

REVUE JURIDIQUE THEMIS
VOL 42 NUM 1 - 2

L'HARMONISATION DE LA
LOI CANADIENNE SUR LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS AVEC
LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS
Proposition de révision

HARMONIZATION OF THE CANADA
BUSINESS CORPORATIONS ACT
WITH QUEBEC CIVIL LAW
Revision Proposal

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel / Email : achats@editionsthemis.com

Internet : editionsthemis.com

Téléphone / Phone number : (514) 343-6627

Télécopieur / Fax number : (514) 343-6779

Les contrats préconstitutifs*

Paul MARTEL**

* Cette étude a été préparée à la demande du ministère de la Justice du Canada. Les propos énoncés dans cette étude ne constituent pas des propositions de modification législative. Elle a été déposée en mai 2007.

** Conseiller spécial, Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Plan

I. Historique	17
A. La règle de common law.....	17
B. L'intervention législative	19
C. La situation au Québec.....	20
II. Le régime fédéral	23
A. L'article 14(1) LCSA	24
B. L'article 14(2) LCSA	26
C. L'article 14(3) LCSA	27
D. L'article 14(4) LCSA	28
III. Le régime québécois	28
A. La <i>Loi sur les compagnies</i>	28
B. Le <i>Code civil du Québec</i>	34
C. L'arrêt <i>Rasmussen</i>	35
IV. Conflit de lois	39
V. Dissociation	41

I. Historique

A. La règle de common law

En 1866, l'arrêt anglais *Kelner v. Baxter*¹ a établi qu'une compagnie ne peut être liée par un contrat conclu en son nom avant sa constitution, et que la personne qui signe un tel contrat dans l'intérêt de la compagnie encourt de ce fait une responsabilité personnelle. Pour que la compagnie soit liée, elle doit conclure un nouveau contrat.

Cette proposition a eu cours en droit anglo-canadien pendant près d'un siècle². Puis, en 1953, la Cour d'appel d'Angleterre, dans l'arrêt *Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd.*³, a jugé qu'une personne qui signe un contrat en tant que mandataire (« agent ») d'une compagnie inexistante n'a pas le droit de poursuivre le tiers contractant en son propre nom pour faire exécuter le contrat. En 1965, l'arrêt australien *Black v. Smallwood*⁴ a établi que la personne qui signe un contrat au nom d'une compagnie inexistante n'est pas liée par celui-ci, à moins d'une intention contraire de la part des parties. Ce nouveau principe, qualifié par un auteur de « *de facto* eviscération of *Kelner v. Baxter* »⁵, a subséquemment été suivi par les tribunaux de common law.

L'arrêt *Wickberg c. Shatsky*⁶ a précisé, en *obiter*, que la personne signant le contrat pour la compagnie inexistante pouvait néanmoins encourir une responsabilité en *tort* s'il induisait le tiers contractant en erreur quant à l'existence de la compagnie.

¹ (1866) L.R. 2 C.P. 174 (Court of Common Pleas).

² Voir notamment: *Natal Land & Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd.*, (1904) A.C. 120; *Repetti Ltd. c. Oliver-Lee Ltd.*, (1922) 52 O.L.R. 315; *Provincial Hardwoods Inc. c. Morin*, [1966] R.C.S. 58.

³ [1954] 1 Q.B. 45, (1955) 1 All E.R. 708 (C.A.)

⁴ [1965] A.L.R. 744, 39 A.L.J.R. 404 (Aust. H.C.)

⁵ Jacob S. ZIEGEL, "Promoter's Liability and Preincorporation Contracts", (1990) 16 *Can. Bus. L.J.* 341.

⁶ (1969) 4 D.L.R. (3d) 540 (B.C.S.C.).

Les principes susmentionnés ont bien été synthétisés par Kevin Patrick McGuinness, dans son ouvrage *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*⁷:

3.152 *Earlier case law suggested that if the promoter ("X") contracted with the contractor ("Y") on the basis that X was acting as the agent of a non-existent corporation, then X would be personally liable to Y under the contract. More recent cases have backed away from this clear but draconian rule and have held that whether X will be liable to Y depends upon the intention of the parties. It seems reasonably clear on this basis that if X disclosed the non-existence of the corporation prior to its formation, then any contract purportedly entered between Y and X acting on the corporation's behalf would be no contract at all. A contract could arise in such a case only if it was a fair inference that X intended to incur a personal liability. If X and Y both mistakenly assumed that the corporation existed, but it did not, then no contract would arise.*

3.153 *Irrespective of the potential liability of X and Y to each other if the corporation was never formed, if the corporation did come into being, the case law was reasonably clear that it was not possible for the corporation to ratify the contract purportedly made on its behalf by X. However, post-incorporation novation of the contract was possible, provided (of course) that the consent of Y could be obtained to such an arrangement. Short of an actual novation, the benefit of the contract might be assigned so as to permit the corporation to enforce the contract, but that did not give Y the right to enforce the contract against the corporation nor did it release X from the liability that X had assumed under it.*

Cette règle de common law, « universellement jugée comme insatisfaisante »⁸ a été résumée en ces termes par le groupe de travail Dickerson.

⁷ Kevin Patrick McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporation*, Toronto, Butterworths, 1999, p. 182 et suiv.

⁸ Robert W.V. Dickerson, Leon Getz et John L. Howard, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes (« Rapport Dickerson »)*, vol. 1, Ottawa, 1971, p. 25; Leon Getz, dans son article « Pre-Incorporation Contracts: Some Proposals », (1967) *U.B.C.L. Rev.-C.E.* 381, avait décrit la règle comme étant « *in a thoroughly unsatisfactory state* », et l'arrêt *Kelner v. Baxter* comme « *technically correct* » mais « *economically unsound* » (p. 399); A.J. Easson et D.A. Soberman, dans leur article « Pre-Incorporation Contracts: Common Law Confusion and Statutory Complexity », (1992) 17 *Queen's L.J.* 414, intitulent un de leurs chapitres « The Common-Law – From Fiction to Fallacy » (p. 421), et déclarent « *Indeed, it seems somewhat perverse that the law grants better protection to a person who knowingly enters into a contract with a non-existent corporation than to someone who does so unwittingly* » (p. 432).

D'après les règles actuelles de la common law, une corporation ne peut ratifier un contrat conclu prétendument pour elle avant son incorporation: Kelner v. Baxter, (1866) L.R. 2 C.P. 174; Repetti Ltd. v. Oliver-Lee Ltd., (1922) 52 O.L.R. 315. Il ne lui est pas non plus possible de confirmer un tel contrat. Pour y être partie, elle doit renégocier un nouveau contrat après son incorporation: Natal Land and Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd., (1904) A.C. 120.

En common law, l'individu qui négocie avec un promoteur peut s'apercevoir non seulement qu'il n'a pas lié par contrat la corporation, mais qu'il n'a pas lié non plus le promoteur, soit parce que ce dernier a expressément écarté sa responsabilité (comme dans l'arrêt Black v. Smallwood (1966) Aust. Argus Report 944). La théorie sous-jacente dans ce cas semble être que la personne qui fait affaire avec un promoteur avait l'intention de faire de la corporation son débiteur et donc qu'il ne saurait par la suite en choisir un autre meilleur. En pratique donc, la forme du contrat a une importance toute particulière et des différences minimes dans la terminologie contractuelle peuvent à elles seules décider des droits et obligations des parties. En plus, dans les contrats verbaux, il existe des difficultés supplémentaires de preuve et des problèmes de témoignages contradictoires. Même si, dans certains cas, le tiers peut avoir d'autres recours contre le promoteur (voir à ce sujet l'arrêt Wickberg v. Shatsky, (1969) 4 D.L.R. (3d) 540), ceux-ci ne représentent la plupart du temps que des substituts inadéquats aux recours contractuels.

B. L'intervention législative

En Ontario, le *Select Committee on Company Law* a recommandé, en 1967, l'abrogation de la règle de *Kelner v. Baxter*, de manière à permettre à la compagnie d'adopter un contrat préconstitutif fait en son nom et de retenir la responsabilité du promoteur jusqu'à cette adoption⁹. Cette recommandation a été suivie, menant à l'adoption de l'article 20 du *Ontario Business Corporations Act* de 1970¹⁰, se lisant :

20.

(1) *In this section,*

(a) "contract" means a person who enters into a pre-incorporation contract in the name of or on behalf of a corporation before its incorporation;

⁹ *Interim Report*, Toronto, 1967, p. 10 et suiv.

¹⁰ R.S.O., 1970, c. 53.

(b) “other party” means a person with whom a contractor enter into a pre-incorporation contract;

(c) “pre-incorporation contract” means a contract entered into by a contractor in the name of or on behalf of a corporation before its incorporation.

(2) A corporation may adopt a pre-incorporation contract entered into in its name or on its behalf, and thereupon the corporation is entitled to the benefits and is subject to the liabilities that were contracted in its name or on its behalf and the contractor ceases to be entitled to such benefits or to be subject to such liabilities.

(3) Where a pre-incorporation contract is not adopted by a corporation, the contractor is entitled to the benefits and subject to the liabilities under the contract and is entitled to recover from the corporation the value of any benefit received by the corporation under the contract.

(4) Whether or not a pre-incorporation contract is adopted by the corporation, the other party may apply to the court which may, notwithstanding subsections 2 and 3, make an order fixing or apportioning liability as between the contractor and the corporation in any manner the court considers just and equitable under the circumstances.

En 1971, le groupe de travail Dickerson, allant dans le même sens que cette initiative ontarienne, a recommandé un régime similaire de ratification des contrats préconstitutifs et de responsabilité personnelle des promoteurs¹¹. Suivant cette recommandation, le législateur fédéral a adopté, en 1975, l'article 14 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*¹² (devenue la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA »)).

L'Ontario (en 1982) et plusieurs autres provinces canadiennes ont subséquemment calqué leurs lois corporatives sur la loi fédérale, incluant son article 14.

C. La situation au Québec

Le Québec n'a pas suivi l'exemple du fédéral et des autres provinces pour ce qui concerne les contrats préconstitutifs.

¹¹ *Rapport Dickerson*, vol. 1, par 68 à 73, et vol. 2, art. 2.10.

¹² S.C. 1974-75, c. 33.

Au Québec, la situation en cette matière était pour le moins confuse. La règle de common law de *Kelner v. Baxter* était suivie par les tribunaux québécois¹³, mais certains auteurs et juges étaient d'avis qu'elle ne devait pas l'être en raison de l'existence, en droit civil, de mécanismes juridiques permettant à une compagnie d'être liée par un contrat préconstitutif tels la délégation, la stipulation pour autrui, l'obligation contractuelle, la ratification par la conduite, le *negotiorum gestio* et l'enrichissement sans cause.

*In common law, the only way a company can be bound by a pre-incorporation contract is by entering into a completely new contract, repeating the terms of this preliminary agreement. This is the classic rule of Kelner v. Baxter. Certain judges and legal writers consider that the common law on this point is applicable in Québec. [...] This view is incorrect. Although it is right to say that a company can be bound by a new contract or at least by novation of contract, there exist other legal mechanisms in civil law which a company can be held to a pre-incorporation contract. These rules do not exist in common law, consequently, the civil law gives added protection to the interests of third parties contracting with a company before its incorporation.*¹⁴

De plus, l'article 31 de la *Loi sur les compagnies*, qui se lisait :

[La compagnie] est immédiatement saisie de toute propriété et des droits mobiliers et immobiliers, possédés pour elle jusqu'à la date des lettres patentes en vertu de tout fidéicommiss [in trust, disait la version anglaise] créé en vue de sa constitution en corporation.

dérogeait à la règle de common law en prévoyant un « fidéicommiss préconstitutif » liant automatiquement la compagnie à compter de sa constitution. Cette disposition¹⁵ faisait appel à une notion de common law, le fidéicommiss (*trust*), qu'il était difficile d'expliquer à

¹³ *Duquenne c. La Compagnie générale des boissons canadiennes*, (1907) 31 C.S. 409, 431 ; *Komery c. Restaurant Komery Inc.*, [1965] B.R. 853, 856 et suiv. ; *In re A. Leclerc & Co. Ltd.*, (1926) 32 R.J. 347 ; *Provincial Hardwoods Inc. c. Morin*, [1966] R.C.S. 58 ; Clément FORTIN, « The Pre-Incorporation Trust: A Victim of misconstruction? », (1970) 30 R. du B. 78, 82.

¹⁴ James SMITH, « Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Québec », (1973) 76 R. du N. 207, 219.

¹⁵ Qui avait son pendant à l'article 16(2) de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32.

la lumière du Code civil, mais que les tribunaux ont néanmoins appliquée à des contrats préconstitutifs¹⁶. De plus, à compter de 1966, une mauvaise interprétation de l'arrêt *Provincial Hardwoods Inc. c. Morin*¹⁷ a parfois incité les tribunaux à faire abstraction de l'article 31 et à nier la validité des contrats préconstitutifs, pour exiger la signature d'un contrat *de novo* pour lier la compagnie¹⁸. D'autres décisions judiciaires ont, par contre, continué à donner effet aux fidéicommis préconstitutifs.¹⁹

En 1979, la *Loi sur les compagnies* a été modifiée en y ajoutant la nouvelle Partie IA et, à cette occasion, l'article 31 a été déclaré inapplicable aux compagnies constituées sous l'autorité de cette Partie²⁰. Aucune disposition statutaire ne validait les contrats préconstitutifs pour ces compagnies²¹. L'année suivante, la Partie IA a été entièrement remplacée et les articles 123.7 et 123.8 ont à cette occasion été ajoutés²². Ainsi que l'explique l'un des auteurs de ces dispositions, M^e James Smith :

¹⁶ *T.W. Hand Fireworks Co. c. Baikie*, (1911) 39 C.S. 227 ; *Cowan c. Vezina*, (1903) 26 C.S. 7 ; *St-Jovite Wood Products Inc. c. P. & L. Potvin & Cie*, [1962] B.R. 856 ; *Komery c. Restaurant Komery Inc.*, [1965] B.R. 853. Voir sur ce sujet : C. FORTIN, *loc. cit.*, note 13 ; James SMITH, « Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Quebec », (1974) 76 R. du N. 269, 273 et suiv. ; Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Édition spéciale 1996, Montréal, Wilson Lafleur & Martel ltée, p. 86 et suiv. ; James SMITH et Yvon RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, vol. 1, Montréal, Judico Inc., 1974, p. 87 et suiv.

¹⁷ Précité, note 13.

¹⁸ *Guillemet c. Brazeau*, [1973] C.S. 953 ; *Hewlings c. Mirotschick*, [1972] R.P. 22 ; *Maria Klein-Schwartz c. Powell*, [1976] R.P. 24.

¹⁹ *Giguère c. Bourque*, [1973] C.A. 613 ; *Major & Martin Inc. c. Landsman*, J.E. 78-44 (C.S.) ; *Entreprises J.G.G. Inc. c. Dufour*, J.E. 78-698 (C.P.) ; *Pébec Inc. c. Robitaille Huile à Chauffage Ltée*, C.S. Joliette n° 705-05-000334-76, 26 janvier 1979.

²⁰ L.Q. 1979, c. 31, art. 27 et art. 123.6.

