

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

La responsabilité du commanditaire.

Le commanditaire qui contrôle le commandité corporatif est-il à l'abri de la responsabilité découlant de l'article 2244 du *Code civil du Québec*?

Maxime B. RHÉAUME*

Résumé

Un commanditaire qui contrôle un commandité corporatif doit être présumé s'immiscer dans les affaires de la société en commandite, engageant de ce seul fait sa responsabilité personnelle découlant de l'article 2244 C.c.Q. De même, certains investisseurs utilisent une filiale, non seulement pour agir comme commandité, mais également une autre filiale pour agir comme commanditaire. Une telle structure présente un risque sérieux de contrevenir aux dispositions de l'article 2236 C.c.Q. et constitue une menace à la responsabilité de l'investisseur qui se croit adéquatement protégé.

Abstract

A special partner who controls a corporate general partner must be considered to have interfered with the business of the limited partnership, thereby becoming personally liable pursuant to article 2244 C.c.Q. Some investors not only use a subsidiary to act as general partner, but also use another one to act as special partner. Such a structure brings about a serious risk of violating the provisions of article 2236 C.c.Q. and is a threat to the liability of the investor who believes he is adequately protected.

* Associé du cabinet Miller Thomson Pouliot SENCRL, chargé de cours en droit des sociétés à la Faculté de droit de l'Université de Montréal depuis 1989. Cet article ne reflète que les opinions de son auteur.

Plan de l'article

Introduction	433
I. La société en commandite	434
A. Parties à une société en commandite	434
B. Intérêt commercial de la société en commandite comme véhicule	435
II. La responsabilité du commanditaire envers les tiers	436
III. La théorie de l'<i>alter ego</i>	440
A. Présomption d' <i>alter ego</i> en cas de contrôle	443
B. L' <i>alter ego</i> vertical ou horizontal.....	444
IV. La théorie du « maillon inutile »	446
V. La théorie du voile corporatif lorsque le commanditaire est lui-même la coquille de l'investisseur	446
VI. Le contrôle d'une personne morale	449
A. Contrôle <i>de jure</i>	449
B. Contrôle <i>de facto</i>	452
VII. La convention unanime entre actionnaires	454
A. Les conventions entre actionnaires, autres qu'unanimes	455
B. La restriction des pouvoirs des administrateurs	456

VIII. Traitement comptable	466
Conclusion	466

Cet article vise à démontrer qu'un commanditaire qui contrôle un commandité corporatif doit être présumé s'immiscer dans les affaires de la société en commandite, engageant de ce seul fait sa responsabilité personnelle. La protection recherchée par le commanditaire par l'utilisation du véhicule de la société en commandite peut être mise à risque lorsqu'en raison de la structure corporative du commandité, le commanditaire en détient le contrôle.

L'article 2244 C.c.Q. prévoit notamment que le commanditaire ne peut négocier aucune affaire pour le compte de la société en commandite, sous peine d'être tenu des obligations de la société en commandite. Il y a peu de jurisprudence et de doctrine sur la responsabilité du commanditaire qui s'immisce dans les affaires de la société en commandite. Toutefois, lorsque les tribunaux ont été en présence d'immixtion du commanditaire dans les affaires du commandité et de la société en commandite, ils n'ont pas hésité à retenir sa responsabilité.

Les situations d'interventions actives du commanditaire dans les affaires de la société en commandite ne seront pas examinées ici puisque, dans ces cas, on convient généralement qu'en raison des faits et des gestes directement posés par le commanditaire, sa responsabilité personnelle pourra être engagée, tout comme l'est celle de l'associé commandité.

Il est fréquent de rencontrer des situations où les commanditaires, étant des parties financièrement intéressées dans une société en commandite, voient à la constitution et à l'organisation d'une personne morale devant servir de commandité. Pour s'assurer que les opérations de la société en commandite soient conformes aux désirs des commanditaires, ceux-ci deviennent actionnaires du commandité corporatif et, comme cela n'est généralement pas suffisant pour assurer aux commanditaires-actionnaires le contrôle du commandité, les commanditaires signent également une convention unanime entre les actionnaires du commandité («Convention unanime»). En procédant ainsi, les commanditaires-actionnaires peuvent régir à l'avance le sort des décisions importantes devant être prises par le commandité.

Certaines structures utilisées par des prêteurs et investisseurs dans le cadre de la réalisation de transactions commerciales sont parfois mises en place en faisant abstraction des risques découlant

de l'article 2244 C.c.Q. De même, certains investisseurs utilisent une filiale non seulement pour agir comme commandité, mais également une autre filiale pour agir comme commanditaire. Une telle structure présente un risque sérieux de contrevenir aux dispositions de l'article 2236 C.c.Q. et constitue une menace à la responsabilité de l'investisseur qui se croit adéquatement protégé.

I. La société en commandite

Le *Code civil du Québec* définit la société en commandite à l'article 2236, lequel se lit comme suit :

2236. *La société en commandite est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui sont seuls autorisés à administrer la société et à l'obliger, et un ou plusieurs commanditaires qui sont tenus de fournir un apport au fonds commun de la société.*

A. Parties à une société en commandite

Deux entités sont nécessaires pour former une société en commandite : un commandité et un commanditaire. Les rôles assignés au commandité et au commanditaire sont bien définis. Le commandité est le seul à pouvoir administrer la société en commandite et l'obliger, alors que le commanditaire doit fournir son apport¹, lequel représente l'étendue de sa responsabilité². Nous verrons que l'article 2244 C.c.Q. peut, selon les circonstances, tempérer ce principe de la responsabilité limitée du commanditaire.

La combinaison d'un commandité et d'un commanditaire donne la société en commandite qui est une des formes de sociétés permises par le *Code civil du Québec* et qui s'ajoute à la société en participation et à la société en nom collectif.

¹ L'apport peut prendre diverses formes, soit en services, en numéraires et aussi en biens ; voir à cet effet l'article 2200 C.c.Q.

² Au sujet du contrat de société en commandite, voir : Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats. Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 554 et suiv.

Selon certains, rien n'empêche une personne d'être à la fois commanditaire et la seule partie intéressée du commandité corporatif.

[...] la même personne se retrouve à la fois commanditaire unique, administrateur et actionnaire unique du commandité, lequel est une compagnie à numéro matricule.

À notre avis, en raison des principes de la personnalité morale de la compagnie et du droit corporatif, il ne fait aucun doute que cette structure n'est pas contraire aux règles du droit civil et qu'elle est acceptable. Nous n'avons cependant trouvé aucune jurisprudence canadienne particulière à ce sujet [...]

Cette situation peut être dangereuse car il s'agit d'une question de faits. La personne qui se présente agit-elle comme administrateur du commandité ou plutôt comme commanditaire ?³

L'extrait précité, sans apporter de réponse, met néanmoins en lumière le risque découlant de la confusion des fonctions de commanditaire et de commandité pour une même personne.

B. Intérêt commercial de la société en commandite comme véhicule

L'intérêt d'utiliser la société en commandite comme véhicule transactionnel est de permettre au commanditaire de se faire attribuer directement sa part des profits générés ou, le cas échéant, des pertes encourues par la société en commandite⁴, tout en voyant sa responsabilité personnelle protégée, sous réserve de fournir l'apport convenu au fonds commun.

