les prescriptions prévues à la Loi des compagnies, régies par la «common law». Le souligné est de l'auteur.

39. *Loi des corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-76, c. 33, article 24.

40. Article 14 (1) LCCC.

41. Article 14 (2) LCCC.

cependant une discrétion complète pour imposer une responsabilité au promoteur ou à la corporation selon l'équité de chaque situation⁴². Enfin, la loi exclut de ces règles la responsabilité du promoteur lorsque ce dernier a prévu dans la convention une clause de non-responsabilité⁴³.

La loi fédérale n'est cependant pas sans défaut à ce chapitre. Ainsi, l'article 14 ne s'applique qu'aux conventions écrites, ce qui a le fâcheux effet de soumettre à l'application du droit commun les conventions orales⁴⁴. Le paragraphe 2 de l'article 14 parle aussi de ratification dans le texte français tandis que le texte anglais mentionne l'adoption, ce qui dans les circonstances semble être une description plus précise du mécanisme juridique⁴⁵. Observons aussi que l'adoption par la corporation a pour effet de libérer le promoteur : une telle solution est logique mais peu soucieuse de la protection des intérêts des tiers. Sur ce point donc, il eût peut-être été préférable de prévoir un recours contre le promoteur en cas de défaut de la part de la corporation plutôt que de laisser cette question à l'appréciation du tribunal⁴⁶. Certes le législateur fédéral a voulu redonner à la Cour supérieure un pouvoir vaste de surveillance et de réforme dans cette nouvelle législation, mais tout en revalorisant la fonction judiciaire dans ce cas, n'abdique-t-il pas sa propre fonction législative ? Finalement, l'article 14 consacre la validité des clauses d'exonération, mais même ici, on peut se demander si une telle exclusion pouvait se faire sans protéger adéquatement le tiers qui souvent reste la victime de spéculateurs éhontés⁴⁷.

Sous la loi fédérale, la question de la responsabilité pour un contrat conclu avant la constitution d'une corporation est donc assez bien réglée même si certaines difficultés demeurent : outre la sempiternelle question constitutionnelle⁴⁸, la législation fédérale pourrait donc être déjà révisée et améliorée considérablement.

42. Article 14 (3) LCCC. Voir la décision dans *Bank of Nova Scotia v. Williams*, (1976) 12 O.R. (2d) 709 (H.C.), sur l'interprétation d'une section semblable du statut ontarien, où le tribunal exerce sa discrétion en recherchant l'intention des parties. Voir aux pages 712 et 713 du jugement (le juge Van Camp). Comparez avec la règle normale en droit québécois : *supra*, n. 15.

43. Article 14 (4) LCCC.

44. J. SMITH, R. DEMERS, A. POUPART et Y. RENAUD, *Droit des compagnies*, vol. 1, Montréal, Legico Enr., 1977, aux pp. 4-26 et 4-27.

45. *Id.*, à la p. 4-26. H.G. HENN, *Handbook of the law of corporations*, 2^e éd., St-Paul, West Publ. Co., 1970, à la p. 185.

46. *Id.*, à la p. 4-27.

47. *Id.*, à la p. 4-29. Voir aussi Gross, *op. cit.*, aux pp. 199-200.

48. SMITH, DEMERS et al., *op. cit.*, à la p. 4-25 ; Y. CARON, « L'interprétation de la Loi sur les corporations commerciales canadiennes en fonction du droit provincial : aspects constitutionnels et interaction du droit civil et du *common law* », *Conférences Meredith 1975*, Toronto, Richard De Boo Ltd., 1975, aux pp. 66-68.

Pour ce qui est du législateur québécois, il peut profiter de cette expérience fédérale et de notre jurisprudence centenaire d'une richesse étonnante sur ce sujet pour offrir au monde juridique une solution qui, sans être parfaite, pourrait répondre à beaucoup de questions qui restent encore aujourd'hui sans solution définitive.