²¹ James SMITH explique, dans son ouvrage *La Partie IA de la Loi sur les compagnies*, Montréal, CEJ Ltée, 1980, p. 18, les motifs de ce choix : « En résumé, l'article 31 n'apporte ainsi aucune certitude quant aux conditions qu'il faut réunir pour lier une compagnie avant sa constitution, ni quant à l'époque du transfert des droits ni quant à l'interprétation qu'il convient de donner au mot 'fidéicommis'. Ces incertitudes ne sont pas réglées d'une façon définitive par les tribunaux. Il n'est donc pas étonnant que le législateur ait exempté les compagnies régies par la Partie IA de l'application d'un article dont l'ambiguïté est certaine. Le droit civil québécois possède des mécanismes plus sûrs permettant au promoteur de contracter dans l'intérêt d'une compagnie avant sa constitution. »

²² L.Q. 1980, c. 28, art. 14.

[... Le] législateur québécois, en édictant les articles 123.7 et 128.8 L.c.Q. visait trois objectifs principaux. Le premier consistait à mettre fin à un certain flottement de la jurisprudence : tel qu'exposé plus haut, les tribunaux avaient recours tour à tour à la gestion d'affaires, au mandat, à la stipulation pour autrui, à la délégation parfaite ou imparfaite afin de solutionner les problèmes suscités par les contrats préincorporatifs. Le législateur a donc pris position en se référant explicitement au mandat. Le second objectif du législateur était de favoriser les contrats préincorporatifs. Ces contrats sont très souvent conclus dans l'intérêt même de la future compagnie et il eut été dommage que, pour des raisons de théorie pure, cette pratique eut été diminuée ou affectée sérieusement. Le troisième but poursuivi par le législateur résidait dans la protection des tiers. Le législateur québécois a résolument opté pour la protection des tiers, notamment en ajoutant un débiteur plutôt que d'en soustraire un.

Les dispositions introduites par le projet de loi No 5 sont fondées sur les principes du droit civil. Le législateur québécois n'a pas retenu la technique adoptée par le fédéral, celle-ci ne convenant pas à notre contexte civiliste.²³

II. Le régime fédéral

L'article 14 LCSA se lit :

(1) Sauf disposition contraire du présent article, la personne qui conclut un contrat écrit au nom ou pour le compte d'une société avant sa constitution est liée personnellement par ce contrat et peut en tirer parti.

(2) Tout contrat conclu conformément au paragraphe (1) qui est ratifié, même tacitement, par la société dans un délai raisonnable après sa constitution :

- a) lie la société à compter de sa date de conclusion et elle peut en tirer parti ;
- b) sous réserve des dispositions du paragraphe (3), libère la personne qui s'est engagée pour elle et l'empêche d'en tirer parti.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), le tribunal peut notamment, à la demande de toute partie à un contrat écrit conclu avant la constitution de la société, indépendamment de sa ratification ultérieure, déclarer que la société et la personne qui s'est engagée pour elle sont tenues solidaire-

²³ James SMITH, *La Partie IA de la Loi sur les compagnies*, vol. 3, *Les Commentaires*, Montréal, CEJ Ltée, 1981, p. 21.

ment des obligations résultant du contrat ou établir leur part respective de responsabilité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) n'est pas liée par un contrat écrit s'il contient une clause expresse à cet effet et ne peut en tirer parti.

A. L'article 14(1) LCSA

Tout d'abord, cet article énonce le principe général que toute personne concluant un contrat écrit au nom ou pour le compte d'une société avant sa constitution est liée personnellement par ce contrat et peut en tirer parti.

Bien que le but déclaré de cette disposition soit d'« établir la responsabilité du promoteur, pour les contrats conclus avant l'incorporation »²⁴, en remédiant à l'injustice et à l'incertitude suscitées par le principe de l'arrêt *Black v. Smallwood* (et rétablissant la règle établie par *Kesner v. Baxter* quant à la responsabilité du promoteur), certains auteurs²⁵ et, subséquemment, la Divisional Court d'Ontario dans l'arrêt *Westcom Radio Group Ltd. c. MacIsaac*²⁶, ont soutenu que le mot « contrat » à l'article 14(1) (21(1) de la loi ontarienne) ne couvre pas la situation où il n'existe pas de contrat en vertu de la common law, c'est-à-dire justement la situation factuelle dans l'arrêt *Black*, où les parties croyaient conclure le contrat au nom d'une compagnie mais qu'à leur insu la compagnie n'existait pas.

The O.B.C.A. arguably provides a complete codification of the law concerning personal liability for pre-incorporation contracts. While intent of the legislature may have been to obliterate the seemingly unfair distinctions adopted in Black v. Smallwood, the literal wording of the statute does not apply to a classic Black scenario.

*In the present case, application of the common law leads to the conclusion that no contract ever existed. That being the situation, there is nothing to which s. 21(1) of the O.B.C.A. can apply.*²⁷

²⁴ Rapport Dickerson, précité, note 8, par. 70.

²⁵ Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, p. 185 et suiv. ; M.A. MALONEY, « Pre-Incorporation Transactions: A Statutory Solution? » (1985) 10 *Can. Bus. L.J.* 409, 413 et suiv.

²⁶ (1989) 70 O.R. (2d) 591 (H.C.).

²⁷ *Id.*, 598.

Cette interprétation a été sévèrement critiquée par la doctrine²⁸ et n'a pas été suivie dans des jugements subséquents²⁹. Elle a néanmoins incité le législateur fédéral, à l'article 7 du projet de loi S-11, à amender l'article 14(1) pour préciser qu'il vise non seulement les contrats conclus, mais aussi les contrats qu'une personne « est censée conclure » (« *purports to enter into* »)³⁰.

L'article 14(1) ne vise que les « contrats signés », ce qui exclut les ententes verbales. Le Rapport Dickerson explique en ces termes cette restriction, qui, incidemment, n'a pas été suivie dans certaines provinces³¹ :

La raison de la restriction de cette règle aux contrats écrits est la suivante. Il semble simplement que ce soit là la seule manière de s'assurer que tous les termes du contrat soient pleinement révélés. La corporation devra alors décider intentionnellement de ratifier le contrat d'une manière expresse (certes, le minimum auquel les actionnaires sont en

²⁸ J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 5, 345 :

With respect, both authors' fixation with the word contract is quite misperceived, and it is misperceived for the plainest of reasons. It is abundantly clear that the drafters were only using the word in a colloquial sense and that they fully appreciated that there was no binding contract with the corporation. If there were, there would be no need to impose personal liability on the promoter. The results of their reading of s. 21(1) of the O.B.C.A. and its federal counterpart is to make nonsense of the whole subsection and to deprive it of all meaning. It is a well-settled rule of construction that, where a provision is capable of two constructions and one makes sense and conforms to the drafters' obvious intention and the other does not, the sensible construction must be adopted. It is most unfortunate that Austin J. did not remind himself of this salutary rule.

Wilfred M. ESTEY, dans son article « Preincorporation Contracts: The Fog is Finally Lifting », (2000) 33 *Can. Bus. L.J.* 3, 15, a qualifié la position dans l'arrêt *Westcom* de « *ludicrous conclusion* » allant à l'encontre de la volonté du législateur, et considéré cette position comme « effectivement » écartée par l'arrêt *Szecket c. Huang*, *infra*, note 29.

²⁹ Voir : *Szecket c. Huang*, (1999) 168 D.L.R. (4th) (Ont. C.A.) ; 1080409 *Ontario Ltd. c. Hunter*, 2000 Carswell Ont. 2399 (S.C.).

³⁰ On retrouve déjà cette précision à l'article 12 du *Business Corporations Act* du Nouveau-Brunswick et à l'article 14(1) du *Business Corporations Act* de Saskatchewan.

³¹ Les articles 21(1) du *Business Corporations Act* d'Ontario et 12(2) du *Business Corporations Act* du Nouveau-Brunswick visent expressément : « *an oral or written contract* ». L'article 20 du nouveau *Business Corporations Act* de Colombie-Britannique vise « *a person [who] purports to enter into a contract* », sans préciser si le contrat doit être écrit. Au Québec, nous verrons que ce sont les « actes posés » qui sont visés aux articles 319 et suiv. C.c.Q. et 123.7 et suiv. L.c.Q.

*droit de s'attendre) et ainsi le promoteur assumera clairement le fardeau de s'assurer que cette ratification soit faite.*³²

Le mot « contrat » englobe-t-il les transactions ou opérations qui ne se qualifient pas à proprement parler comme des contrats, comme, par exemple, une offre ou une option ? L'arrêt *Gargatzidis c. South Towne Developments Ltd.*³³ a répondu par l'affirmative. Ce mot englobe aussi, en plus du contrat lui-même, « *any implied terms and other indicia of contract, including the right to sue for damages* »³⁴.

B. L'article 14(2) LCSA

L'article 14 précise ensuite que la société peut, « dans un délai raisonnable après sa constitution », ratifier, même tacitement, un contrat préconstitutif écrit fait en son nom ; dès lors, c'est la société qui est liée par le contrat, « à compter de sa date de conclusion » (donc avec un effet rétroactif à une date précédent la date de constitution de la société), et la personne qui a signé le contrat cesse de l'être³⁵.

³² *Rapport Dickerson*, précité, note 8, par. 71.

³³ (1981) 6 Sask. R. 151 (Q.B.)

³⁴ *1394918 Ontario Ltd. c. 1310210 Ontario Inc.*, 2001 Carswell Ont. 402 (S.C.), conf. (2002) 57 O.R. (3d) 607 (C.A.).

³⁵ Dans le cas d'une vente d'immeuble, la ratification doit prendre la forme d'un transfert de titre enregistré ; une résolution ne suffit pas : *Gervais c. Monty*, [1989] R.D.I. 136 (C.A.). Dans *Sherwood Design Services Inc. c. 872935 Ontario Ltd.*, (1998) 158 D.L.R. (4th) 440 (Ont. C.A.), la Cour d'appel d'Ontario a déclaré que la ratification par la société ne requiert aucune documentation formelle ; l'intention de ratifier peut être déterminée d'après une lettre du procureur de la société, même si à ce moment les actionnaires et administrateurs définitifs ne sont pas encore en place. Cet arrêt est commenté par W.M. ESTEY, *loc. cit.* note 28. Dans *Winfull Supplies (Canada) Ltd. c. Goritsas*, 2003 Carswell Ont. 5374 (S.C.), une résolution non signée des administrateurs ratifiant le contrat préconstitutif a été jugée constituer une ratification suffisante pour libérer le promoteur, en raison d'un témoignage de l'avocat qui avait constitué la société à l'effet que cette résolution était conforme à l'intention des parties. Dans *Denbow c. Mihalcin*, 2004 Carswell Man. (Master), le fait par la société de payer les actions achetées en son nom par contrat préconstitutif, et la conduite subséquente des parties ont suffi pour qu'il y ait ratification au sens de la loi (d'Ontario, en l'occurrence). Dans *Design Home Associates c. Ravi*, (2004) 44 B.L.R. (3d) 124 (Ont. S.C.), la société avait occupé les lieux loués et payé le loyer et a été jugée avoir ratifié le bail préconstitutif malgré la dénégation initiale par ses administrateurs et malgré le fait que le bail n'avait pas été cédé à la société.

La société est liée non seulement par le contrat d'achat d'un bien, mais aussi par la garantie conférée sur ce bien avant la constitution de la compagnie : *Heinhuis*

À remarquer que cette disposition ne vise qu'une société constituée après conclusion du contrat. Si elle existe déjà à ce moment, la disposition ne peut s'appliquer³⁶.

C. L'article 14(3) LCSA

Pour éviter les abus, l'article 14 prévoit qu'une partie à un contrat préconstitutif, ratifié subséquemment par la société ou non, peut demander à un tribunal une ordonnance rendant le signataire du contrat et la société solidairement responsables en ce qui concerne ce contrat, ou partageant la responsabilité entre eux³⁷. Cela empêchera, par exemple, une personne de signer un contrat préconstitutif au nom d'une société dont elle sera le seul actionnaire et dirigeant et dans

c. *Blacksheep Charters Ltd.*, [1988] 2 W.W.R. 444 (B.C. C.A.). Voir aussi : *Okinczyk c. Tessier*, (1979) 8 R.P.R. 249 (H.C.); *F.B.D.B. c. Eldridge*, (1985) 76 N.B.R. (2d) 399 (C.A.), (1985) 172 A.P.R. 93 (N.B. C.A.); *Landmark Inns of Canada Ltd. c. Horeak*, (1982) 18 Sask R. 30 (Q.B.), [1982] 2 W.W.R. 377 (Sask. Q.B.) (contrat répudié avant ratification); *Pinehurst Woodworking Co. c. Rocco*, (1986) 38 R.P.R. 116 (Ont. Div. Ct.); *Campbell c. Dalewood Developments Ltd.*, [1994] O.J. (Quicklaw) n° 2977 (Gen. Div.); *Netmar Inc. c. Aquilinia*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 790 (Gen. Div.) (contrat non prouvé); *Triple R Demolition Inc. c. 118648 Ontario Ltd.*, (1998) 37 C.L.R. (2d) 125 (Ont. Gen. Div.) (pas de ratification); *Markborough Properties Inc. c. 841202 Ontario Inc.*, (1996) 28 C.L.R. (2d) 77 (Ont. Gen. Div.); *1394918 Ontario Ltd. c. 1310210 Ontario Inc.*, 2001 Carswell Ont. 402 (S.C.), conf. (2002) 57 O.R. (3d) 607 (C.A.) (contrat terminé avec réserve du droit de poursuivre en dommages).

Dans l'arrêt *Insul Coustic inc. c. Lavoie*, J.E. 95-2118 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a tenu les individus signataires responsables du contrat, en l'absence de preuve qu'une société avait été formée et qu'elle l'avait ratifié. Elle a qualifié l'opération juridique envisagée par l'article 14(2) de novation, imposant au contractant d'informer son cocontractant, de bonne foi et en temps utile, de la ratification par la société.

³⁶ Voir : *Southside Property Management (London) Inc. c. Sibold Estate*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 1701 (C.A.) (appliquant la loi ontarienne).

³⁷ Dans l'arrêt *Daoust c. Lee*, C.S.M. n° 500-05-014382-822, le 16 septembre 1982, la Cour a déclaré que ce recours en est un d'équité et non de droit strict et a refusé de l'accorder en l'absence de fraude de la part des signataires. Même chose dans *Banque Commerciale Italienne du Canada c. Almanza*, 98BE-1087 (C.S.). Voir aussi : *Bank of Nova Scotia c. Williams*, (1976-77) 12 O.R. (2d) 70, (1976) 70 D.L.R. (3d) 108 et *Conception G.F. inc. c. Silless*, J.E. 93-4 (C.Q.), *Cartonniers Vallée & Fils Ltée c. Les Éditions Simotions s.e.n.c.*, 2001BE-582 (C.Q.). Dans l'arrêt *Waterloo Realty Inc. c. Gallagher*, [1988] O.J. (Quicklaw) n° 1419 (D. Ct.), le tribunal a retenu la responsabilité des signataires parce qu'ils s'étaient personnellement engagés à verser la commission au tiers cocontractant si la société ne le faisait pas.

laquelle elle n'investira presque rien; il serait trop aisé pour cette personne de faire ratifier ce contrat par sa « société coquille » et de s'exonérer en tant que signataire, ce qui risquerait de placer l'autre partie au contrat dans une très fâcheuse position.³⁸

D. L'article 14(4) LCSA

Enfin, l'article 14(4) déclare qu'en aucun cas une personne qui aura expressément exclu sa responsabilité dans un contrat préconstitutif qu'elle a signé ne pourra être liée par ce contrat³⁹.