Il s'agit d'un véhicule qui tient de la personne morale en ce qu'il met à l'abri la responsabilité du commanditaire au-delà de l'apport promis, et de la société civile en ce que l'associé commanditaire peut bénéficier directement des revenus et des pertes de la société en commandite qui n'est pas considérée comme un contribuable⁵.

³ Gaétan MALTAIS, « *La société en commandite* », (1990) 2 C.P. du N. 209, 260.

⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod.

⁵ D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *op. cit.*, note 2, p. 567.

La société en commandite n'étant pas un contribuable ni une personne morale⁶, les revenus et les pertes qu'elle génère sont repartis entre ses associés. Autre avantage non négligeable, la société en commandite n'étant pas une personne morale, il n'y a pas de taxe sur le capital des corporations exigée par les autorités fiscales⁷.

Il est indéniable que ce véhicule présente de nombreux attraits qui ne seraient pas disponibles si le véhicule utilisé était une personne morale.

[L]a commandite est le seul groupement qui permet à un investisseur de bénéficier à la fois des avantages de la transparence fiscale des sociétés et de la responsabilité limitée des actionnaires d'une compagnie tout en évitant le principal inconvénient de cette dernière, la taxe sur le capital : l'associé commanditaire bénéficie personnellement, sans intermédiaire, de la distribution de l'encaisse et de la déduction des pertes pour fins fiscales, tout en limitant sa responsabilité.⁸

II. La responsabilité du commanditaire envers les tiers

La société en commandite existe depuis longtemps en droit québécois⁹ et ce concept provient bien sûr du droit français¹⁰. Elle se distingue de la société en participation ou en nom collectif en ce qu'elle crée deux catégories d'associés, les commandités et les com-

⁶ *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin Électrique Inc.*, REJB 2000-18092 (C.S.). Sur la question de la personnalité juridique, voici ce qu'en dit la Cour : « Ceci dit, la société en commandite est-elle une personne morale ? L'article 2188 C.c.Q. répond à cette question : 2188 : La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. Elle peut être aussi par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale. Seule la société par actions est une personne morale » (par. 52-54). Sur la question de l'absence de la personnalité morale de la société en commandite, voir aussi : Jean-Claude THIVIERGE, *La société en commandite québécoise et le placement immobilier*, Montréal, Éditions Claude Ananou, 1991, p. 43.

⁷ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, note 4, art. 181.1 ; *Loi sur les impôts*, L.R.Q. c. I-3, art. 1131.

⁸ Nabil N. ANTAKI et Charlene BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise. Entrepreneurs et sociétés de personnes*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 458.

⁹ L'article 1887 C.c.B.C. a précédé l'article 2244 C.c.Q.

¹⁰ Dans son ouvrage, Jean-Claude Thivierge retrace les origines de la société en commandite jusqu'à Louis XIV : J.-C. THIVIERGE, *op. cit.*, note 6, p. 37.

manditaires, ayant des droits et des obligations différents. La différence fondamentale qui caractérise la société en commandite des autres sociétés est qu'elle permet à une catégorie d'associés, les commanditaires, d'avoir au niveau de leur responsabilité personnelle un statut comparable à celui d'un actionnaire d'une société par actions. En effet, la seule obligation du commanditaire est la même que celle d'un actionnaire, c'est-à-dire fournir l'apport promis. Cela fait, le commanditaire, tout comme l'actionnaire, n'a pas à s'inquiéter des déboires financiers de la société en commandite, ni des engagements de cette dernière envers les tiers puisque sa responsabilité est limitée.

Cette protection exceptionnelle accordée par le Code civil à l'associé commanditaire a toutefois un prix. En contrepartie de cette protection qui n'est accordée à aucun autre type d'associé, la loi prévoit à l'article 2244 C.c.Q. que l'immixtion du commanditaire dans les affaires du commandité peut entraîner sa responsabilité personnelle. Cet article se lit comme suit :

2244. *Les commanditaires ne peuvent donner que des avis de nature consultative concernant la gestion de la société.*

Ils ne peuvent négocier aucune affaire pour le compte de la société, ni agir pour celle-ci comme mandataire ou agent, ni permettre que leur nom soit utilisé dans un acte de la société; le cas échéant, ils sont tenus, comme un commandité, des obligations de la société résultant de ces actes et, suivant l'importance ou le nombre de ces actes, ils peuvent être tenus, comme celui-ci, de toutes les obligations de la société.

L'article 2244 C.c.Q. ne crée pas une prohibition visant la capacité même du commanditaire à s'immiscer dans les affaires de la société en commandite. La loi prévoit plutôt que l'immixtion d'un commanditaire dans les opérations d'une société en commandite est de nature à l'engager personnellement, en fonction de l'étendue de son implication. Plus celle-ci sera importante, plus grande sera la responsabilité personnelle du commanditaire qui pourra même devenir responsable de tous les engagements de la société en commandite, au même titre que l'associé commandité.

Cet article [2244] interdit donc à un commanditaire d'être préposé de la société, mais aussi d'agir pour elle à d'autres titres. Il lui interdit même de s'intéresser activement à son propre placement. S'il le fait, le commanditaire risque d'être tenu solidairement responsable avec les associés commandités, non seulement des actes qu'il a posés, mais de toutes

*les obligations de la société si la nature et l'importance de ces actes le justifient, et ainsi perdre le bénéfice de la responsabilité limitée.*¹¹

Pour ce qui est de la responsabilité du commanditaire dans les cas évidents d'immixtion dans les affaires de la société en commandite, les tribunaux n'ont pas hésité à appliquer les dispositions de l'article 2244 C.c.Q. et à retenir cette responsabilité¹².

Dans une cause datant de 1991, la Cour supérieure du Québec mentionnait :

*Dans une décision de cette Cour, le juge Chagnon a décidé « qu'un associé commanditaire qui s'immisce dans l'administration de la société, et qui fait des actes importants de gestion, encourt la responsabilité d'un associé en nom collectif » [...] si l'un ou l'autre des commanditaires s'immisce dans les affaires de la société, il est alors réputé gérant et engage sa responsabilité.*¹³

L'utilisation du terme « réputé » doit être relevée. L'article 2847, al. 2 C.c.Q. prévoit que la présomption qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire alors que celle qui concerne des faits *réputés* est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée. Est-ce à dire que l'immixtion du commanditaire est fatale pour sa responsabilité? Les dispositions de l'article 2244 C.c.Q. sont impératives et si l'immixtion du commanditaire est avérée, sa responsabilité sera de ce fait engagée. La seule question sujette à évaluation et à pondération sera le degré d'ingérence du commanditaire qui déterminera aussi celui de sa responsabilité.

Lorsqu'un commanditaire prend une part active dans la gestion et l'administration de la société en commandite, il est acquis qu'il devient, à des degrés variables, responsable avec le commandité qui, de par la loi, est chargé de gérer la société en commandite et responsable de ses dettes.

Lorsque le commandité n'est que l'outil de ses actionnaires qui sont également les commanditaires de la société en commandite, il

¹¹ N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 8, p. 464.

¹² *Gagnon de Billy c. Cantin*, [1977] C.P. 250; *Entreprises Gamelec Inc. c. Consortium Berthier Tremblay Inc.*, [1993] R.D.I. 443 (C.S.); *Société en commandite Soclin c. Doyon*, J.E. 2001-676 (C.S.).

¹³ *Brennan c. Alepin*, EYB 1991-76227 (C.S.). (Nos non-italiques).

revient de déterminer si cette situation est potentiellement dangereuse pour les commanditaires au niveau de leur responsabilité personnelle.

Posée autrement, la question est de savoir si la responsabilité prévue à l'article 2244 C.c.Q. peut également être recherchée lorsque le commandité est un véhicule corporatif sans volonté autonome, mais plutôt téléguidé par le commanditaire ? Cette question n'a pas encore été spécifiquement traitée par les tribunaux et l'immixtion du commanditaire semble encore être à l'abri des regards des tiers en raison de la barrière corporative érigée entre le commandité et ses actionnaires.

Bien que la doctrine et la jurisprudence québécoise soient peu abondantes sur le sujet, voici ce qu'en a toutefois écrit Jean-Claude Thivierge dans son ouvrage bien documenté, notamment au niveau de la situation en droit français :

[...] les commanditaires devraient faire en sorte qu'aucun d'eux n'agisse comme administrateur de la corporation [commandité] puisqu'ils pourraient concourir à dicter la conduite du commandité ou à le lier, ils perdraient alors le bénéfice de la responsabilité limitée. Il n'est pas non plus recommandé aux commanditaires ou à quelques-uns d'entre eux de devenir actionnaires de cette corporation à cause du transfert possible à ceux-ci, par règlement, de certains pouvoirs décisionnels. De plus, l'immixtion du commanditaire dans la gestion du commandité existe notamment lorsque les commanditaires ont dirigé les opérations de la société. Or les actionnaires du commandité pourraient être considérés comme dirigeants de l'opération de la société lorsqu'ils détiennent le contrôle de la corporation, soit de fait ou à raison du nombre d'actions détenues ou de conventions d'actionnaires, soit de droit ou de jure si le nombre de votes attachés aux actions détenues est suffisant pour élire la majorité des administrateurs de la corporation [le commandité].

*Toute tentative de la part des commanditaires de s'emparer du contrôle de la corporation qui agit comme commandité pourrait être jugée comme un acte d'immixtion entraînant la responsabilité illimitée aux dettes de la société en commandité.*¹⁴

¹⁴ J.-C. THIVIERGE, *op. cit.*, note 6, p. 54 et suiv. (Nos non-italiques).

Quant à savoir qui est l'ultime décideur d'une personne morale, la Cour suprême du Canada a énoncé ce qui suit dans un important arrêt rendu en 1998 :

*Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire et non pas les administrateurs eux-mêmes qui exerce un contrôle effectif sur la société.*¹⁵

C'est en raison d'un tel constat que nous sommes d'avis que l'ingérence du commanditaire dans les affaires du commandité et dans celles de la société en commandite doit nécessairement être inférée du contrôle que l'un exerce sur l'autre. En pratique, lorsque le commanditaire contrôle le commandité, on ne peut imaginer aucune situation où le commandité agirait avec une volonté autonome de celle du commanditaire. Une telle situation serait incompatible avec la notion même de contrôle. En raison du contrôle du commanditaire, on doit convenir que les agissements du commandité sont nécessairement ceux du commanditaire. Par conséquent, la séparation des fonctions et des responsabilités attribuées par le législateur aux deux catégories d'associés que sont les commanditaires et le commandité n'est pas respectée et l'article 2244 C.c.Q. doit donc recevoir application.

III. La théorie de l'*alter ego*

La théorie de l'*alter ego* est souvent associée à celle du voile corporatif et à l'article 317 C.c.Q. Cette théorie, développée en matière de droit corporatif, peut-elle avoir une application en regard de la responsabilité du commanditaire qui est également actionnaire d'un commandité corporatif? Nous répondons par l'affirmative.

La théorie ou la notion de l'*alter ego* est celle voulant qu'une personne morale puisse, en certaines circonstances, n'agir que par le biais de son âme dirigeante. Dans un tel cas, la personne morale contrôlée est l'*alter ego* de son actionnaire. Dans le cadre du présent article, on pourrait donc lire : « la personne morale-commandité contrôlée est l'*alter ego* de son actionnaire-commanditaire ».

Cette notion d'*alter ego* a, à maintes reprises, été invoquée et examinée par les tribunaux dans des situations où la responsabilité

¹⁵ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, [1998] 1 R.C.S. 795, 815 et 816.

d'une personne morale était recherchée en raison de gestes posés par une autre personne, qu'elle soit physique ou morale.

À ce stade, il est toutefois nécessaire de préciser que l'existence d'une situation d'*alter ego* entre deux personnes morales n'a rien d'illégal ni même d'irrégulier.

*It is not per se illegal nor prohibited that a company acts through its alter ego. A company owned by a sole shareholder and directed by a sole administrator is undoubtedly its alter ego and cannot act in any other way.*¹⁶

Cette position est également celle de divers auteurs :

Si l'on ne peut faire lever le voile corporatif en l'absence d'un alter ego, il est également vrai que la simple présence d'un alter ego n'est pas suffisante pour faire jouer l'article 317 C.c.Q. En effet, on ne peut reprocher à une compagnie ou à un actionnaire le simple fait d'être l'alter ego d'une autre compagnie. Dans ce cas, ce serait nier tous les avantages de la personnalité juridique distincte à nombre de compagnies à actionnaire unique, ce qui n'est certainement pas le but de l'article 317.

[...]

*Ce n'est que si elle est utilisée aux fins répréhensibles énoncés à l'article 317 C.c.Q. que le « voile corporatif » peut être soulevé.*¹⁷

Maurice et Paul Martel sont également de cet avis lorsqu'ils mentionnent dans leur ouvrage :

*Il n'y a en soi rien de mal à ce qu'une compagnie soit un alter ego. Ce n'est que si elle est utilisée aux fins répréhensibles énoncées à l'article 317 que le « voile corporatif » peut être soulevé. La jurisprudence est à l'effet qu'en l'absence de fraude, l'identité d'une compagnie, même alter ego sera respectée.*¹⁸

¹⁶ *Placements Sergakis Inc. c. Ekomkar Restaurant Corporation of Canada Ltd.*, EYB 2005-91815, par. 83 (C.S.).

¹⁷ Suzanne CÔTÉ et Julie GIRARD, « La percée du voile corporatif : qu'en est-il 10 ans plus tard ? », dans *Développements récents sur les abus de droit* (2005), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 91.

¹⁸ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La Compagnie au Québec. Les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, Martel, p. 1-80 ; voir également : 2967-6566 *Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc.*, EYB 1996-29230, par. 44 (C.S.).