Ceci peut sembler étonnant, après toutes les sauvegardes apportées aux tiers contractants dans les paragraphes précédents de l'article 14, mais le raisonnement du législateur a été le suivant : le fait d'inclure une clause écrite d'exonération de responsabilité dans un contrat préconstitutif devrait servir d'avertissement aux tiers, leur faire prendre conscience du genre de convention qu'ils vont conclure : il n'y a donc pas de raison de ne pas donner effet à une telle clause. Mais il ne faut pas oublier que cette clause n'empêchera pas un tribunal de retenir la responsabilité de la société même si elle n'a pas ratifié le contrat.⁴⁰

III. Le régime québécois

A. La Loi sur les compagnies

Les articles 123.7 et 123.8 de la *Loi sur les compagnies* se lisent :

123.7 *Une compagnie est liée par un acte posé dans son intérêt avant sa constitution si elle le ratifie dans les 90 jours qui suivent sa constitution.*

Cette ratification substitue la compagnie aux droits et obligations de celui qui a posé cet acte mais n'opère pas d'elle-même novation; de plus, celui qui a posé cet acte a les mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations qu'un mandataire à l'égard de la compagnie.

³⁸ Voir à ce sujet le paragraphe 72 du *Rapport Dickerson*, précité, note 8.

³⁹ Voir: *Guido c. Swail*, (1987) 6 L.W.C.D. 245 (639-034) (Ont. S.C.). La clause de non-responsabilité doit apparaître dans le contrat lui-même, sinon elle ne peut jouer: *Szecket c. Huang*, (1999) 168 D.L.R. (4th) 402 (Ont. C.A.).

⁴⁰ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, (feuilles mobiles), Montréal, Wilson & Lafleur Martel ltée, par. 4-3. Voir aussi le paragraphe 73 du *Rapport Dickerson*, précité, note 8.

123.8 *Celui qui pose un acte dans l'intérêt d'une compagnie avant sa constitution est lié par cet acte à moins que le contrat conclu pour la compagnie ne contienne une clause excluant ou limitant sa responsabilité et une déclaration faisant état de la possibilité que la compagnie ne soit pas constituée ou n'assume pas ses obligations.*

Le régime établi par ces dispositions peut être décrit comme suit, du moins à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à août 2005, date de l'arrêt *Rasmussen* dont il sera question plus loin.

En vertu de l'article 123.7, il est possible de lier une compagnie à être constituée par un acte posé « dans son intérêt » en autant que la compagnie ratifie cet acte dans les 90 jours de la date de sa constitution. La ratification peut être tacite⁴¹ et, en aucun cas, elle n'implique la signature d'un nouveau contrat par la compagnie. La règle de *Kelner v. Baxter* est donc écartée à cet égard.

L'effet de la ratification est de substituer la compagnie aux droits et obligations de celui qui a posé l'acte, à compter de la date de la ratification⁴² (et non, comme au fédéral, rétroactivement à la date de l'acte). La substitution n'opère pas d'elle-même novation⁴³, c'est-à-dire qu'elle n'a pas automatiquement pour effet de libérer celui qui a posé l'acte. En d'autres termes, vis-à-vis du tiers, il y a addition d'un débiteur : la compagnie. Le promoteur est lié envers la compagnie dans la même mesure qu'un mandataire et bénéficie vis-à-vis d'elle des mêmes droits qu'un mandataire, même si en fait ici c'est le mandataire qui aura fixé lui-même les limites de son mandat, la compagnie ayant ratifié ces limites en ratifiant l'acte. Il est important de noter que la qualité de mandataire n'est ainsi attribuée que par rapport à la compagnie et n'est pas opposable au tiers.

D'autre part, en vertu de l'article 123.8 la personne qui a posé l'acte est liée par celui-ci envers le tiers contractant, que la compagnie

⁴¹ *Bureau international d'échange commercial (B.I.E.C.) ltée c. Boutin*, J.E. 90-1344 (C.S.). Voir aussi : *Devencore inc. c. Investissements Pieraton inc.*, [1988] R.J.Q. 2168 (C.S.).

⁴² Le tiers est lié envers la compagnie, même si elle n'existait pas lors de la conclusion de l'acte : *Devencore inc. c. Investissements Pieraton inc.*, précité, note 41.

⁴³ C.c.Q., art. 1660 et suiv. Voir : *Paquette c. Belisle*, 2003 BE-344 (C.S.). Mais rien n'empêche que la novation soit prévue expressément dans le contrat, le tiers acceptant d'y décharger la personne qui signe dans l'intérêt de la compagnie, à compter de la ratification du contrat par la compagnie.

ait ou non ratifié l'acte⁴⁴, à moins que le contrat qu'il a conclu pour la compagnie ne limite ou exclue expressément sa responsabilité et à moins que ce contrat ne renferme une déclaration « faisant état de la possibilité que la compagnie ne soit pas constituée ou n'assume pas ses obligations⁴⁵ ».

On constate que les articles 123.7 et 123.8 L.c.Q. diffèrent radicalement de l'article 14 LCSA en ce que :

- a. Les contrats visés ne sont pas seulement des « contrats signés » mais tout « acte posé » au nom de la compagnie à être constituée.

James Smith explique cette différence en ces termes :

[...] Notons aussi que l'article 123.7 L.c.Q. ne distingue pas le contrat écrit du contrat verbal, contrairement à l'article 14 de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes. Bien qu'il ne faille pas minimiser les difficultés inhérentes à la preuve testimoniale, le législateur québécois a estimé qu'il serait pour le moins curieux d'exclure du champ d'application de l'article 123.7 L.c.Q. les contrats préincorporatifs non écrits puisque c'est ce type de contrat qui a, par le passé, donné le plus de fil à retordre aux tribunaux. [...] Une telle approche facilite grandement la tâche des juges puisque leur rôle se limitera, une fois qu'ils auront apprécié la preuve, à appliquer la règle de droit fixée par le législateur.⁴⁶

⁴⁴ Dans l'arrêt *Trust Général du Canada c. Robitaille*, [1986] 5 Q.A.C. 304, la Cour d'appel a déclaré en obiter qu'un promoteur signant une offre d'achat « in trust » pour une compagnie à être constituée encourt une responsabilité personnelle lorsque la compagnie, une fois créée, refuse de donner suite à cette offre. Dans *Lavery, DeBilly c. Toupin*, J.E. 99-296 (C.Q.), il y eut responsabilité parce que la compagnie ne fut pas constituée.

⁴⁵ *Sasseville c. Grenier*, C.S.M. n° 500-05-008990-861, le 15 avril 1988 ; *Pellerin c. Investissements Contempra ltée*, J.E. 88-1305 (C.P.) ; *Renaud c. Desmarais*, J.E. 92-237 (C.S.) ; *99861 Canada Inc. c. Phan*, J.E. 89-340 (C.S.) ; *Placements Marcel Richard Inc. c. Stamatopoulos*, C.S. Drummond n° 405-05-000648-972, le 17 août 1999 ; *Laforce c. Dubé*, 98BE-1283 (C.Q.) ; *Paquette c. Belisle*, 2003 BE-344 (C.S.) (responsabilité en l'absence de clause d'exonération). Voir les commentaires de A.-P. MICHAUD, (1981) 41 R. du B. 913. Dans l'arrêt *Guy c. Sarradet*, 98BE-435 (C.Q.), la Cour a fait fi des termes clairs de l'article 128.8 pour exonérer un promoteur qui n'avait pas inclus, au contrat, la déclaration requise : « En effet, si la Loi prévoit que la clause d'exclusion de responsabilité et la déclaration sont nécessaires pour exclure totalement la responsabilité personnelle des promoteurs, le défaut de la deuxième n'aura de conséquence que dans la mesure où l'une ou l'autre situation envisagée par cette déclaration survenait. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce » (p. 6).

⁴⁶ J. SMITH, *op. cit.*, note 23, p. 22.

- b. La compagnie dispose d'un délai de 90 jours à compter de sa constitution pour ratifier le contrat.

L'importance des effets juridiques d'une telle ratification a amené le législateur à préciser le délai à l'intérieur duquel la compagnie doit manifester son intention de faire sien le contrat de son promoteur. La législation fédérale est imprécise à ce sujet: l'article 14 L.s.c.c. laisse au tribunal le soin de décider ce qui constitue un délai raisonnable pour la ratification d'un contrat « préconstitutif » par une société après sa constitution. Le législateur québécois a tranché la question en établissant un délai maximal de 90 jours. À l'expiration de ce délai, si la compagnie n'a pas encore ratifié le contrat « préincorporatif », les règles ordinaires du droit civil s'appliquent à titre de droit supplétif.

[...] le législateur ne semble pas interdire au promoteur de transférer purement et simplement le contrat préincorporatif après l'expiration du délai de 90 jours. En pareil cas, l'accord de la compagnie est essentiel car telle opération constitue une novation ou une délégation imparfaite.⁴⁷

Si la compagnie ratifie l'acte passé 90 jours après sa constitution, ce n'est pas l'article 123.7 L.c.Q., mais plutôt l'article 319 du *Code civil du Québec*, qui devient applicable⁴⁸, avec comme nous le verrons un résultat identique. La conséquence de ceci est que cette différence entre la L.c.Q. et la LCSA quant au délai pour la ratification est plus apparente que réelle.

- c. La ratification du contrat par la compagnie rend la compagnie titulaire des droits acquis en son nom par le promoteur à compter de la date de cette ratification, et non rétroactivement à la date de conclusion du contrat par le promoteur.
- d. La ratification par la compagnie n'opère pas novation, c'est-à-dire qu'elle ne libère pas le promoteur de sa responsabilité eu égard au contrat.

Sous la LCSA, le promoteur est libéré de la ratification par la société, sous réserve d'un jugement contraire du tribunal. Ainsi que l'explique James Smith :

Cette politique législative diffère de celle adoptée par l'autorité fédérale à l'article 14 L.s.c.c. Aux termes de cet article, la société, par sa ratification,

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Il y a en effet « lieu de compléter » l'article 123.7 par l'article 319, conformément à l'article 300 C.c.Q.

se substitue au promoteur et ce dernier est libéré de ses obligations à l'égard des tiers. Cette disposition s'oppose aux principes du droit civil. En effet, un tel changement de débiteur rejoint la délégation parfaite ou la novation alors que les règles du Code civil exigent en pareil cas le consentement du créancier (en l'occurrence le tiers) à la libération du débiteur original (le promoteur).

Afin sans doute de remédier à cette situation, l'alinéa 3 de l'article 14 de la loi fédérale permet à un tiers de demander une ordonnance au tribunal afin de « déclarer que la société et la personne qui s'est engagée pour elle sont tenues conjointement ou solidairement des obligations résultant du contrat ou établir leur base respective de responsabilité ». Cette ordonnance peut rendre la ratification par la société totalement ou partiellement inopposable aux tiers et restaurer ainsi la responsabilité personnelle du promoteur, nonobstant la ratification par la société. L'article 14(3) L.s.c.c. permet également d'engager la responsabilité d'une société qui n'a pas ratifié le contrat conclu avant sa constitution. L'effet de cette règle est d'offrir au tiers un recours alternatif contre deux débiteurs dans une situation où il n'en aurait eu qu'un seul.

Tel que rédigé, le troisième paragraphe de l'article 14 L.s.c.c. milite en faveur de la responsabilité subsidiaire des promoteurs lorsque la société est incapable de faire honneur aux obligations qu'elle a assumées en approuvant le contrat. Cet article reconnaît implicitement que le fait de retenir la seule responsabilité de la société après la ratification peut poser certaines difficultés. Pourquoi obliger alors le tiers à recourir aux tribunaux pour obtenir une ordonnance condamnant le promoteur à une responsabilité solidaire ou conjointe avec la corporation quand il serait plus facile de stipuler la responsabilité conjointe du promoteur et de la corporation comme règle de base ? Un mécanisme de protection du tiers qui ne l'oblige pas à ester en justice est certainement plus efficace que celui qui le force à entreprendre une procédure fastidieuse et coûteuse. Une telle politique législative a de plus le désavantage de créer un climat d'incertitude au niveau des transactions commerciales. La dernière critique pouvant être formulée à son égard est que cette technique se révèle étrangère aux principes de droit civil, lequel ne reconnaît qu'exceptionnellement aux tribunaux le pouvoir de rendre des jugements d'équité.⁴⁹

- e. Le promoteur ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en limitant cette responsabilité par une clause dans un contrat écrit et en insérant aussi dans le contrat la déclaration prévue à l'article 123.8.

[I]l doit contracter par écrit et prévoir une clause excluant ou limitant sa responsabilité et faisant état de la possibilité que la compagnie ne soit

⁴⁹ J. SMITH, *op. cit.*, note 23, p. 23 et suiv.

jamais constituée ou n'assume pas ses obligations. Le but de cette déclaration est d'informer le tiers des conséquences reliées à la limitation ou à l'exclusion de la responsabilité du promoteur; il doit en effet savoir qu'il contracte alors avec une personne qui n'existe pas et qui n'existera peut-être jamais. Il doit aussi comprendre que si la compagnie est effectivement constituée, il est fort possible qu'elle n'ait pas la capacité ou la volonté de prendre en charge les obligations du contrat. Seule la procédure de l'article 123.8 L.c.Q. permet au promoteur de se libérer, assurant ainsi la protection des tiers.⁵⁰

- f. La loi provinciale précise la nature des droits et des obligations du promoteur envers la compagnie.

Rappelons qu'au fédéral, le législateur ne s'est pas soucié de donner un fondement juridique aux devoirs d'un promoteur envers la société; il s'en est remis au droit supplétif des provinces pour combler cette lacune. Ailleurs au Canada, la common law impose au promoteur les obligations d'un fiduciaire à l'égard de la corporation qu'il représente même si celle-ci n'est pas encore constituée au moment où l'acte est posé. Les règles du « trust » ne s'appliquant pas au Québec pour imposer des obligations à un promoteur, la situation à ce sujet demeurerait confuse.

Conscient de cette lacune, le législateur québécois a, par le biais du deuxième alinéa de l'article 123.7 L.c.Q., donné une assise législative aux obligations du promoteur à l'égard de la compagnie. Ce sont désormais les principes du mandat qui régissent les relations juridiques entre la compagnie et son promoteur.⁵¹

- g. En définitive, le régime de la L.c.Q. est conçu pour protéger les tiers et non pour favoriser les promoteurs, comme sous la LCSA :

En résumé, l'article 123.7 crée une présomption à l'effet que le promoteur est réputé contracter pour lui-même jusqu'à ce que la compagnie ratifie le contrat. L'article 123.8 prévoit la procédure d'exemption de responsabilité du promoteur mais la loi établit que ce dernier sera en principe responsable des risques afférents à son entreprise. Le législateur considère que les intérêts du tiers et de la compagnie doivent avoir préséance sur ceux du promoteur qui est l'instigateur de la transaction et qui tente d'en retirer directement ou indirectement un bénéfice personnel. En adoptant cette politique, le législateur favorise les tiers, estimant sans doute que la garantie personnelle du promoteur leur offrira une meilleure protection.⁵²

⁵⁰ *Id.*, p. 26 et suiv.

⁵¹ *Id.*, p. 25.

⁵² *Id.*, p. 27.

B. Le Code civil du Québec

Les articles 319 et 320 du *Code civil du Québec*, entrés en vigueur en 1994, se lisent :

319. *La personne morale peut ratifier l'acte accompli pour elle avant sa constitution; elle est alors substituée à la personne qui a agi pour elle.*

La ratification n'opère pas novation; la personne qui a agi a, dès lors, les mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations qu'un mandataire à l'égard de la personne morale.