Il ne fait aucun doute que la seule existence d'une relation d'*alter ego* entre deux personnes morales ne crée aucune illégalité. À cette absence d'illégalité, nous ajoutons cependant, et c'est l'objet du présent article, que la présence d'une relation d'*alter ego* entre deux personnes morales, l'une étant le commandité et l'autre, le commanditaire, aura des conséquences qui découlent spécifiquement de l'article 2244 C.c.Q. et qui souvent n'ont pas été envisagées par les parties concernées.

En matière de société en commandite, nul besoin d'être en présence d'une violation ou d'une contravention intéressant l'ordre public pour rechercher la responsabilité d'un commanditaire qui contrôle le commandité. Dans un tel cas, ce contrôle est en soi suffisant pour faire en sorte que l'article 2244 C.c.Q. entre en application.

Dans un arrêt très important¹⁹ et maintes fois cité par les tribunaux inférieurs²⁰, la Cour suprême du Canada a revu cette notion d'*alter ego* et en a dégagé les paramètres essentiels permettant d'identifier les situations où elle est susceptible de s'appliquer.

Sans s'attarder sur les faits de cette affaire, qu'il suffise de reprendre le passage suivant du juge Gonthier s'exprimant au nom de la Cour :

[U]ne corporation peut être considérée comme l'*alter ego* d'une autre lorsqu'on retrouve entre celles-ci une relation si intime que ce qui, en apparence, relève des affaires de l'une appartient, en réalité, aux activités de l'autre. Un nombre important de facteurs peut certes être identifié pour déterminer l'existence d'une telle relation; à mon sens, toutefois, l'élément le plus explicite et le plus susceptible d'englober la réalité du concept est le contrôle. (souligné du juge Gonthier)²¹

Dans une situation d'*alter ego*, la personne morale ainsi contrôlée n'a pas d'âme ni de volonté propre, d'où la désignation de « compagnie marionnette »²² puisque l'actionnaire de contrôle, tirant les

¹⁹ *Buanderie centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29.

²⁰ Voir notamment : *La Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Érablière aux Versant Inc.*, REJB 2002-33075 (C.S.).

²¹ *Buanderie centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, précité, note 19, par. 34.

²² M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 18, p. 1-75; les auteurs utilisent également d'autres qualificatifs pour désigner l'*alter ego*, tels que « instrument », « marionnette », « façade », « simulacre », etc.

ficelles selon son bon vouloir, fait poser à cette personne morale les gestes et prendre les décisions qui sont ceux et celles de l'actionnaire de contrôle.

Il n'y a rien d'illégal à ce que le commandité soit la marionnette de son actionnaire. Toutefois, lorsque ce dernier est par ailleurs commanditaire de la société en commandite, doit-on nécessairement conclure que le commanditaire s'immisce dans la gestion de la société en commandite? Une telle situation n'a jamais été évaluée sous cet angle par les tribunaux, mais nous répondons par l'affirmative. Nous posons la prémisse qu'un commanditaire qui contrôle un commandité doit être présumé s'immiscer dans les affaires de la société en commandite, engageant de ce seul fait sa responsabilité personnelle en application de l'article 2244 C.c.Q.

Une fois la notion d'*alter ego* établie à l'égard d'une situation particulière, le commandité qui est l'*alter ego* du commanditaire place ce dernier dans une situation d'immixtion suffisamment complète pour que l'article 2244 C.c.Q. soit appliqué dans chaque cas.

Quant à l'étendue de la responsabilité du commanditaire en sa qualité d'actionnaire de contrôle, nous croyons qu'elle est identique à celle du commandité puisque chaque geste posé par ce dernier est en fait dicté, voulu et autorisé par l'actionnaire de contrôle.

A. Présomption d'*alter ego* en cas de contrôle

Si la notion de contrôle est essentielle à l'*alter ego*²³, est-ce à dire que le contrôle exercé par une personne morale à l'égard d'une autre fait présumer que la personne morale contrôlée est l'*alter ego* de la personne morale contrôlante? Nous croyons que oui. S'il y a un contrôle effectif par un actionnaire de la personne morale, celle-ci est nécessairement l'*alter ego* de l'autre.

²³ Dans l'arrêt *Buanderie de Montréal*, précité, note 19, par. 35, le juge Gonthier indique cependant: « On ne peut, dès lors, conclure que l'absence de contrôle entraîne nécessairement le rejet de la théorie de l'*alter ego* à l'égard des corporations à but *non* lucratif comme la Buanderie ». Autrement dit, en matière de corporation à but non lucratif, il pourrait y avoir une relation d'*alter ego* même en l'absence de contrôle.

B. L'*alter ego* vertical ou horizontal

Très souvent la structure mise en place dans des transactions privilégiant l'utilisation d'une société en commandite fait en sorte que les commanditaires sont également, directement ou indirectement, les actionnaires du commandité.

Le cas d'application le plus évident pour déterminer qu'une personne morale est l'*alter ego* de son actionnaire est celui de la personne morale à administrateur et actionnaire unique. Dans une telle situation d'*alter ego* vertical, la question de contrôle ne présente pas de difficulté puisque aucune décision ne peut être prise par une personne autre que cet actionnaire et administrateur.

Outre la relation pouvant exister entre une personne morale et sa filiale, d'autres structures corporatives peuvent donner lieu à une situation d'*alter ego* entre deux personnes morales sœurs, d'où l'*alter ego* horizontal.

[L]e voile corporatif a parfois été soulevé dans le cas de deux compagnies sœurs, c'est-à-dire entièrement détenues et contrôlées par la même personne [...]²⁴

Une telle situation d'*alter ego* horizontal s'est d'ailleurs déjà retrouvée devant les tribunaux :

*Dans Station de Ski Bromont s.e.c., la commanditaire est Placements Bromont Inc. et la commanditée, 2865-7591 Québec Inc. Le commanditaire et le commandité sont contrôlés à 100 % par Groupe Ski Bromont Inc. [...] Évidemment comme l'oppose l'intimée, dans un cas où des corporations commanditaires et commanditées ne seraient que partiellement contrôlées par la même personne, la loi ne prévoit pas de balises pour déterminer s'il y a contrôle effectif de la société en commandite, comme elle le fait dans le cas d'une corporation. Soit. Mais, dans le présent cas, à cause du contrôle à 100 % exercé par Groupe Ski Bromont Inc. sur les corporations commanditaires et commanditées, le contrôle des sociétés en commandite est absolu.*²⁵

Dans cette décision, la Cour n'élabore pas sur les balises permettant de déterminer s'il y a contrôle effectif. Toutefois, ce jugement confirme sans nuance l'existence d'un contrôle absolu par la personne morale mère sur sa filiale en pleine propriété. Nous ver-

²⁴ M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 18, p. 1-47.

²⁵ *Statour c. Ville de Bromont*, J.E. 99-2163 (C.S.), p. 2 et 6. (Nos non-italiques).

rons plus loin les enseignements de la Cour suprême du Canada relativement au contrôle effectif et qui découlent de l'arrêt *Duha Printers*²⁶.

La difficulté qui peut se rencontrer en matière d'*alter ego* horizontal est d'identifier la personne qui détient le contrôle des deux personnes morales. Il existe bien sûr des situations évidentes où deux personnes morales sont les filiales en pleine propriété d'un même actionnaire. Il existe cependant des cas où l'actionnariat de deux personnes morales, tout en ayant des éléments communs, n'est pas identique.

Dans l'arrêt *Vina-Rug*, le juge Abbott au nom de la Cour suprême du Canada énonce que :

*[...] once it is established that a group of shareholders owns a majority of the voting shares of a company, and the same group a majority of the voting shares of a second company, that fact is sufficient, in my opinion, to constitute the two companies associated within the provisions of s. 39 of the Income Tax Act. Moreover, in determining de jure control more than one group of persons can be aptly described as a "group of persons" within the meaning of s. 39(b)(b). In my view, it is immaterial whether or not other combinations of shareholders may own a majority of voting shares in either company, provided each combination is in a position to control at least a majority of votes to be cast at a general meeting of shareholders.*²⁷

Pour qu'un même groupe de personnes puisse détenir le contrôle de deux personnes morales distinctes, il est essentiel d'établir la nature et la suffisance des liens existant entre les membres de ce groupe.

*La question de savoir s'il existe un lien suffisant était une question de fait pour le tribunal. Il y avait contrôle de jure par deux actionnaires ou plus lorsqu'il était établi qu'il y avait un lien suffisant entre les actionnaires pour qu'ils soient en mesure d'exercer le contrôle. Il n'était pas nécessaire que les actionnaires aient réellement agi en fonction de ce lien et exercé effectivement le contrôle.*²⁸

²⁶ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15.

²⁷ *Vina-Rug Canada Ltd. c. Ministre du Revenu*, [1968] R.C.S. 193, 197. (Nos non-italiques).

²⁸ Paul A. LEFEBVRE et Roger TAYLOR, « Contrôlée directement, indirectement ou de quelque manière que ce soit, de Buckerfiled's à Silicon Graphics Ltd. », Association de planification fiscale et financière, Montréal, Congrès 2002-2003, p. 28:6.

IV. La théorie du « maillon inutile »

On rencontre à l'occasion des situations où des investisseurs-commanditaires plus frileux que d'autres croient judicieux de constituer une nouvelle filiale pour agir comme actionnaire du commandité. Certains commanditaires ont l'impression que l'ajout d'un ou de plusieurs maillons corporatifs entre eux et le commandité éloigne d'autant les risques de responsabilité personnelle.

Cette précaution est inutile, quel que soit le nombre d'étages corporatifs insérés entre un commanditaire et un commandité puisque les notions de contrôle et d'*alter ego*, dans le contexte précis de l'article 2244 C.c.Q., font que ces intermédiaires corporatifs ne sont d'aucune utilité pour protéger la responsabilité du commanditaire. Le seul effet pratique de tels intermédiaires est de compliquer les vérifications devant être faites par les créanciers de la société en commandite qui ont intérêt à ajouter le commanditaire comme débiteur. De telles personnes morales utilisées à des fins qui ne se justifient pas autrement que pour éloigner le commandité du commanditaire, sont des maillons inutiles non susceptibles de neutraliser les effets de l'article 2244 C.c.Q.

V. La théorie du voile corporatif lorsque le commanditaire est lui-même la coquille de l'investisseur

Les propos ci-dessus visent à démontrer qu'un commanditaire qui contrôle le commandité corporatif est susceptible de perdre le bénéfice de la responsabilité limitée prévue à l'article 2244 C.c.Q. Tenant cela pour acquis, l'investisseur qui se croit prudent sera tenté d'utiliser une nouvelle filiale pour agir comme commanditaire, en son lieu et place. Autrement dit, même si le commanditaire devait être totalement responsable des dettes de la société en commandite en raison du contrôle qu'il exerce sur le commandité, cela pourrait n'avoir aucune incidence négative sur l'investisseur qui choisirait d'utiliser une coquille corporative pour agir comme commanditaire.

Il est maintenant connu et accepté que la responsabilité d'un actionnaire puisse, dans des situations particulières, être recherchée en raison de gestes posés par une personne morale dont il est actionnaire. Ces cas ont fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires et l'article 317 C.c.Q. est venu codifier cette pratique. À

l'époque de l'arrêt *Salomon* rendu par le Conseil privé il y a plus d'un siècle²⁹, le voile corporatif était plutôt une chape de plomb entre la personne morale et son actionnaire. Rappelons que cet arrêt marque la reconnaissance judiciaire de la personnalité morale de la corporation et de la responsabilité de l'actionnaire limitée à l'apport convenu. Les tribunaux ont, au fil des années et des circonstances soumises à leur attention, allégé la cloison entre la personne morale et son actionnaire au point de permettre d'en faire abstraction dans certains cas.

Bien que cette cloison entre la personne morale et son actionnaire demeure un des principes de base de notre droit corporatif, certaines situations sont suffisamment sérieuses pour que les tribunaux autorisent la levée du voile corporatif, permettant ainsi à des tiers d'aller rechercher la responsabilité de l'actionnaire qui est dans l'ombre de la personne morale dont il est actionnaire. Cette théorie maintenant reconnue par les tribunaux et par le *Code civil du Québec* crée une brèche dans le mur que l'arrêt *Salomon* avait érigé entre une personne morale et son actionnaire.

L'article 317 C.c.Q. permet d'entraîner la responsabilité d'un actionnaire à certaines conditions. Comme élément essentiel, il faut toutefois que la personnalité juridique d'une personne morale soit d'abord invoquée pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

En matière de responsabilité du commanditaire en sa qualité d'actionnaire de contrôle du commandité, il n'est pas de l'objet du présent texte de traiter des situations où une telle responsabilité pourrait être engagée en raison de la levée du voile corporatif. En effet, cette théorie s'applique dans un contexte où il y a fraude, abus de droit ou contravention à l'ordre public et le simple fait pour un commanditaire de détenir le contrôle du commandité ne constitue pas une contravention à l'ordre public. Cependant, en est-il de même lorsque l'investisseur qui contrôle déjà le commandité, refuse d'agir comme commanditaire et délègue plutôt cette fonction à une filiale déjà existante ou créée spécifiquement pour l'occasion? Dans un tel cas, il est légitime de penser que la responsabilité de cet investisseur pourrait également être à risque.

²⁹ *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22.

Dans un tel cas, que tente d'accomplir l'investisseur? Son objectif est légitime et concerne bien sûr la protection de sa responsabilité personnelle. Si telle n'était pas sa préoccupation essentielle, tous les artifices corporatifs interposés entre cet investisseur et la société en commandite seraient superflus. Pour arriver à ses fins et protéger sa responsabilité personnelle, cet investisseur doit cependant mettre en place une structure qui masque le fait qu'il est ultimement la seule personne impliquée dans la société en commandite, puisqu'il contrôle à la fois le commanditaire et le commandité.