320. *Celui qui agit pour une personne morale avant qu'elle ne soit constituée est tenu des obligations ainsi contractées, à moins que le contrat ne stipule autrement et ne mentionne la possibilité que la personne morale ne soit pas constituée ou n'assume pas les obligations ainsi souscrites.»*

Calquées sur les articles 123.7 et 123.8 L.c.Q.⁵³, ces dispositions régissent les contrats préconstitutifs conclus pour et au nom des personnes morales au Québec. Il y a entre ces dispositions et l'article 14 LCSA les mêmes différences fondamentales que celles énumérées ci-devant au sujet des articles 123.7 et 123.8 L.c.Q., sauf pour ce qui concerne le délai de 90 jours pour la ratification par la personne morale.

*Ce délai a été supprimé pour faire disparaître tout doute quant à la validité d'une ratification même tardive.*⁵⁴

En raison de l'entrée en vigueur de ce régime, le législateur a subséquemment, par mesure d'harmonisation, abrogé le « fidéicommiss préconstitutif » de l'article 31 L.c.Q.⁵⁵

Le jugement *Syrros c. Brass*⁵⁶ fournit un cas d'application de l'article 320 C.c.Q. à une entente entre des investisseurs au terme de laquelle l'un d'eux, Monsieur Syrros, avait vendu des éléments d'actifs à une compagnie mais avait été congédié avant que la compagnie soit organisée et qu'il ait reçu les actions qui lui avaient été promises.

⁵³ Voir: QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 214 et suiv.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ L.Q. 1999, c. 40, art. 70. Cette abrogation avait été recommandée par Paul MARTEL, dans « Les personnes morales », *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 189, à la page 203.

⁵⁶ J.E. 2004-964 (C.S.)

Le tribunal a retenu la responsabilité personnelle des autres investisseurs envers l'investisseur éconduit, déclarant :

The Court concludes that Mr. Grostern and the Investors have engaged their personal liability towards Mr. Syrros as nowhere in the «deal» or in the dismissal letter does one find any of the exculpatory statements contemplated in Article 320 C.C.Q. No proof was adduced to suggest that Gramprotex had ratified the dismissal after it was organized, although this would not in any event have affected the personal liability of the Investors.⁵⁷

Toutefois, ce précédent est d'une utilité douteuse car une recherche dans les registres officiels révèle que la compagnie en question était une société par actions fédérale, à laquelle c'est l'article 14 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, et non l'article 320 C.c.Q., qu'il aurait fallu appliquer.

Un précédent plus approprié est le jugement *Nahmany c. Boutouat*⁵⁸, où aucune compagnie n'avait été constituée, et où la responsabilité des promoteurs a été retenue sur la base de l'article 320 C.c.Q., le contrat de bail ne renfermant aucune des deux clauses requises par cette disposition.

C. L'arrêt Rasmussen

Le 22 août 2005, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Société Sylvicole de l'Outaouais c. Rasmussen*⁵⁹ est venu singulièrement brouiller les cartes en matière de contrats préconstitutifs au Québec.

Cette affaire portait sur un contrat préconstitutif signé en 1994 par des résidents ontariens, au nom d'une société à être constituée, avec une entreprise québécoise, relativement à l'exploitation d'une terre à bois située au Québec. Le contrat ne renfermait aucune clause d'exonération de responsabilité des promoteurs, ni de clause relative à la possibilité que la société ne soit pas constituée ou n'assume pas les obligations souscrites. La société, Lamira Development Corp., a été constituée peu après en vertu du *Business Corporations Act* d'Ontario et a ratifié le contrat.

⁵⁷ *Id.*, par. 44.

⁵⁸ C.Q. Montréal, n° 500-02-028197-905, 15 janvier 1997.

⁵⁹ AZ-50329932 (C.A.)

Le cocontractant québécois a d'abord intenté, en 1995 des procédures en injonction contre les promoteurs, puis les a amendées en 2000 pour y ajouter la société comme défenderesse, alors que la prescription de 3 ans contre elle était expirée.

La Cour d'appel a jugé, d'entrée de jeu, que le droit applicable en l'occurrence n'était pas l'article 21 de la loi ontarienne, mais bien les articles 319 et 320 du *Code civil du Québec*⁶⁰.

En vertu de ces dispositions, telles qu'interprétées et appliquées jusqu'alors, il aurait fallu conclure que Lamira, en ratifiant le contrat, s'était ajoutée aux promoteurs comme solidairement responsable des obligations en découlant et que la prescription envers elle avait de ce fait été interrompue.

Toutefois, telle n'a pas été la décision de la Cour. Celle-ci s'est en effet livrée à une analyse poussée des articles 319 C.c.Q. et 123.7 de la *Loi sur les compagnies*, et en a tiré les conclusions suivantes :

En effet, l'art. 319 C.c.Q. et l'art. 123.7 L.C.Q. ne peuvent être lus comme signifiant que la ratification entraîne simplement l'ajout d'une partie au contrat. L'expression « est alors substituée » n'est pas synonyme d'ajout, mais plutôt indicative du remplacement du promoteur par une personne morale. [...]

En matière de contrat préc incorporatif, cela signifie que la personne morale qui ratifie devient le cocontractant au lieu et place du signataire originel, le promoteur, opération que les concepts traditionnels du droit civil refusaient de valider. Afin d'éviter un débat sur la possibilité que cette substitution d'une partie, découlant de la loi et non de la volonté des parties quoique anticipée par elles, résulte en une novation du

⁶⁰ *Id.*, par. 22 et suiv. :

Si les rapports entre une personne morale et ses actionnaires, dirigeants ou administrateurs relèvent du droit corporatif, en l'instance la Loi ontarienne, il en va autrement des droits et obligations résultant du contrat intervenu en 1994. En effet, même si la loi québécoise n'est pas désignée comme applicable, il demeure que compte tenu de la nature du contrat (l'exploitation d'une terre à bois située au Québec) et des circonstances qui l'encourent (l'appelante est une entreprise québécoise et les intimés ont été domicile au Québec, art. 10 du contrat), le droit québécois est manifestement celui qui présente les liens les plus étroits avec le contrat (art. 3112 C.c.Q.). De même, c'est le droit québécois qui détermine les conséquences de la ratification d'un contrat préc incorporatif face aux tiers, en l'instance l'appelante. Prétendre le contraire reviendrait à donner à la Loi ontarienne une portée extraprovinciale, ce que ne permet la Constitution (par. 92 (13) de la Loi constitutionnelle de 1867, « la propriété et les droits civils dans la province ».

contrat au sens de l'art. 1660 C.c.Q., l'art. 319 C.c.Q. exclut cette possibilité. C'est donc le même contrat qui se continue malgré le remplacement d'un des cocontractants. Ainsi, la prescription applicable pour l'exécution d'une obligation qui avait débuté avant la substitution ne recommence pas à zéro, mais se continue tout simplement. Quant aux moyens que pouvait soulever le promoteur contre le tiers, la personne morale peut les invoquer, écartant ainsi l'effet d'une substitution lorsqu'elle entraîne novation (art. 1663 C.c.Q.).

Contrairement à la doctrine, je ne peux cependant voir dans cette exclusion de tout effet novatoire la manifestation d'une intention législative de maintenir le promoteur comme partie contractante et d'anéantir ainsi l'effet normal d'une substitution car la rédaction de la disposition serait alors d'une grande incohérente. De plus, prétendre que le promoteur demeure responsable des obligations prévues au contrat face au tiers en raison d'une délégation imparfaite ou d'un cautionnement m'apparaît contraire qu'au texte de l'art. 123.7 L.C.Q. lequel ne me semble souffrir d'aucune ambiguïté sur l'effet de la substitution : « cette ratification substitue la compagnie aux droits et obligations de celui qui a posé cet acte ». Afin de refléter l'intention du législateur résumée dans les commentaires du ministre cités plus haut, l'art. 319 C.c.Q. doit avoir la même portée, malgré sa terminologie différente. Finalement, comment expliquer autrement que par le fait que le promoteur n'est plus une partie au contrat le besoin du législateur de préciser qu'à la suite de la ratification il a les mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations qu'un mandataire à l'égard de la personne morale (c'est ainsi qu'il peut voir ses frais remboursés et qu'il doit rendre compte des avantages reçus, s'il en est). Si en réalité il était devenu une caution de la personne morale ou encore un débiteur déléguant par rapport à cette dernière, pourquoi le législateur se serait-il donné la peine de lui attribuer en plus le chapeau de mandataire ?

En résumé, il faut retenir de l'art. 319 C.c.Q. que le signataire initial, le promoteur, à la suite d'une ratification, cesse d'être la partie cocontractante et se retrouve en relation de mandataire par rapport à la personne morale récemment incorporée. Face au tiers cocontractant, sa responsabilité est désormais définie par les art. 6, 7 et 1437 C.c.Q. relatifs à la responsabilité extracontractuelle (en présence, par exemple, d'une ratification abusive ou frauduleuse) et, le cas échéant, par l'art. 317 C.c.Q. sur la levée du voile corporatif (si le promoteur est l'actionnaire de la personne morale).

Je passe maintenant à l'art. 320 C.c.Q. La jurisprudence a établi que le tiers qui contracte avec le promoteur d'une personne morale qu'il sait n'exister pas est présumé contracter avec le promoteur à moins de preuve contraire [...]. Codifiant ce principe, l'art. 320 C.c.Q. prescrit que tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas ratification le promoteur est la partie

*cocontractante et, par voie de conséquence, est tenu des obligations prévues au contrat. Il lui est cependant possible de limiter, et même d'exclure, conventionnellement cette responsabilité. L'art. 320 C.c.Q. complète donc la situation.*⁶¹

En l'occurrence, cela signifiait que la société avait remplacé les promoteurs comme cocontractant avec la demanderesse, sans novation du contrat, et que la prescription contre elle était écoulée. Quant au recours contre les promoteurs, il était sans fondement puisqu'ils avaient cessé d'être des parties contractantes.

L'arrêt *Rasmussen* écarte une doctrine unanime (incluant celle de l'un des auteurs des articles 123.7 et 123.8, M^c James Smith) et une jurisprudence quasi-uniforme de 25 ans, pour donner aux articles du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur les compagnies* relatifs aux contrats préconstitutifs une portée qui se rapproche davantage de celle de l'article 14 de la loi fédérale.

Cette approche de la Cour d'appel, assurément plus favorable pour les promoteurs, nous apparaît, avec égards, contestable compte tenu des termes clairs des dispositions en jeu. Il pourrait être soutenu, croyons-nous, à la lumière du texte et des commentaires de leur auteur, que le législateur, lorsqu'il a traité de substitution n'opérant pas novation, visait la novation par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, qui était déchargé par le créancier⁶², et non, comme semble l'indiquer la Cour, la novation par substitution d'une nouvelle dette⁶³. Il voulait, selon nous, traiter le contrat préconstitutif comme une forme de délégation sans novation⁶⁴.

Si toutefois c'est l'interprétation de la cour d'appel dans *Rasmussen* qui doit dorénavant avoir cours au Québec, les différences entre l'article 14 LCSA et le régime du *Code civil du Québec* et de la *L.c.Q.* dont nous avons fait état plus avant doivent être révisées comme suit :

- Le paragraphe d. « La ratification par la compagnie n'opère pas novation, c'est-à-dire qu'elle ne libère pas le promoteur de sa responsabilité eu égard au contrat »; serait abrogé.

⁶¹ *Id.*, par. 46-50.

⁶² Prévus alors aux articles 1169(2^o), 1172 et 1177 C.c.B.C.

⁶³ Prévus alors aux articles 1169(1^o) et 1176 C.c.B.C.

⁶⁴ Telle que prévue à l'article 1173 C.c.B.C.

En effet, la ratification par la compagnie libère le promoteur de sa responsabilité. Elle a pour effet de substituer, de remplacer le promoteur par la compagnie comme partie au contrat, sans modification ou novation de celui-ci.

- Le paragraphe e., « Le promoteur ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en limitant cette responsabilité par une clause dans un contrat écrit et en insérant aussi dans le contrat la déclaration prévue à l'article 123.8 » serait précédé des mots « Si la compagnie ne ratifie pas le contrat ».
- Le paragraphe g. « En définitive, le régime de la L.c.Q. est conçu pour protéger les tiers et non pour favoriser les promoteurs, comme sous la LCSA » serait abrogé.
- Un nouveau paragraphe g. lui serait substitué, se lisant :
 - g. La loi provinciale ne prévoit pas de régime de protection du tiers contractant similaire à celui de l'article 14(3) LCSA.
- Elle ne le prévoit pas, mais comme l'a indiqué la Cour d'appel, le tribunal pourra avoir recours aux articles 6, 7 et 1437 C.c.Q. relatifs à la responsabilité extracontractuelle et 317 C.c.Q. sur la levée du voile corporatif, pour retenir la responsabilité du promoteur envers le tiers contractant, nonobstant le fait que la compagnie a été substituée au promoteur comme partie contractante.

IV. Conflit de lois

Certains auteurs⁶⁵ mettent en doute la constitutionnalité de l'article 14 LCSA. Cette disposition régit en effet la validité de contrats et la responsabilité contractuelle de promoteurs vis-à-vis des tiers, sujets qui relèvent à première vue de « propriété et droits civils », de juridiction provinciale⁶⁶.

⁶⁵ B. WELLING, *op. cit.* note 25, p. 288; Joseph E. MAGNOT, (1979) 11 *R.D. Ottawa* 99, 110; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 40, par. 4-4; P. MARTEL, *loc. cit.*, note 55, 203 et suiv.; A.J. EASSON & D.A. SOBERMAN, *loc. cit.*, note 8, 440, sont d'opinion que le Parlement fédéral a juridiction pour légiférer sur l'adoption de contrats par les sociétés fédérales après leur constitution.

⁶⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(13).

D'autre part, la doctrine⁶⁷ et la jurisprudence⁶⁸ questionnent l'application de l'article 14 à des circonstances où la société au nom de laquelle le contrat préconstitutif est conclu n'est pas subséquentement constituée. Il n'y a pas de raison, dans un tel cas, d'appliquer la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* plutôt que la loi corporative de la province où le contrat est conclu, sauf peut-être si le contrat se précise sous l'autorité de quelle loi la compagnie doit être constituée. Dans le cas d'un contrat préconstitutif conclu au Québec, ce sont vraisemblablement les articles 319 et 320 du *Code civil du Québec* qui devraient s'appliquer; en l'absence d'une compagnie constituée permettant le rattachement à une loi corporative, le régime général de droit civil joue.

*Contrairement aux articles correspondants de la Loi sur les compagnies, la Loi sur les coopératives et la Loi sur les sociétés par actions, l'article 320 peut recevoir application même si la personne morale n'est pas constituée : en fait, tant que cette constitution ne survient pas, aucune de ces lois ne devrait entrer en jeu, et le C.c.Q. devrait primer.*⁶⁹

Si, par contre, la société est constituée sous l'autorité de la LCSA, le conflit de lois peut être décrit comme suit :

*En ce qui concerne les sociétés fédérales, il y a évidemment des différences fondamentales entre le régime préconstitutif qu'établit pour elles l'article 14 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions et celui du nouveau Code civil du Québec. On peut s'attendre à ce que cette prise de position du codificateur quant aux contrats préconstitutifs incitera tôt ou tard une personne défavorisée par l'article 14 à contester la constitutionnalité de cette disposition, qui, répétons-le, nous paraît douteuse. En attendant, l'article 14 devrait primer sur les articles 319 et 320 du nouveau Code en vertu de l'article 300, premier alinéa. Peut-être toutefois accorde-t-on une valeur supplétive à ces dernières dispositions conformément au second alinéa de l'article 300, à tout le moins pour des situations non couvertes par l'article 14, comme des ententes verbales.*⁷⁰

Le législateur fédéral pourrait limiter le conflit de lois en ajoutant les ententes verbales aux « contrats signés » visés par l'article 14.

⁶⁷ M.A. MALONEY, *loc. cit.*, note 25, 432 et suiv.; J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 5, 346; A.J. EASSON & D.A. SOBERMAN, *loc. cit.*, note 8, 442; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 40, par. 4-4.

⁶⁸ *Westcom Radio Group Ltd. c. MacIsaac*, (1990) 70 O.R. (2d) 591, 597.

⁶⁹ P. MARTEL, *loc. cit.*, note 55, 203.

⁷⁰ M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 40, par. 4-7.

V. Dissociation

Les règles établies par l'article 14 LCSA forment un code complet qui est en dissociation totale par rapport au droit civil du Québec, tel qu'interprété et appliqué avant l'arrêt *Rasmussen*. La liste des différences entre les deux régimes, dressée plus avant, en témoigne avec éloquence. Cela n'est pas surprenant, compte tenu de la volonté expresse du législateur québécois de ne pas retenir « la technique adoptée par le fédéral, celle-ci ne convenant pas à notre contexte civiliste », tel que le déclare M^e James Smith⁷¹. Toutefois, dans la mesure où le droit civil québécois doit être interprété à la lumière de l'arrêt *Rasmussen*, la dissociation par rapport à l'article 14 LCSA est sensiblement amenuisée.

Avant de faire des changements à l'article 14 LCSA pour réduire cette dissociation, il sera prudent de s'assurer du sort que réserveront à l'arrêt *Rasmussen* les futures décisions de la Cour d'appel du Québec ou, mieux encore, la Cour suprême du Canada.

En fonction de l'état du droit civil québécois avant l'arrêt *Rasmussen*, une harmonisation de l'article 14 avec le régime des articles 319 et 320 C.c.Q. requerrait soit un remaniement complet de cette première disposition, soit une clause décrétant sa non-application au Québec.

La première solution impliquerait un changement de cap complet de la part du législateur fédéral de manière à protéger les intérêts des tiers contractants, plutôt que de favoriser ceux des promoteurs, et à abandonner l'effet rétroactif de la ratification par la société. Un tel changement serait d'application difficile dans les provinces de common law, parce qu'il ferait appel à des notions de droit civil (substitution, mandat et novation) n'ayant pas toujours d'équivalent exact en common law; dans toutes les provinces où la législation provinciale a été calquée sur la loi fédérale, l'effet de ce changement serait d'inciter les promoteurs à choisir une charte provinciale plutôt qu'une charte fédérale.

Chose certaine, lorsqu'il est opportun pour lui de signer un contrat préconstitutif, le promoteur préférera se prévaloir de l'article 14 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, car celui-ci, contrairement aux dispositions de la Loi sur les compagnies, protège le promoteur plutôt

⁷¹ J. SMITH, *loc. cit.*, note 23.

que le tiers et permet que la société soit rétroactivement liée par le contrat.⁷²

La seconde solution aurait pour effet de faire disparaître ces causes de préférence de la LCSA pour les promoteurs québécois et, par conséquent, de rendre moins attrayantes les sociétés fédérales au Québec, dès qu'il s'agira de conclure des contrats préconstitutifs.

En fonction de la nouvelle interprétation du droit civil apportée par l'arrêt *Rasmussen*, la seule véritable dissociation restante entre ce droit et l'article 14 LCSA réside dans l'effet rétroactif de la ratification du contrat par la société. Cette dissociation disparaîtrait avec le retrait de l'effet rétroactif de l'article 14, mais un tel amendement placerait les sociétés fédérales en désavantage par rapport à celles de l'Ontario et des autres provinces ayant calqué dans leur loi la disposition fédérale, un pensez-y bien pour le législateur fédéral.

Dans l'une ou l'autre des hypothèses, il serait à tout événement opportun que l'article 14 soit amendé pour couvrir les ententes verbales en plus des contrats signés, par exemple en utilisant la même expression qu'au Québec, soit les « actes accomplis » (*acts performed*) pour la société par le promoteur. Cette harmonisation très partielle avec le droit civil aurait l'avantage de réduire le conflit de lois susmentionné en matière de contrats préconstitutifs au Québec ; elle réduirait par ailleurs l'écart en cette matière entre l'article 14 et les dispositions correspondantes, mais plus englobantes, des lois de certaines provinces telles l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, et la Colombie-Britannique, où il est question soit de « *oral or written contracts* » ou de « *contracts* » tout court.

⁷² M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 40, par. 4-7.

Pre-Incorporation Contracts*

Paul MARTEL**

* This study was prepared at the request of the Department of Justice Canada. The comments made herein do not constitute proposals for legislative amendments. The study was submitted in May 2007.

** Special Adviser with Blake, Cassels & Graydon L.L.P.

Outline

I. Background	17
A. The common law rule	17
B. Legislative measures.....	19
C. The situation in Quebec.....	20
II. The federal system	23
A. Subsection 14(1) C.B.C.A.....	24
B. Subsection 14(2) C.B.C.A.....	26
C. Subsection 14(3) C.B.C.A.....	27
D. Subsection 14(4) C.B.C.A.....	28
III. The Quebec system	28
A. <i>Companies Act</i>	28
B. <i>The Civil Code of Québec</i>	34
C. <i>Rasmussen</i>	36
IV. Legislative conflict	40
V. Dissociation	41

I. Background

A. The common law rule

In 1866, the U.K. decision in *Kelner v. Baxter*¹ established that a company cannot be bound by a contract entered into in its name before it comes into existence, and that a person who signs such a contract in the interest of the company incurs personal liability in so doing. For the company to be bound, it must enter into a new contract.

That finding was current in Anglo-Canadian law for nearly a century.² Then, in 1953, in *Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd.*³, the U.K. Court of Appeal ruled that a person who signs a contract as an agent of a non-existent company does not have the right to sue the third party to the contract in that person's own name in order to ensure performance of the contract. In 1965, the Australian decision in *Black v. Smallwood*⁴ established that a person who signs a contract in the name of a non-existent company is not bound by the contract unless the parties intend otherwise. This new principle, described by one writer as “*de facto* evisceration of *Kelner v. Baxter*”,⁵ was subsequently followed by the common law courts.

An *obiter dictum* in *Wickberg v. Shatsky*⁶ pointed out that a person signing a contract for a non-existent company could nevertheless incur liability in tort if that person misled the third party to the contract concerning the existence of the company.

The above-noted principles were ably summarized by Kevin Patrick McGuinness in *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*:⁷

¹ (1866), L.R. 2 C.P. 174 (Court of Common Pleas).

² See especially *Natal Land & Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate Ltd.* (1904), A.C. 120; *Repetti Ltd. v. Oliver-Lee Ltd.* (1922), 52 O.L.R. 315; *Provincial Hardwoods Inc. v. Morin*, [1966] S.C.R. 58.

³ (1954), 1 Q.B. 45, [1955] 1 All E.R. 708 (C.A.).

⁴ [1965] A.L.R. 744, 39 A.L.J.R. 404 (H.C.A.).

⁵ Jacob S. Ziegel, “Promoter’s Liability and Preincorporation Contracts” (1990) 16 Can. Bus. L.J. 341.

⁶ (1969), 4 D.L.R. (3d) 540 (B.C.S.C.).

⁷ Kevin Patrick McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (Toronto: Butterworths, 1999) at 182ff.

“3.152 Earlier case law suggested that if the promoter (“X”) contracted with the contractor (“Y”) on the basis that X was acting as the agent of a non-existent corporation, then X would be personally liable to Y under the contract. More recent cases have backed away from this clear but draconian rule and have held that whether X will be liable to Y depends upon the intention of the parties. It seems reasonably clear on this basis that if X disclosed the non-existence of the corporation prior to its formation, then any contract purportedly entered between Y and X acting on the corporation’s behalf would be no contract at all. A contract could arise in such a case only if it was a fair inference that X intended to incur a personal liability. If X and Y both mistakenly assumed that the corporation existed, but it did not, then no contract would arise.

3.153 Irrespective of the potential liability of X and Y to each other if the corporation was never formed, if the corporation did come into being, the case law was reasonably clear that it was not possible for the corporation to ratify the contract purportedly made on its behalf by X. However, post-incorporation novation of the contract was possible, provided (of course) that the consent of Y could be obtained to such an arrangement. Short of an actual novation, the benefit of the contract might be assigned so as to permit the corporation to enforce the contract, but that did not give Y the right to enforce the contract against the corporation nor did it release X from the liability that X had assumed under it.”

That common law rule, “widely acknowledged to be ... unsatisfactory”,⁸ was summarized as follows by the Dickerson task force:

“Under existing common law rules, corporation cannot ratify a contract purportedly entered into on its behalf before its incorporation: *Kelner v. Baxter*, (1866) L.R. 2 C.P. 174; *Repetti Ltd. v. Oliver-Lee Ltd.*, (1922) 52 O.L.R. 315. Nor can it adopt such a contract; to become bound it must renegotiate a fresh contract after incorporation: *Natal Land Co. v. Pauline Colliery Syndicate Ltd.*, (1904) A.C. 120.

⁸ Robert W.V. Dickerson, Leon Getz & John L. Howard, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (Ottawa: Information Canada, 1971) vol. 1 at 25 [*Dickerson Report*]; the rule was described by Leon Getz, in “Pre-Incorporation Contracts: Some Proposals” (1967) U.B.C. L. Rev. C.E. 381, as being “in a thoroughly unsatisfactory state”, and in *Kelner v. Baxter* as “technically correct” but “economically unsound” at 399; A.J. Easson & D.A. Soberman, in “Pre-Incorporation Contracts: Common Law Confusion and Statutory Complexity” (1992) 17 *Queen’s L.J.* 414, entitle one chapter “The Common Law – From Fiction to Fallacy” at 421 and state: “Indeed, it seems somewhat perverse that the law grants better protection to a person who knowingly enters into a contract with a non-existent corporation than to someone who does so unwittingly” at 432.

At common law, a person dealing with a promoter can find that not only does he not have a contract with the corporation, but he has none with the promoter, either because the latter expressly disclaimed liability, as in *Dairy Supplies Ltd. v. Fuchs*, (1959) 28 W.W.R. 1, or because the court concluded that it was not the intention of the parties that the promoter should become liable, as in *Black v. Smallwood*, (1966) Aust. Argus Report 944. The theory in such cases seems to be that the person dealing with the promoter intended to look to the corporation as his debtor and he cannot later turn round and select a more suitable alternative. In practice, this means that a great deal may turn upon the form of a contract, and minor differences in wording may be decisive of the rights and liabilities of the parties. And, with oral contracts, there are difficulties of proof and problems of conflicting testimony. Although the third party may sometimes have other remedies against the promoter—see *Wickberg v. Shatsky*, (1969) 4 D.L.R. (3d) 540—these are not always adequate substitutes for contractual remedies.”

B. Legislative measures

In 1967, Ontario’s Select Committee on Company Law recommended that the rule set out in *Kelner v. Baxter* be set aside in order to allow a company to adopt a pre-incorporation contract made in its name and to maintain the promoter’s liability until the company adopted such a contract.⁹ This recommendation was followed, and led to the passage of section 20 of the *Ontario Business Corporations Act, 1970*,¹⁰ which reads as follows:

“20

(1) In this section,

(a) “contract” means a person who enters into a pre-incorporation contract in the name of or on behalf of a corporation before its incorporation;

(b) “other party” means a person with whom a contractor enter into a pre-incorporation contract;

(c) “pre-incorporation contract” means a contract entered into by a contractor in the name of or on behalf of a corporation before its incorporation.

(2) A corporation may adopt a pre-incorporation contract entered into in its name or on its behalf, and thereupon the corporation is entitled

⁹ Interim Report of the Select Committee on Company Law (Ontario: 1967) at 10ff.

¹⁰ R.S.O. 1970, c. 53.

to the benefits and is subject to the liabilities that were contracted in its name or on its behalf and the contractor ceases to be entitled to such benefits or to be subject to such liabilities.

(3) Where a pre-incorporation contract is not adopted by a corporation, the contractor is entitled to the benefits and subject to the liabilities under the contract and is entitled to recover from the corporation the value of any benefit received by the corporation under the contract.

(4) Whether or not a pre-incorporation contract is adopted by the corporation, the other party may apply to the court which may, notwithstanding subsections 2 and 3, make an order fixing or apportioning liability as between the contractor and the corporation in any manner the court considers just and equitable under the circumstances.”

In 1971, like that Ontario committee, the Dickerson task force recommended a similar system for adopting pre-incorporation contracts and maintaining promoters' personal liability.¹¹ In 1975, following that recommendation, Parliament passed section 14 of the *Canada Corporations Act*¹² (now the *Canada Business Corporations Act* [C.B.C.A.]).

Subsequently, Ontario (in 1982) and a number of other Canadian provinces modelled their corporations legislation on the federal statute, including its section 14.

C. The situation in Quebec

Concerning pre-incorporation contracts, Quebec did not follow the example of the federal government and the other provinces.

In this regard, the situation in Quebec was confusing, to say the least. Although the common law rule set out in *Kelner v. Baxter* was followed by the Quebec courts,¹³ certain authors and judges considered that it should not be followed because there were mechanisms in civil law making it possible for a company to be bound by

¹¹ *Dickerson Report*, *supra* note 8, paras. 68-73, and vol. 2, s. 2.10.

¹² S.C. 1974-75, c. 33.

¹³ *Duquette v. La compagnie générale des boissons canadiennes* (1907), 31 C.S. 409 at 431; *Komery v. Restaurant Komery inc.*, [1965] Q.B. 853 at 856ff.; *In re A. Leclerc & Co. Ltd.* (1926), 32 R.J. 347; *Provincial Hardwoods Inc. v. Morin*, *supra* note 2; Clément Fortin, “The Pre-Incorporation Trust: A Victim of Misconstruction?” (1970) 30 R. du B. 78 at 82.

a pre-incorporation contract, such as delegation, stipulation for the benefit of a third party, contractual obligation, ratification by conduct, *negotiorum gestio*, and unjust enrichment.

“In common law, the only way a company can be bound by a pre-incorporation contract is by entering into a completely new contract, repeating the terms of this preliminary agreement. This is the classic rule of *Kelner v. Baxter*. Certain judges and legal writers consider that the common law on this point is applicable in Quebec. ... This view is incorrect. Although it is right to say that a company can be bound by a new contract or at least by novation of contract, there exist other legal mechanisms in civil law which a company can be held to a pre-incorporation contract. These rules do not exist in common law, consequently, the civil law gives added protection to the interests of third parties contracting with a company before its incorporation.”¹⁴

As well, section 31 of Quebec’s *Companies Act*, which read:

“The company ... shall forthwith become and be vested with all property and rights, moveable and immovable, held for it up to the date of the letters patent, under any trust created with a view to its incorporation ...”

departed from the common law rule by providing for a pre-incorporation trust automatically binding on the company once it came into existence. This provision¹⁵ relied on the common law concept of trust, which was difficult to explain in light of the *Civil Code of Québec* but which the courts nevertheless applied to pre-incorporation contracts.¹⁶ As well, starting in 1966, a misinterpretation of *Provincial Hardwoods Inc. v. Morin*¹⁷ sometimes led the courts to set aside section 31, deny the validity of pre-incorporation

¹⁴ James Smith, “Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Québec”, (1973) 76 R. du N. 207 at 219.