À tort ou à raison, le législateur a prévu qu'en matière de société en commandite, chaque catégorie d'associés avait un rôle particulier et il a voulu que les fonctions de l'un ne soient pas exercées par l'autre, sous peine de retenir la responsabilité du commanditaire qui excède sa fonction qui se limite à fournir son apport, donner des avis consultatifs à demande et, au besoin, remplacer le commandité quand ce dernier est incapable d'agir³⁰. Le législateur a tracé une limite entre le commanditaire et le commandité et il a aussi établi à l'article 2244 C.c.Q. quelles sont les conséquences pour le commanditaire de franchir cette limite. Il s'agit bien sûr de la responsabilité du commanditaire en relation avec l'étendue de son ingérence.

Le législateur a aussi exigé, à l'article 2236 C.c.Q. qu'il y ait au moins un commanditaire et au moins un commandité. On doit comprendre du Code civil qu'il exige deux personnes distinctes pour pouvoir former une société en commandite, soit un commanditaire et un commandité qui n'est pas le commanditaire. Cette exigence voulue par le législateur est-elle respectée si, en faisant abstraction des artifices corporatifs mis en place par un investisseur, il s'avère que ce dernier agisse en même temps et indistinctement comme commanditaire et comme commandité? Dans un tel cas, on peut aisément prétendre que la société en commandite n'est pas formée par deux associés différents ayant des volontés autonomes. La séparation des pouvoirs et des fonctions d'un commanditaire et d'un commandité, de même que la nécessité d'avoir des personnes distinctes qui agissent de façon autonome comme commanditaire et comme commandité constituent l'essence même de la société en commandite. Toute contravention à cet équilibre voulu par le législateur intéresse l'ordre public. Aucun artifice ne saurait être permis pour gommer l'article 2236 C.c.Q. ou en stériliser l'application.

³⁰ Art. 2244, al. 1 et 2245 C.c.Q.

Si les agissements d'un investisseur sont susceptibles de contrevenir à des règles intéressant l'ordre public, il est plausible de penser qu'un créancier de la société en commandite serait justifié d'invoquer les dispositions de l'article 317 C.c.Q. pour lever le voile corporatif et étendre à l'investisseur la responsabilité qu'il a tenté d'isoler artificiellement entre les mains d'une filiale marionnette faisant office de commanditaire.

On pourrait même prétendre, dans l'éventualité où un investisseur est la seule partie impliquée dans la société en commandite qu'il a formé avec l'implication de filiales qu'il détient en pleine propriété, qu'une telle structure ne rencontre pas les exigences impératives de l'article 2236 C.c.Q. qui demande au moins deux associés différents. Dans un tel cas, les tribunaux seraient peut-être même disposés à considérer le contrat de société en commandite constatant de telles relations artificielles comme nul *ab initio*, non sujet à ratification et les autorisant à soulever cette nullité d'office.

VI. Le contrôle d'une personne morale

La Cour suprême du Canada a établi que le contrôle exercé par une personne sur une autre personne morale était l'élément essentiel à la détermination de la relation d'*alter ego*. Dans l'arrêt *Buanderie centrale de Montréal*, le juge Gonthier a d'ailleurs insisté sur cet élément de contrôle³¹.

Afin de circonscrire les relations entre un commanditaire et un commandité corporatif dont il est actionnaire, il est essentiel de s'attarder sur la notion de contrôle et, subséquentement, sur l'impact des Conventions unanimes sur ce contrôle.

A. Contrôle de jure

La *Loi sur les compagnies*³² du Québec et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*³³ établissent la relation entre une corporation mère et sa filiale en fonction du contrôle que l'une exerce sur l'autre. Cette notion est également utilisée pour déterminer si deux

³¹ *Buanderie centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, précité, note 19.

³² L.R.Q., c. C-38, art. 123.2 (ci-après citée «L.C.Q.»).

³³ L.R.C. (1985), c. C-44, art. 2 (ci-après citée «L.C.S.A.»).

personnes morales contrôlées par une même personne morale sont des compagnies-sœurs. Il peut être utile de rappeler que la notion de contrôle au sens des lois corporatives s'entend de relations existant entre deux personnes morales. En effet, au plan corporatif, une personne morale ne peut être la filiale d'une personne physique. Cependant, pour les fins de responsabilité du commanditaire découlant de l'article 2244 C.c.Q., cette distinction ne mérite pas d'être retenue et les mêmes critères devraient être appliqués pour déterminer si un commanditaire physique contrôle ou non le commandité corporatif.

En fonction des définitions données par les lois applicables à la notion de contrôle, il faut convenir qu'il s'agit du contrôle *de jure*. Tant la loi provinciale que la loi fédérale prévoient que le contrôle d'une personne morale s'établit par la détention d'une majorité d'actions, laquelle doit permettre au détenteur d'élire la majorité des administrateurs de la personne morale concernée. En matière de contrôle, la position des autorités fiscales est à l'effet que, si la mention du contrôle d'une personne morale n'est pas accompagnée des termes « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit », il s'agit d'un contrôle de droit. Par ailleurs, si ces termes sont également utilisés, un tel contrôle comprend à la fois le contrôle de droit et le contrôle de fait³⁴.

L'arrêt phare en matière de contrôle est celui rendu en 1998 par la Cour suprême du Canada dans la cause *Duha Printers*³⁵.

Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. D'abord il s'attarde aux différentes facettes du contrôle *de jure* et ensuite aux Conventions unanimes dont il sera également traité.

L'origine de l'affaire soumise à la Cour suprême est de nature fiscale ; les principes dégagés peuvent néanmoins être applicables à d'autres situations d'ordre purement corporatif.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-64R4, « Sociétés : association et contrôle », 26 juin 2001. Sur la notion de contrôle en matière fiscale, voir : Alexandre GERMAIN, *Le financement des sociétés : dette ou équité ?*, essai de maîtrise en fiscalité, Sherbrooke, Faculté d'administration, Université de Sherbrooke, 2006.

³⁵ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15.

Les faits de cette affaire, résumés à leur plus simple expression, sont les suivants : Marr's détient 55,71 % des actions votantes de Duha n° 2 et les actionnaires de cette dernière sont parties à une Convention unanime. Il revient à la Cour suprême du Canada de déterminer si Marr's avait le contrôle de Duha n° 2 à une date donnée. Pour ce faire, la Cour s'attarde d'abord sur la notion de contrôle *de jure* et, cela fait, elle doit déterminer si la convention entre les actionnaires est une convention unanime au sens de la *Loi sur les corporations* (Manitoba)³⁶ et, dans l'affirmative, si cette convention unanime a une incidence sur le contrôle de Duha n° 2.

Afin d'apprécier les enseignements de la Cour suprême du Canada à l'égard du contrôle *de jure*, il est utile de reproduire certains extraits du jugement rendu par le juge Iacobucci au nom de la Cour :

*Ainsi, le contrôle de jure est devenu la norme canadienne, et le critère généralement admis à cet égard consiste à se demander si la partie qui détient le contrôle a, en vertu des actions qu'elle possède, la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administrateurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société.*³⁷

Il peut être utile, à ce stade, de résumer les principes du droit des sociétés et du droit fiscal étudiés dans le présent pourvoi, étant donné leur importance. Ces principes sont les suivants :

[...]

3. pour décider s'il y a « contrôle effectif », il faut prendre en considération ce qui suit :

a. la loi qui régit la société ;

b. le registre des actionnaires de la société ;

c. toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit

³⁶ L.R.M. 1987, c. C-225.

³⁷ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15, 815. (Nos non-italiques).

au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :

i. des actes constitutifs de la société ;

ii. d'une convention unanime des actionnaires.³⁸

De cette décision, deux éléments importants sont à retenir relativement au contrôle. D'abord le contrôle doit être déterminé en fonction du registre des actionnaires qui indique l'identité de l'actionnaire qui détient la majorité des actions conférant à son détenteur le droit d'élire la majorité des administrateurs. Une fois cet actionnaire de contrôle identifié, il y a lieu de vérifier si les dispositions de la Convention unanime font en sorte que le contrôle puisse ne pas être exercé par l'actionnaire de contrôle identifié au préalable. Dans un tel cas, il est possible que le contrôle glisse des mains de l'actionnaire de contrôle apparent pour se retrouver entre celles d'autres actionnaires.

B. Contrôle *de facto*

Le contrôle *de facto* est celui exercé par une personne sur une personne morale, mais qui ne découle pas de son statut d'actionnaire détenant la majorité des actions lui permettant d'élire la majorité des administrateurs, ni d'une Convention unanime. Le contrôle *de facto* peut provenir d'ententes entre actionnaires, telle une entente portant sur l'exercice du droit de vote en certaines circonstances, entente qui n'a toutefois pas le statut d'une convention unanime entre actionnaires au sens reconnu par la Cour suprême du Canada. À cet égard, il doit être noté que ce type d'ententes sur l'exercice des droits de vote est spécifiquement autorisé et prévu par la L.C.S.A.³⁹ de même que par la L.C.Q.⁴⁰. Ce type d'ententes entre actionnaires concernant l'exercice de leurs droits de vote a d'ailleurs été reconnu par une autre importante décision de la Cour suprême du Canada⁴¹.

Dans ce type de situations de contrôle *de facto*, les tribunaux reconnaissent que des conventions entre actionnaires qui ne sont

³⁸ *Id.*, 838.

³⁹ Art. 145(1) L.C.S.A.

⁴⁰ Art. 123.92(2) L.C.Q.

⁴¹ *Bergeron c. Ringuette*, [1960] R.C.S. 672

pas de la nature des Conventions unanimes, peuvent néanmoins être considérées.

Cette décision [la détermination du contrôle de jure] doit généralement être confinée au registre des actionnaires, comme il ressort clairement de l'arrêt Buckerfiled's et de la jurisprudence connexe. Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, il serait trop artificiel de limiter ainsi l'analyse s'il y a quelque chose dans les actes constitutifs de la société qui vient modifier la situation du contrôle de jure. Donc, pour garantir l'exactitude du résultat, le registre des actionnaires devrait être lu en fonction des mesures législatives pertinentes régissant les sociétés (en l'occurrence la Loi sur les corporations) et des actes constitutifs de la société. Les conventions externes n'ont cependant pas leur place dans cette analyse ; elles ne sont pertinentes que relativement au contrôle de facto⁴².

Pour ce qui est de la responsabilité du commanditaire découlant de l'article 2244 C.c.Q., il ne doit être fait aucune différence entre le contrôle *de facto* et le contrôle *de jure*. Si un créancier de la société en commandite arrive à prouver l'existence du contrôle *de facto* du commandité par le commanditaire, la responsabilité prévue par l'article 2244 C.c.Q. doit être engagée de la même manière qu'en situation de contrôle *de jure*. La seule différence pour un créancier du commandité ou de la société en commandite est que l'existence du contrôle *de facto* peut s'avérer plus difficile à établir que le contrôle *de jure* qui laisse peu ou pas de place à interprétation lorsque les faits sont établis.

Le contrôle *de facto* découle d'un ensemble de circonstances qui doivent être considérées pour satisfaire le degré requis permettant de conclure au contrôle d'une personne sur une autre. Le contrôle *de jure* est objectivement plus facile à déterminer puisqu'il tient à la capacité d'un actionnaire, soit d'élire la majorité du conseil d'administration par l'exercice des votes attachés aux actions immatriculées à son nom, soit à sa capacité d'exercer suffisamment de pouvoirs des administrateurs en vertu d'une Convention unanime pour que le contrôle soit reconnu entre ses mains plutôt qu'entre celles de l'actionnaire de contrôle apparent.

Le contrôle *de facto* va au-delà du contrôle *de jure* et implique qu'une personne exerce sur une autre personne une influence directe ou indirecte d'une telle importance qu'on doive conclure que

⁴² *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15, 825. (Nos non-italiques).

l'une contrôle l'autre. L'existence de cette influence est en soi suffisante pour conférer le contrôle *de facto* même si elle n'est pas exercée concrètement.

VII. La convention unanime entre actionnaires

Il est accepté depuis longtemps que les actionnaires peuvent, entre eux ou avec certains d'entre eux, faire des conventions de toutes sortes visant à régir leurs relations comme coactionnaires d'une même personne morale, notamment lors de la survenance de certains événements les concernant, tel le départ d'un actionnaire qui désire se ménager des avenues lui permettant de vendre ses actions à des tiers déjà identifiés qui seront tenus ou auront l'option de les acquérir. Les principales variantes des conventions pouvant être signées entre actionnaires sont généralement bien connues et utilisées fréquemment. La loi, tant provinciale que fédérale, n'accorde toutefois de reconnaissance qu'à la convention unanime entre actionnaires. Ce qui caractérise la Convention unanime n'est pas tant qu'elle soit signée par tous les actionnaires, mais tient d'abord au fait qu'en vertu de ses dispositions, les pouvoirs des administrateurs sont restreints. Nous insistons sur le concept de « restriction » qui est utilisé tant par la L.C.Q. que par la L.C.S.A.

Afin d'apprécier la portée de la décision *Duha Printers* rendue par la Cour suprême du Canada à l'égard des conventions unanimes entre actionnaires, il est utile de reproduire d'autres extraits du jugement de la Cour rendu par le juge Iacobucci :

Ainsi, à mon sens, la question est donc de savoir si la convention unanime entre actionnaires doit être considérée comme étant de nature contractuelle ou comme tenant d'un acte constitutif. Si elle tient d'un acte constitutif, ses dispositions doivent être examinées dans le cadre de l'analyse du contrôle de jure; si elle est de nature contractuelle, ses dispositions ne relèvent pas alors de ce critère.

[...]

Au contraire, l'article 4.4 [de la convention unanime entre actionnaires], qui empêchait la société d'émettre de nouvelles actions [TRADUCTION] « sans le consentement écrit de tous les actionnaires », imposait une restriction claire au pouvoir de gestion des administrateurs.

[...]