¹⁵ This provision corresponded to subsection 16(2) of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32.

¹⁶ *T. W. Hand Fireworks Co. v. Baikie* (1911), 39 C.S. 227; *Cowan v. Vezina* (1903), 26 C.S. 7; *St-Jovite Wood Products Inc. v. P. & L. Potvin & cie*, [1962] Q.B. 856; *Komery v. Restaurant Komery inc.*, *supra* note 13. On this point, see: Fortin, *supra* note 13; James Smith, “Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Québec” (1974) 76 R. du N. 269 at 273ff.; Maurice & Paul Martel, *La compagnie au Québec: Les aspects juridiques*, Édition spéciale, (Montreal: Wilson & Lafleur Martel, 1996) at 86ff.; James Smith & Yvon Renaud, *Droit québécois des corporations commerciales*, vol. 1 (Montreal: Judico inc., 1974) at 87ff.

¹⁷ *Supra* note 13.

contracts, and require the signature of a *de novo* contract in order to bind the company.¹⁸ Other court decisions, on the other hand, continued to give effect to pre-incorporation trusts.¹⁹

In 1979, Quebec's *Companies Act* was amended to add new Part IA; at that time, section 31 was declared inapplicable to companies incorporated under that Part.²⁰ No statutory provision validated pre-incorporation contracts for these companies.²¹ The following year, Part IA was completely replaced and sections 123.7 and 123.8 were added.²² As lawyer James Smith, one of the drafters of these sections, explains: [translation]

"... in enacting articles 123.7 and 128.8 of Quebec's *Companies Act*, the Quebec legislature had three main objectives. The first objective was to end a certain degree of inconsistency in the case law: as is explained above, the courts would rely, in turn, on business management, mandate, stipulation for the benefit of a third party, and complete or incomplete delegation to solve the problems raised by pre-incorporation contracts. The Quebec legislature therefore took a stand by explicitly referring to mandate. The second objective of the Quebec legislature was to encourage pre-incorporation contracts. These contracts are very often entered into in the actual interest of the future company and it would have been regrettable if, for purely theoretical reasons, this practice had been limited or seriously affected. The third objective of the Quebec legislature had to do with the protection of

¹⁸ *Guillemet v. Brazeau*, [1973] C.S. 953; *Hewlings v. Miroitchick*, [1972] R.P. 22; *Maria Klein-Schwartz v. Powell*, [1976] R.P. 24.

¹⁹ *Giguère v. Bourque*, [1973] C.A. 613; *Major & Martin inc. v. Landsman* (9 December 1977), Montreal 0500-655573, J.E. 78-44 (Sup. Ct.); *Entreprises J.G.G. inc. v. Dufour* (14 August 1978), Haute-Rive 655-02-000591-77, J.E. 78-698 (Prov. Ct.); *Pébec inc. v. Robitaille Huile à chauffage ltée* (26 January 1979), Joliette 705-05-000334-76 (Sup. Ct.).

²⁰ S.Q. 1979, c. 31, s. 27, s. 123.6.

²¹ James Smith in *La Partie IA de la Loi sur les companies* (Montreal: CEJ, 1980) at 18, explains the reasons for that choice: [translation] "In summary, then, section 31 creates no certainty concerning the conditions for binding a company before it is incorporated, the point at which rights are transferred, or the interpretation to be given to the word "trust". These uncertainties are not definitively settled by the courts. Thus it is not surprising that the legislature made companies governed by Part IA exempt from the application of a provision that is clearly ambiguous. Quebec civil law provides more reliable mechanisms that make it possible for promoters to contract in the interest of a company before the company is incorporated."

²² S.Q. 1980, c. 28, s. 14.

third parties. The legislature firmly opted to protect third parties, in particular by adding instead of removing a debtor.

The provisions added by Bill 5 are based on the principles of civil law. The Quebec legislature chose not to use the technique used by Parliament, since that technique did not suit our civil law context.”²³

II. The federal system

Section 14 of the C.B.C.A. reads as follows:

“**14** (1) Subject to this section, a person who enters into a written contract in the name of or on behalf of a corporation before it comes into existence is personally bound by the contract and is entitled to the benefits thereof.

(2) A corporation may, within a reasonable time after it comes into existence, by any action or conduct signifying its intention to be bound thereby, adopt a written contract made before it came into existence in its name or on its behalf, and on such adoption

(a) the corporation is bound by the contract and is entitled to the benefits thereof as if the corporation had been in existence at the date of the contract and had been a party thereto; and

(b) a person who purported to act in the name of or on behalf of the corporation ceases, except as provided in subsection (3), to be bound by or entitled to the benefits of the contract.

(3) Subject to subsection (4), whether or not a written contract made before the coming into existence of a corporation is adopted by the corporation, a party to the contract may apply to a court for an order fixing obligations under the contract as joint or joint and several or apportioning liability between or among the corporation and a person who purported to act in the name of or on behalf of the corporation and on such application, the court may make any order it thinks fit.

(4) If expressly so provided in the written contract, a person who purported to act in the name of or on behalf of the corporation before it came into existence is not in any event bound by the contract or entitled to the benefits thereof.”

²³ James Smith, *La Partie IA de la Loi sur les compagnies*, vol. 3 “Les Commentaires” (Montreal: CEJ, 1981) at 21.

A. Subsection 14(1) C.B.C.A.

First of all, this subsection sets out the general principle that any person who enters into a written contract in the name or on behalf of a corporation before the corporation comes into existence is personally bound by the contract and is entitled to its benefits.

Although the stated purpose of this subsection is “to declare that the promoter is liable on a pre-incorporation contract”²⁴ by remedying the unfairness and uncertainty raised by the principle set out in *Black v. Smallwood* (and by re-establishing the rule concerning promoters’ liability set out in *Kesner v. Baxter*), certain authors²⁵ and subsequently the Ontario Divisional Court in *Westcom Radio Group Ltd. v. MacIsaac*²⁶ argued that the word “contract” in subsection 14(1) (subsection 21(1) of the Ontario statute) does not cover a situation where there is no contract under common law, which was the *de facto* situation in *Black*, where the parties believed they were entering into a contract in the name of a company that, unbeknownst to them, did not exist:

“The O.B.C.A. arguably provides a complete codification of the law concerning personal liability for pre-incorporation contracts. While intent of the legislature may have been to obliterate the seemingly unfair distinctions adopted in *Black v. Smallwood*, the literal wording of the statute does not apply to a classic *Black* scenario.

In the present case, application of the common law leads to the conclusion that no contract ever existed. That being the situation, there is nothing to which s. 21(1) of the O.B.C.A. can apply.”²⁷

²⁴ *Dickerson Report*, *supra* note 8 at para. 70.

²⁵ Bruce Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1991) at 185ff.; M. A. Maloney, “Pre-Incorporation Transactions: A Statutory Solution?” (1985) 10 Can. Bus. L.J. 409 at 413ff.

²⁶ (1989), 70 O.R. (2d) 591 (H.C.).

²⁷ *Ibid.* at 598.

This interpretation was harshly criticized by legal authorities²⁸ and was not followed in subsequent decisions.²⁹ It nevertheless led Parliament to amend subsection 14(1) by means of clause 7 of Bill S-11, specifying that this subsection applied not only to contracts entered into, but also to contracts that a person “purports to enter into”.³⁰

Subsection 14(1) applies only to “written contracts” and thus excludes oral contracts. The *Dickerson Report* explains this restriction, which incidentally was not followed in certain provinces, as follows:³¹

“The reason for the provision that only written contracts are susceptible of adoption is simply that this seems the only way of ensuring full disclosure of the terms of the contract, which is an essential protection for the corporation. The corporation will have to make a deliberate decision to adopt the contract—surely the least that the shareholders are

²⁸ Ziegel, *supra* note 5 at 345: “With respect, both authors’ fixation with the word contract is quite misperceived, and it is misperceived for the plainest of reasons. It is abundantly clear that the drafters were only using the word in a colloquial sense and that they fully appreciated that there was no binding contract with the corporation. If there were, there would be no need to impose personal liability on the promoter. The results of their reading of subs. 21(1) of the O.B.C.A. and its federal counterpart is to make nonsense of the whole subsection and to deprive it of all meaning. It is a well-settled rule of construction that, where a provision is capable of two constructions and one makes sense and conforms to the drafters’ obvious intention and the other does not, the sensible construction must be adopted. It is most unfortunate that Austin J. did not remind himself of this salutary rule.”; Wilfred M. Estey, in “Preincorporation Contracts: The Fog is Finally Lifting” (2000) 33 Can. Bus. L.J. 3 at 15, described the position set out in *Westcom* as a “ludicrous conclusion” that ran counter to the intent of Parliament, and considered that position as “effectively” set aside in *Szecket v. Huang*, note 29 *infra*.

²⁹ See *Szecket v. Huang* (1999), 168 D.L.R. (4th) (Ont. C.A.) and *1080409 Ontario Ltd. v. Hunter*, 2000 CarswellOnt 2399 (Sup. Ct.) (WLeC).

³⁰ This clarification was already found in section 12 of New Brunswick’s *Business Corporations Act* and in subsection 14(1) of Saskatchewan’s *Business Corporations Act*.

³¹ Subsection 21(1) of Ontario’s *Business Corporations Act* and subsection 12(2) of New Brunswick’s *Business Corporations Act* expressly apply to “an oral or written contract”. As we shall see, the Quebec legislation applies to an “act performed” or “deed performed”, as referred to in articles 319ff. of the *Civil Code of Québec* and sections 123.7ff. of Quebec’s *Companies Act*.

entitled to expect—and the onus will be placed squarely on the promoter to ensure that this is done.”³²

Does the word “contract” encompass transactions or operations that, strictly speaking, do not qualify as contracts, such as offers or options? *Gargatzidis v. South Towne Developments Ltd.*³³ answered this question in the affirmative. As well, this word includes, in addition to the actual contract, “any implied terms and other *indicia* of contract, including the right to sue for damages”.³⁴

B. Subsection 14(2) C.B.C.A.

Subsection 14(2) then specifies that a corporation may, “within a reasonable time after it comes into existence” and by any action or conduct signifying its intention to be bound thereby, adopt a pre-incorporation contract made in its name or on its behalf; at that point – “on such adoption” – it is the corporation that is bound by the contract (which is therefore retroactive to a date preceding the date of incorporation), and the person who entered into the contract ceases to be so bound.³⁵

³² *Dickerson Report*, *supra* note 8 at para. 71.

³³ (1981) 6 Sask. R. 151 (Q.B.).

³⁴ 1394918 *Ontario Ltd. v. 1310210 Ontario Inc.*, 2001 CarswellOnt 402 (Sup. Ct.)(WLeC), *aff'd* (2002), 57 O.R. (3d) 607 (C.A.).

³⁵ In case of sale of real property, adoption must take the form of a registered transfer of title; a resolution is not sufficient: *Gervais v. Monty*, [1989] R.D.I. 136 (C.A.). In *Sherwood Design Services Inc. v. 872935 Ontario Ltd.* (1998), 158 D.L.R. (4th) 440 (Ont. C.A.), the Ontario Court of Appeal ruled that adoption by a corporation requires no formal documentation; intention to adopt may be determined by means of a letter from counsel for the corporation, even if at that time the shareholders and eventual directors are not yet in place. Estey comments on this decision (*supra* note 28). In *Wirfull Supplies (Canada) Ltd. v. Goritsas*, 2003 CarswellOnt 5374 (Sup. Ct.)(WLeC), an unexecuted directors' resolution adopting a pre-incorporation contract was found to be sufficient to absolve the promoter of liability because the solicitor who had incorporated the company testified that the resolution was consistent with the intent of the parties. In *Denbow v. Mihalcin*, 2004 CarswellMan (Master) (WLeC), the fact that the corporation paid for shares purchased on its behalf through a pre-incorporation contract and the parties' subsequent conduct were enough to constitute adoption with the meaning of the Ontario Act. In *Design Home Associates v. Raviv* (2004), 44 B.L.R. (3d) 124 (Ont. Sup. Ct.), the corporation had occupied the leased premises and paid the rent, and it was found to have adopted the pre-incorporation lease despite the initial denial of this by its directors and the fact that the lease had not been assigned to the corporation.

It should be noted that this provision applies only where the corporation comes into existence after the contract is made. If the corporation already exists at that time, the provision cannot apply.³⁶

C. Subsection 14(3) C.B.C.A.

In order to avoid abuses, subsection 14(3) provides that a party to a pre-incorporation contract, whether or not the contract is subsequently adopted by corporation, may apply to a court for an order fixing obligations under the contract as joint or joint and several or apportioning liability between or among the corporation and a person who purported to act in the name of or on behalf of the corporation.³⁷

A company is bound not only by the contract of purchase of an asset, but also by the guarantee conferred on an asset before the company is incorporated: *Heinhuis v. Blacksheep Charters Ltd.*, [1988] 2 W.W.R. 444 (B.C.C.A.). See also *Okinczyc v. Tessier* (1979), 8 R.P.R. 249 (H.C.); *F.B.D.B. v. Eldridge* (1985), 76 N.Q.B. (2d) 399 (C.A.), (1985), 172 A.P.R. 93 (N.B.C.A.); *Landmark Inns of Canada Ltd. v. Horeak* (1982), 18 Sask. R. 30 (Q.B.), [1982] 2 W.W.R. 377 (Sask. Q.B.) (contract repudiated before being adopted); *Pinehurst Woodworking Co. v. Rocco* (1986), 38 R.P.R. 116 (Ont. Div. Ct.); *Campbell v. Dalewood Developments Ltd.* [1994] O.J. No. 2977 (Gen. Div.) (Q.L); *Netmar Inc. v. Aquilina*, [1999] O.J. No. 790 (Gen. Div.) (Q.L) (contract not proven); *Triple R Demolition Inc. v. 118648 Ontario Ltd.* (1998), 37 C.L.R. (2d) 125 (Ont. Gen. Div.) (contract not adopted); *Markborough Properties Inc. v. 841202 Ontario Inc.* (1996), 28 C.L.R. (2d) 77 (Ont. Gen. Div.); *1394918 Ontario Ltd. v. 1310210 Ontario Inc.*, 2001 CarswellOnt 402 (Sup. Ct.) (WLeC) (contract terminated and right retained to sue for damages).

In *Insul Coustic inc. v. Lavoie* (15 November 1995), Montreal 500-09-001002-906, J.E. 95-2118 (C.A.), the Quebec Court of Appeal held the individual signatories liable for the contract, in the absence of evidence that a corporation had been formed and had ratified the contract. That Court described the legal operation envisaged by section 14(2) as novation, requiring that the contracting party inform the other contracting party, in good faith and in a timely manner, that the corporation had adopted the contract.

³⁶ See *Southside Property Management (London) Inc. v. Sibold Estate*, [2004] O.J. No. 1701 (C.A.) (Q.L) (applying the Ontario Act).

³⁷ In *Daoust c. Lee*, (16 September 1982), 500-05-014382-822, (C.S.M.), the Court ruled that this remedy is a remedy in equity and not a remedy in strict law, and refused to grant this remedy in the absence of fraud by the signatories. The decision was similar in *Banque Commerciale Italienne du Canada c. Almanza* (28 August 1998), Montreal 500-05-035892-973, 98BE-1087 (Sup. Ct.). See also *Bank of Nova Scotia v. Williams*, (1976-77) 12 O.R. (2d) 70, (1976) 70 D.L.R. (3d) 108, and *Conception G. F. inc. c. Silless*, (29 October 1992), Montreal 500-02-039155-911, J.E. 93-4 (C.Q.), *Cartonniers Vallée & Fils ltée c. Les Éditions Simotions s.e.n.c.* (12 March 2001), Laval 540-22-004398-003, 2001BE-582 (C.Q.). In *Waterloo Realty Inc. v. Gallagher*, [1988] O.J. No. 1419 (Div. Ct.) (Q.L).

This provision will prevent a person from, for example, signing a pre-incorporation contract in the name of a corporation in which that person is the sole shareholder and officer and in which that person will invest practically nothing; it would be too easy for such a person to have the contract adopted by that person's "shell corporation" and to avoid liability as a signatory party, thus placing the other contracting party in a very unfortunate position.³⁸

D. Subsection 14(4) C.B.C.A.

Lastly, subsection 14(4) provides that in no event can a person whose liability has expressly been excluded in a pre-incorporation contract be bound by the contract.³⁹

[translation] "Although this provision may appear surprising after all the safeguards for contracting third parties set out in the previous subsections of section 14, Parliament reasoned that including a written liability exclusion clause in a pre-incorporation contract was to serve as a warning to third parties and to make them aware of the type of agreement they were about to enter into. Thus, while there is no reason not to give effect to such a clause, it must be borne in mind that such a clause will not prevent a court from maintaining the corporation's liability even if the corporation has not adopted the contract."⁴⁰

III. The Quebec system

A. Companies Act

Sections 123.7 and 123.8 of Quebec's *Companies Act* read as follows:

the Court maintained the signatories' liability because they had personally made a commitment to pay the commission to the contracting third party if the corporation did not do so.

³⁸ On this point, see the *Dickerson Report supra* note 8 at para. 72.

³⁹ See *Guido v. Swail* (1987), 6 L.W.C.D. 245 (639-034) (Ont. Sup. Ct.). The non-liability clause must appear in the contract itself; otherwise it is of no effect: *Szecket v. Huang* (1999), 168 D.L.R. (4th) 402 (Ont. C.A.).

⁴⁰ Maurice & Paul Martel, *La compagnie au Québec*, vol. 1, "Les aspects juridiques" loose-leaf (Montreal: Wilson & Lafleur and Martel, 2007) at 4-3. See also the *Dickerson Report, supra* note 8 at para. 73 [Martel, *Compagnie*].

“**123.7** A company is bound by any deed performed in its interest before its constitution provided it ratifies the deed within 90 days after its constitution.

The ratification transfers to the company the rights and obligations of the party who performed the deed, but does not of itself effect a novation; moreover, the person who performed the deed has the same rights and is bound by the same obligations as a mandatary of the company.

123.8 The person who performs a deed in the interest of a company before its constitution is bound by that deed unless the contract entered into for the company includes a clause excluding or limiting his liability and a statement to the effect that the company might not be constituted or might not assume its obligations.”

The system established by these provisions can be described as follows, as least considering the legal authorities and CAS law before August 2005 when the *Rasmussen* decision was rendered. This decision will be discussed later.

Under section 123.7, a company not yet constituted may be bound by a deed performed “in its interest”, provided that the company ratifies this deed within 90 days after being constituted. Ratification may be tacit;⁴¹ in no case does it imply the signature of a new contract by the company. Thus, in this regard, the rule set out in *Kelner v. Baxter* is set aside.

Ratification has the effect of transferring to the company the rights and obligations of the party that performed the deed, starting on the date of the ratification⁴² (and not, as is the case under the federal system, retroactively to the date of the deed). Transfer does not of itself effect novation⁴³, that is, it does not automatically have the effect of releasing the party that performed the deed. In other words, from the third party’s perspective, an additional debtor (the company) is added. The promoter is bound to the company as is a

⁴¹ *Bureau international d’échange commercial (B.I.E.C.) ltée c. Boutin* (8 June 1990), Montreal 500-05-007322-876, J.E. 90-1344 (Sup. Ct.). See also *Devencore inc. c. Investissements Pieraton inc.*, [1988] R.J.Q. 2168 (Sup. Ct.).

⁴² The third party is bound to the company, even if the company did not exist when the deed was performed: *Devencore inc. c. Investissements Pieraton inc.*, *ibid.*

⁴³ Art. 1660ff. C.C.Q. See *Paquette v. Belisle*, 2003 BE-344 (Sup. Ct.). However, nothing prevents express provision for novation in the contract, if the third party agrees to set aside the liability of the person who signed the contract in the interest of the company, starting on the date the company ratifies the contract.

mandatary, and enjoys in relation to the company the same rights as a mandatary, although here in fact it is the mandatary who sets the limits of the mandate since the company ratifies these limits by ratifying the deed. It should be noted that the capacity of a mandatary is attributed in this way only in relation to the company, and may not affect the third party.

As well, under section 123.8 the person who performs a deed is bound to the contracting third party by the deed, regardless of whether the company has ratified the deed,⁴⁴ unless the contract that person entered into for the company expressly excludes or limits that person's liability and unless the contract includes a statement "to the effect that the company might not be constituted or might not assume its obligations".⁴⁵

As can be seen, sections 123.7 and 123.8 of Quebec's *Companies Act* differ radically from section 14 of the C.B.C.A., as follows.

- a. The contracts concerned are not only "written contracts", but any "deed performed" in the name of the company to be constituted.

⁴⁴ In *Trust Général du Canada v. Robitaille* (1986), 5 Q.A.C. 304, the Court of Appeal stated in an *obiter dictum* that a promoter who signed an offer to purchase "in trust" for a company not yet constituted incurs personal liability when the company, once constituted, refuses to give effect to the offer. In *Lavery, DeBilly v. Toupin* (4 November 1998), Quebec 200-22-001741-974, J.E. 99-296 (C.Q.), liability existed because the company was not constituted.

⁴⁵ *Sasseville v. Grenier* (15 April 1998), Montreal 500-05-008990-861 (Sup. Ct.); *Pellerin v. Investissements Contempra ltée* (30 August 1998), Montreal 500-02-010620, J.E. 88-1305 (Prov. Ct.); *Renaud c. Desmarais* (19 November 1991), Montréal 500-05-013491-889, J.E. 92-237 (Sup. Ct.); *99861 Canada Inc. c. Phan* (21 November 1988), Montréal 500-05-012127-880, J.E. 89-340 (Sup. Ct.); *Placements Marcel Richard Inc. c. Stamatopoulos* (17 August 1999), Drummond 405-05-000648-972 (Sup. Ct.); *Laforce v. Dubé* (21 October 1998), Terrebonne 700-22-000747-971, 98BE-1283 (C.Q.); *Paquette c. Belisle* (15 January 2003), Drummond 405-17-000199-021, 2003 BE-344 (Sup. Ct.). See the comments by A.-P. Michaud in (1981) 41 R. du B. 913. In *Guy c. Sarradet* (12 February 1998), Quebec 200-02-017928-971, 98BE-435 at 6 (C.Q.), the Court ignored the clear wording of section 128.8 and excluded the liability of a promoter who had not included the required statement in the contract: [translation] "In fact, although the Act provides that the liability exclusion clause and the statement are necessary in order completely to exclude the promoters' personal liability, the absence of the latter will matter only if either situation envisaged by the statement occurs. That is not what happened in this case."

James Smith explains this difference as follows:

[translation] "... We also note that, unlike section 14 of the C.B.C.A., section 123.7 of Quebec's *Companies Act* does not distinguish written from oral contracts. While the difficulties inherent in testimonial evidence should not be minimized, the Quebec legislature considered that not making section 123.7 of the *Companies Act* applicable to unwritten pre-incorporation contracts would be odd, to say the least, since in the past it is this type of contract that has made life difficult for the courts. ... This approach greatly facilitates judges' work since, once they have assessed the evidence, their role will be limited to applying the rule of law set out by the legislature".⁴⁶

- b. The company has 90 days after being constituted to ratify the contract.

[translation] "The important legal effect of this ratification led the Quebec legislature to specify the time limit within which a company must indicate its intent to ratify a contract entered into by a promoter. The federal statute is unclear on this point: section 14 of the C.B.C.A. leaves it up to the courts to decide what constitutes a reasonable time for the adoption of a "pre-incorporation" contract by a corporation after it is incorporated. The Quebec legislature resolved this issue by setting a maximum time limit of 90 days. After this time limit expires, if the company has not yet ratified the "pre-incorporation" contract, the ordinary civil law rules apply as suppletive law.

... the legislature does not appear to prohibit promoters from simply transferring a pre-incorporation contract after the 90-day time period expires. In such cases the company's agreement is essential, because this operation effects novation or incomplete delegation."⁴⁷

If the company ratifies the deed more than 90 days after its constitution, the applicable provision will not be section 123.7 of the *Companies Act* but rather article 319 of the *Civil Code of Québec*,⁴⁸ with, as we shall see, the same result. This means that the difference between the *Companies Act* and the C.B.C.A. in terms of the time limit for ratification or adoption is more apparent than real.

- c. Ratification of the contract by the company transfers to the company the rights acquired in its name by the promoter, starting

⁴⁶ Smith, *supra* note 23 at 22.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Section 123.7 needs "to be complemented" by article 319, in accordance with article 300 C.C.Q.

on the date of ratification, not retroactively to the date the promoter entered into the contract.

- d. Ratification by the company does not affect novation, that is, it does not release a promoter from that person's liability under the contract.

Under the C.B.C.A., in the absence of a court decision to the contrary, a promoter is released from liability when the corporation adopts the contract. As James Smith explains:

[translation] "This legislative policy differs from the one adopted by Parliament in section 14 of the C.B.C.A. Under that section, ratification substitutes the corporation for the promoter, who is released from that person's liability to third parties. That section runs counter to the principles of civil law: such a change of debtor is similar to complete delegation or novation, while in such cases the *Civil Code of Québec* rules require the consent of the creditor (in this case the third party) to release the original debtor (the promoter).

No doubt in order to remedy this situation, subsection 14(3) of the C.B.C.A. allows a third party to apply to the court for an order "fixing obligations under the contract as joint or joint and several or apportioning liability between or among the corporation and a person who purported to act in the name of or on behalf of the corporation". This order may mean that, in whole or in part, the adoption of a contract by the corporation may not affect third parties and may thus restore the promoter's personal liability notwithstanding the adoption. Subsection 14(3) of the C.B.C.A. also makes it possible to incur the liability of a corporation that has not adopted a given pre-incorporation contract. This rule has the effect of offering third parties an alternative: remedy against two debtors in a situation where there would have been only one.

As worded, subsection 14(3) of the C.B.C.A. argues for vicarious liability of promoters when a corporation is unable to honour the obligations it assumed in adopting a given contract. This subsection implicitly recognizes that maintaining only the corporation's liability after adoption of a contract may create certain difficulties. That being the case, why require a third party to apply to the courts for an order making the promoter jointly or severally liable with the corporation, when it would be easier to make joint liability of the promoter and the corporation the basic rule? A third-party protection mechanism that does not require third parties to go to court is certainly more effective than one that forces them to engage in a time-consuming and costly procedure. Such a legislative policy also has the disadvantage of creating a climate of uncertainty for business transactions. A last criticism that can be

levelled against such a technique is that it is foreign to the principles of civil law, which only exceptionally authorizes the courts to render judgments in equity."⁴⁹

- e. A promoter can be released from liability only by limiting that liability by means of a clause in a written contract and by inserting in the contract the statement provided for in section 123.8 of Quebec's *Companies Act*.

[translation] "... that person must contract in writing and must include a clause excluding or limiting that person's liability and noting the possibility that the company may never be constituted or assume its obligations. The purpose of this statement is to inform the third party of the consequences related to the exclusion or limitation of the promoter's liability: the third party must know that at that point it is entering into a contract with an entity that does not exist and may never exist. The third party must also understand that, if indeed the company is constituted, it may very well not be willing or able to assume the obligations of the contract. Only the procedure set out in section 123.8 of the *Companies Act* makes provision for a promoter to be released from liability, thus ensuring third party protection."⁵⁰

- f. Quebec's *Companies Act* specifies the nature of a promoter's rights and obligations toward the company.

[translation] "We note that, in the federal system, Parliament did not concern itself with providing a legal basis for a promoter's rights and obligations toward a corporation, but relied on suppletive provincial law to fill that gap. In Canada outside Quebec, common law imposes on promoters the obligations of trustees toward the corporation they represent, even if the corporation is not yet incorporated when the action is taken. Since the trust rules imposing obligations on promoters do not apply in Quebec, the situation on this point remained unclear.

Aware of this gap, by means of the second paragraph of section 123.7 of Quebec's *Companies Act*, the Quebec legislature provided a legislative basis for promoters' obligations toward the company. The principles of the mandate now govern the legal relations between a company and its promoter."⁵¹

⁴⁹ Smith, *supra* note 23 at 23ff.

⁵⁰ *Ibid.* at 26ff.

⁵¹ *Ibid.* at 25.

- g. In summary, Quebec's *Companies Act* is designed to protect third parties, not to encourage promoters as does the C.B.C.A.

[translation] "In summary, section 123.7 creates a presumption that promoters are deemed to contract for themselves until the company ratifies the contract. Although section 123.8 sets out a procedure for exempting promoters from liability, this statute provides that theoretically promoters are liable for their business risks. The Quebec legislature considers that the interests of third parties and of the company must take precedence over the interests of promoters who initiate a transaction and from it directly or indirectly try to obtain personal gain. In adopting this policy, the legislature favours third parties, no doubt considering that the promoter's personal guarantee will offer them better protection."⁵²

B. The *Civil Code of Québec*

Articles 319 and 320 of the *Civil Code of Québec*, which came into force in 1994, read as follows:

319 A legal person may ratify an act performed for it before it was constituted; it is then substituted for the person who acted for it.

The ratification does not effect novation; the person who acted has thenceforth the same rights and is subject to the same obligations as a mandatary in respect of the legal person.

320 A person who acts for a legal person before it is constituted is bound by the obligations so contracted, unless the contract stipulates otherwise and includes a statement to the effect that the legal person might not be constituted or might not assume the obligations subscribed in the contract."

These articles, based on sections 123.7 and 123.8 of Quebec's *Companies Act*,⁵³ govern pre-incorporation contracts entered into in the name and on behalf of legal persons in Quebec. The above-listed differences between sections 123.7 and 123.8 of Quebec's *Companies Act* and section 14 of the C.B.C.A. also exist between articles 319 and 320 of the *Civil Code of Québec* and section 14 of the C.B.C.A., with the exception of the 90-day time period for ratification by the legal person.

⁵² *Ibid.* at 27.

⁵³ See Quebec, Ministère de la Justice, *Commentaires du Ministre de la Justice*, vol. 1 (Quebec: Publications du Québec, 1993) at 214ff.

[translation] “Reference to this time period was eliminated in order to dispel any doubt about the validity of even a late ratification.”⁵⁴

Once this system came into force, the Quebec legislature used a harmonization measure to repeal the reference to pre-incorporation trust in section 31 of Quebec’s *Companies Act*.⁵⁵

*Syrros v. Brass*⁵⁶ is a case in which article 320 of the *Civil Code of Québec* was applied to an investors’ agreement under which one of the investors, Mr. Syrros, sold assets to a company but was dismissed before the company was organized and before he received the shares promised to him.

The Court found that the other investors were personally liable to the ousted investor, stating:

“The Court concludes that Mr. Grostern and the Investors have engaged their personal liability towards Mr. Syrros as nowhere in the “deal” or in the dismissal letter does one find any of the exculpatory statements contemplated in Article 320 C.C.Q. No proof was adduced to suggest that Gramprotex had ratified the dismissal after it was organized, although this would not in any event have affected the personal liability of the Investors.”⁵⁷

However, this precedent is of dubious value, since official records indicate that the company in question was federally incorporated, meaning that the Court should have applied section 14 of the *Canada Business Corporations Act*, not article 320 of the *Civil Code of Québec*.

A more appropriate precedent is *Nahmany v. Boutouati*,⁵⁸ in which no company had been constituted and the promoters were found liable under article 320 of the *Civil Code of Québec* because the lease agreement did not contain either of the two clauses required by that provision.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ S.Q. 1999, c. 40, s. 70. This repeal had been recommended by Paul Martel in *La réforme du Code civil*, vol. 1 “Les personnes morales” (Sainte-Foy: Presses de l’Université Laval, 1993) 189 at 203 [Martel, *Réforme*].

⁵⁶ (22 March 2004), Montreal 500-05-010364-931, J.E. 2004-964 (Sup. Ct.)

⁵⁷ *Ibid.* at para. 44.

⁵⁸ (15 January 1997), Montreal 500-02-028197-905, (C.Q.).

C. Rasmussen

The decision rendered by the Quebec Court of Appeal in *Société Sylvicole de l'Outaouais v. Rasmussen*⁵⁹ on August 22, 2005 has greatly confused matters as regards pre-incorporation contracts in Quebec.

This case was based on a pre-incorporation contract signed in 1994 by a Quebec company and Ontario residents on behalf of a company that was to be incorporated. The contract concerned the operation of a woodlot located in Quebec. It did not contain a clause exempting the promoters from liability or a clause stating that the company might not be constituted or might not assume the obligations subscribed therein. The company, Lamira Development Corp., was incorporated shortly thereafter under the Ontario *Business Corporations Act* and ratified the contract.

In 1995, the contracting party from Quebec brought an action seeking an injunction against the promoters. In 2000, it amended its proceedings to add the corporation as a defendant even though the three-year prescription period against it had expired.

The Court of Appeal began by finding that the applicable law was not section 21 of the Ontario Act but rather articles 319 and 320 of the *Civil Code of Québec*.⁶⁰

Under those provisions as they had been interpreted and applied until then, the necessary conclusion would have been that, by ratifying the contract, Lamira had become solidarily liable with the

⁵⁹ (22 August 2005), Montreal 500-09-013431-036, AZ-50329932 (C.A.)

⁶⁰ *Ibid.* at para. 22ff: [translation] "While the relationship between a legal person and its shareholders, officers or directors is governed by corporate law, in this case the *Ontario Act*, the same is not true of the rights and obligations resulting from the contract entered into in 1994. Although the *Quebec Act* is not designated as being applicable, the fact remains that, given the nature of the contract (operation of a woodlot located in Quebec) and the attendant circumstances (the appellant is a Quebec company, while the respondents elected domicile in Quebec, art. 10 of the contract), Quebec law is clearly the law most closely connected with the contract (art. 3112 C.C.Q.). Likewise, it is Quebec law that determines the consequences of the ratification of a pre-incorporation contract in relation to third parties, here the appellant. Claiming the contrary would make the Ontario Act extraprovincial in scope, which is not allowed by the Constitution (s. 92(13) of the *Constitution Act*, 1867, "Property and Civil Rights in the Province")."

promoters for the obligations resulting from the contract and that the prescription period in relation to Lamira had therefore been interrupted.

However, that was not what the Court held. The Court thoroughly analysed article 319 of the *Civil Code of Québec* and section 123.7 of the *Companies Act* and reached the following conclusions:

[translation] “Article 319 C.C.Q. and section 123.7 Q.C.A. cannot be read as meaning that ratification simply adds a party to the contract. The words “is then substituted” are not a synonym for being added, but rather indicate that the promoter is replaced by a legal person. ...

With pre-incorporation contracts, this means that the ratifying legal person becomes a contracting party instead of the original signatory, the promoter, a process that traditional civil law concepts refused to validate. To avoid any debate about the possibility that this substitution of a party, which results from legislation and not the will of the parties (although it is anticipated by the parties) effects novation of the contract within the meaning of art. 1660 C.C.Q., art. 319 C.C.Q. excludes this possibility. It is therefore the same contract that continues even though one of the contracting parties has been replaced. Thus, the prescription applicable to the performance of an obligation that began before the substitution does not start running all over again, but simply continues. As for the defences that the promoter could have raised against the third party, the legal person can also raise them, thus excluding the effect of substitution where it results in novation (art. 1663 C.C.Q.).

Unlike legal authors, however, I cannot view this exclusion of all novatory effects as a reflection of the legislature’s intent to maintain the promoter as a contracting party and thus eliminate the normal effect of substitution, since the drafting of the provision would then be extremely incoherent. Moreover, arguing that the promoter remains liable for obligations toward the third party under the contract as a result of imperfect delegation or suretyship seems to me contrary to the wording of s. 123.7 Q.C.A., which does not strike me as being at all ambiguous about the effect of substitution: “[t]he ratification transfers to the company the rights and obligations of the party who performed the deed”. To reflect the legislative intent summarized in the Minister’s commentaries cited above, art. 319 C.C.Q. must have the same scope, even if it uses different terminology. Finally, what explanation can there be, other than the fact that the promoter is no longer a party to the contract, for the legislature’s need to specify that, following ratification, the promoter has the same rights and obligations as a mandatary in respect of the legal person (and, therefore, is entitled to be reimbursed for expenses and must account for any benefits received)? If the promoter

actually becomes a surety of the legal person or a delegator in respect of the legal person, why would the legislature have gone to the trouble of also making the promoter a mandatary?

In short, what must be concluded from art. 319 C.C.Q. is that, following ratification, the initial signatory, the promoter, ceases to be a contracting party and becomes a mandatary of the recently incorporated legal person. The promoter's liability to the contracting third party is then defined by arts. 6, 7 and 1437 C.C.Q. in the case of extracontractual liability (for example, where ratification is abusive or fraudulent) and, where relevant, by art. 317 C.C.Q. where the corporate veil is lifted (if the promoter is a shareholder of the legal person).

I turn now to art. 320 C.C.Q. The courts have established that the third party who contracts with the promoter of a legal person knowing that the legal person does not exist is presumed to contract with the promoter in the absence of evidence to the contrary ... Article 320 C.C.Q. codifies this principle by providing that the promoter remains a contracting party until ratification and, as a result, is bound by the obligations set out in the contract. However, it is possible for the promoter to limit or even exclude this liability by agreement. Article 320 C.C.Q. therefore rounds out the situation.⁶¹

What this meant in *Rasmussen* was that the corporation had replaced the promoters as a contracting party with the plaintiff, without novation of the contract, and that the prescription period against it had expired. The action against the promoters was unfounded because they had ceased to be contracting parties.

The decision in *Rasmussen* rejected the unanimous opinion of legal authors (including James Smith, one of the authors of sections 123.7 and 123.8) and 25 years of virtually uniform court decisions and gave the provisions of the *Civil Code of Québec* and the *Companies Act* on pre-incorporation contracts a scope more like that of section 14 of the federal statute.

With all due respect, we consider the Court of Appeal's approach, which is undoubtedly more favourable toward promoters, debatable given the clear terms of the provisions in question. In light of the wording of the provisions and the comments of their author, we believe it can be argued that, when the legislature stated that substitution does not effect novation, it was referring to the novation effected when a new debtor is substituted for a former one, who is

⁶¹ *Ibid.* at paras. 46-50.

discharged by the creditor,⁶² and not, as the Court seems to indicate, the novation effected by the substitution of a new debt.⁶³ In our opinion, the legislature wanted to treat pre-incorporation contracts as a form of delegation without novation.⁶⁴

However, if the Court of Appeal's interpretation in *Rasmussen* is what must now prevail in Quebec, the above-mentioned differences between section 14 of the C.B.C.A. and the scheme established by the *Civil Code of Québec* and *Quebec's Companies Act* must now be revised as follows:

- Paragraph d., “Ratification by the company does not effect novation, that is, it does not release a promoter from that person's liability under the contract”, must be removed.

Ratification by the company does release the promoter from liability. It substitutes the company for the promoter as a party to the contract, without amendment or novation of the contract.

- Paragraph e., “A promoter can be released from liability only by limiting that liability by means of a clause in a written contract and by inserting in the contract the statement provided for in section 123.8 of Quebec's Companies Act”, must be preceded by the words “If the company does not ratify the contract”.
- Paragraph g., “In summary, Quebec's Companies Act is designed to protect third parties, not to encourage promoters as does the C.B.C.A.”, must be removed.
- It must be replaced by a new paragraph g.:
 - g. Quebec's *Companies Act* does not include any scheme for the protection of the contracting third party similar to section 14(3) of the C.B.C.A.

It does not include such a scheme, but, as the Court of Appeal indicated, the courts can rely on articles 6, 7 and 1437 of the *Civil Code of Québec* in the case of extracontractual liability and article 317 where the corporate veil is lifted to find that the promoter is liable to the contracting third party even though the company was substituted for the promoter as a contracting party.

⁶² Provided for at the time in articles 1169(2), 1172 and 1177 C.C.L.C.

⁶³ Provided for at the time in articles 1169(1) and 1176 C.C.L.C.

⁶⁴ As provided for in article 1173 C.C.L.C.

IV. Legislative conflict

Some authors⁶⁵ challenge the constitutionality of section 14 of the C.B.C.A., which does govern contract validity and promoters' contractual liability toward third parties, matters which at first glance fall under provincial jurisdiction as "property and civil rights".⁶⁶

Elsewhere, authorities⁶⁷ and case law⁶⁸ question the applicability of section 14 to circumstances where the corporation in the name of which a pre-incorporation contract is entered into is not subsequently incorporated. In such cases, there is no reason to apply the C.B.C.A. instead of the corporations legislation of the province in which the contract is entered into, except perhaps if the contract specifies under which statute the company is to be incorporated. In the case of a pre-incorporation contract entered into in Quebec, articles 319 and 320 of the *Civil Code of Québec* should likely be applied; in the absence of a company constituted under specific corporations legislation, the general civil law system is applicable.

[translation] "Unlike the corresponding sections of Quebec's *Companies Act*, Quebec's *Cooperatives Act* and the C.B.C.A., section 320 may be applied even if the legal person is not constituted: in fact, as long as there is no incorporation, none of these statutes should be applied and the *Civil Code of Québec* should take precedence."⁶⁹

If, on the other hand, the company is incorporated under the C.B.C.A., the legislative conflict can be described as follows:

[translation] "Where federal corporations are concerned, obviously there are fundamental differences between the pre-incorporation system set out in section 14 of the *Canada Business Corporations Act* and the system set out in the new *Civil Code of Québec*. We may expect that the position taken in this codification concerning pre-incorporation contracts will eventually lead a person disadvantaged by section 14 to

⁶⁵ Welling, *supra* note 25 at 288; Joseph E. Magnot, (1979) 11 Ottawa L. Rev. 99 at 110; Martel, *Compagnie*, *supra* note 40 at 4-4; Martel, *Réforme* *supra* note 55 at 203ff.; and Easson & Soberman *supra* note 8 at 440, consider that Parliament has jurisdiction to legislate on the adoption of contracts by federal corporations after they are incorporated.

⁶⁶ *Constitution Act*, 1867, s. 92(13).

⁶⁷ Maloney, *supra* note 25 at 432ff.; Ziegel, *supra* note 5 at 346; Easson & Soberman, *supra* note 8 at 442; Martel *Compagnie* *supra* note 40 at 4-4.

⁶⁸ *Westcom Radio Group Ltd. v. MacIsaac* (1990), 70 O.R. (2d) 591 at 597.

⁶⁹ Martel, *Réforme*, *supra* note 55 at 203.

challenge its constitutionality, which, we repeat, we consider doubtful. In the meantime, under the first paragraph of article 300 of the new *Civil Code of Québec*, section 14 should take precedence over articles 319 and 320. Perhaps, however, under the second paragraph of article 300, articles 319 and 320 will be given suppletive application, at least in situations such as oral agreements that are not covered by section 14.”⁷⁰

Parliament could limit the legislative conflict by adding oral agreements to the “written contracts” referred to in section 14.

V. Dissociation

The provisions of section 14 of the C.B.C.A. form a complete set of rules that is completely dissociated from Québec civil law as interpreted and applied before the *Rasmussen* decision. The above-noted list of the differences between the two systems testifies eloquently to this fact, which is not surprising given the express intent of the Québec legislative not to retain [translation] “the technique used by Parliament, since that technique did not suit our civil law context”, as lawyer James Smith has put it.⁷¹ However, to the extent that Québec civil law must be interpreted in light of *Rasmussen*, dissociation from section 14 of the C.B.C.A. is greatly reduced.

Before making changes to section 14 of the C.B.C.A. to limit such dissociation, it would be advisable to see how *Rasmussen* is treated in future decisions of the Québec Court of Appeal or, better yet, the Supreme Court of Canada.

Following the state of Québec civil law before the *Rasmussen* decision, harmonization of section 14 with the system set out in articles 319 and 320 of the *Civil Code of Québec* would require either an overhaul of section 14 or a clause specifying that it was not applicable in Québec.

The first option would involve a complete change of direction by Parliament, protecting the interests of contracting third parties rather than those of promoters, and abandoning the retroactive nature of corporations’ adoption of pre-incorporation contracts. Such a change would be difficult to apply in the common law provinces because it

⁷⁰ Martel, *Compagnie*, *supra* note 40 at 4-7.

⁷¹ Smith, *supra* note 23.

would rely on civil law concepts (such as substitution, mandate, and novation) that do not always have exact equivalents in common law; as well, in all provinces where the provincial legislation has been based on the federal statute, the effect of such a change would be to encourage promoters to opt for a provincial, not a federal, charter.

[translation] “What is certain is that, when it is appropriate for promoters to enter into a pre-incorporation contract, they will prefer to make use of section 14 of the *Canada Business Corporations Act* because, unlike the provisions of Quebec’s *Companies Act*, section 14 protects promoters rather than third parties and makes it possible for corporations to be retroactively bound by the contract.”⁷²

The second option would have the effect, for promoters in Quebec, of eliminating these grounds for preferring the C.B.C.A. and thus making federal incorporation less attractive whenever pre-incorporation contracts are a possibility.

Based on the new interpretation of the civil law in *Rasmussen*, the only real dissociation that remains between the civil law and section 14 of the C.B.C.A. lies in the retroactive effect of a corporation’s adoption of a contract. This dissociation would disappear if the retroactive effect of section 14 were eliminated, but such an amendment would put federal corporations at a disadvantage compared with those incorporated in Ontario and the other provinces that have copied the federal provision in their own legislation. This is something that Parliament needs to think about.

In one or the other of the assumptions, it would be appropriate to amend section 14 in order to cover oral agreements as well as written agreements, for example by using the expression used in Quebec, “acts performed” for the corporation by the promoter. This very partial harmonization with the civil law would have the advantage of attenuating the above-mentioned legislative conflict concerning pre-incorporation contracts in Quebec, and would narrow the gap in this regard between section 14 and the corresponding but more inclusive provisions of the legislation of certain provinces such as Ontario, New Brunswick and British Columbia where similar provisions read “oral or written contracts” or simply “contracts”.

⁷² Martel, *Compagnie supra* note 40 at 4-7.