Ainsi, en se réservant l'un des pouvoirs de gestion que la Loi confère expressément aux administrateurs, les actionnaires ont manifestement restreint en partie la capacité des administrateurs de gérer la société. De plus, il ressort nettement du par. 25(1) que, en l'absence d'une disposition particulière dans les actes constitutifs, cela ne peut se faire qu'au moyen d'une CUA. À mon sens, il n'y a pas de doute que cela fait relever la Convention du par. 140(2).⁴³

Des commentaires qui précèdent, retenons que, pour qu'une convention d'actionnaires soit qualifiée d'unanime, celle-ci doit, comme condition essentielle, restreindre les pouvoirs des administrateurs. Ce constat est évidemment conforme aux exigences de la L.C.S.A. et de la L.C.Q.

Cette décision portait sur des dispositions de la *Loi sur les corporations* du Manitoba, dispositions d'une telle similitude avec celles de la L.C.S.A. qu'il ne nous apparaît pas nécessaire de faire des distinctions. L'article 140(2) se lit comme suit :

140 (2) *Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une corporation soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint en tout ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation.*

Comme cet article est presque identique à l'article 146(1) L.C.S.A., les propos de la Cour suprême du Canada à l'égard des conventions unanimes entre les actionnaires peuvent donc, sans efforts indus d'interprétation, s'appliquer à des situations similaires en vertu de la L.C.S.A.

A. Les conventions entre actionnaires, autres qu'unanimes

La Cour suprême du Canada élève la convention unanime entre actionnaires au niveau d'un acte constitutif, lui octroyant ainsi une importance telle qu'elle doit être respectée par les actionnaires, les administrateurs et la personne morale concernée. En pratique, il faut reconnaître que les actionnaires qui signent une telle convention unanime entre actionnaires profitent également de l'occasion pour y ajouter des dispositions diverses régissant entre eux d'autres aspects de leur cohabitation comme coactionnaires. À cette fin, on peut penser aux dispositions suivant lesquelles les actionnaires

⁴³ *Id.*, 835 et 836. (Nos non-italiques).

conviennent d'exercer leurs votes de façon à élire comme administrateurs les représentants désignés par chaque actionnaire, prévoient des clauses d'option/obligation d'achat/vente d'actions entre les actionnaires advenant la survenance de certains événements, des clauses d'arbitrage, des droits à souscrire des actions et autres clauses de même nature.

Toutes les dispositions qui n'ont pas pour objet de restreindre les pouvoirs des administrateurs (ou, au fédéral, prévoyant des majorités particulières selon l'article 6(3) L.C.S.A.), ne doivent pas bénéficier du statut particulier accordé à la convention unanime entre actionnaires. Autrement dit, un même document peut contenir des dispositions de la nature de celles qui sont reconnues par la loi et qui doivent être considérées pour l'établissement du contrôle *de jure* et d'autres dispositions qui ne bénéficient d'aucune reconnaissance et qui ne peuvent qu'être utiles à l'établissement du contrôle *de facto*. Par conséquent, un document peut contenir des dispositions d'une importance les plaçant au niveau d'acte constitutif et d'autres qui n'ont pas cette importance et qui ne doivent pas mériter la même considération uniquement parce qu'elles sont contenues dans une seule convention. Dans un tel cas, il faut fictivement opérer une dichotomie entre les dispositions d'une « convention unanime » et les autres. Les dispositions qui n'ont pas d'effet, ni restriction sur les pouvoirs des administrateurs ne doivent pas avoir la même importance ni la même opposabilité que les dispositions qui font de la convention une Convention unanime.

B. La restriction des pouvoirs des administrateurs

Tous conviennent qu'il est permis de retirer une partie ou la totalité des pouvoirs des administrateurs pour les transmettre aux actionnaires qui devront les exercer et, par voie de conséquence, assumer la responsabilité qui en découle.

Au niveau fédéral, de même qu'au niveau de certaines provinces, il est accepté et reconnu que les restrictions aux pouvoirs des administrateurs puissent prendre la forme d'un droit de veto accordé aux actionnaires et que ce veto confère au document qui le contient le statut de Convention unanime. Dans l'arrêt *Duha Printers*⁴⁴, le juge Iacobucci a confirmé ce fait.

⁴⁴ *Id.*

Dans une décision rendue par un tribunal ontarien concernant la L.S.C.A., il est énoncé :

*The Board of Directors shall not adopt any resolution [...] without the prior unanimous consent of the shareholders. This provision "restricts the powers of the Directors" as contemplated by S. 146(5) of the CBCA.*⁴⁵

Dans une cause soumise à la Cour supérieure et subséquemment confirmée en appel, le juge Monet au nom de la Cour mentionne :

La clause pertinente se lie comme suit : «That the first party is and shall always be the sole director and officer of the company. Without prejudice to the foregoing, the director has no authority without the approval of the shareholders : [...] to grant privileges or hypothecs [...]».

À l'occasion des Meredith Memorial Lectures de 1975, M^e McCarthy, maintenant juge à notre Cour, a analysé le fonctionnement d'une entente de cette catégorie (p. 467 ets.):

*«The Unanimous Shareholders Agreement may simply transfer to the shareholders the power to make by-laws or the power to appoint officers or anyone of the other powers ordinary possessed by the directors. It may make the exercise of such power by the directors subject to the approval of the shareholders or the creditors. It may require special majority or even unanimity, of the directors for the exercise of such power».*⁴⁶

Dans cet extrait, il est mentionné que le consentement préalable des créanciers pourrait être requis. Il doit être noté qu'en vertu de la L.C.S.A., des tiers peuvent être parties à une convention unanime entre actionnaires⁴⁷, ce qui n'est pas une possibilité envisagée par la L.C.Q.

L'élément essentiel d'une Convention unanime doit être de restreindre les pouvoirs des administrateurs. Sans cet élément, point de Convention unanime. Tous conviennent qu'il y a plusieurs types de restrictions pouvant être envisagés aux pouvoirs des administrateurs, à savoir : 1^o le retrait de tous les pouvoirs ; 2^o le retrait

⁴⁵ *National Bank of Canada c. Bronfman*, [1998] O.J. (Quicklaw) n^o 2307. (Nos non-italiques).

⁴⁶ *110778 Canada Ltd. c. Pautazopoulos*, EYB 1989-59796 (C.S.), par. 16 et 17. (Nos non-italiques).

⁴⁷ Voir : art. 146(1) L.C.S.A.

d'une partie des pouvoirs ; 3^o un droit de veto en faveur des actionnaires et, 4^o dans le cas des conventions unanimes entre actionnaires régies par la L.C.S.A., l'adoption de majorités particulières en raison de l'article 6(3) L.C.S.A. Toutefois, la question qui demeure controversée est celle de savoir si en vertu de la L.C.Q., il est possible, par le biais d'une convention unanime d'actionnaire, d'assujettir une décision des administrateurs au veto des actionnaires.

Au niveau provincial, il s'agit donc de déterminer si les articles 123.91 et 123.92 L.C.Q. permettent seulement le transfert, en tout ou la partie, des pouvoirs des administrateurs aux actionnaires ou si on peut également conclure qu'un veto accordé aux actionnaires peut être suffisant pour conférer le statut de Convention unanime.

Certains auteurs croient qu'il est permis d'envisager au niveau provincial un droit de veto en faveur des actionnaires.

La lecture combinée des articles 123.91 et 123.92 de la Loi sur les compagnies peut amener à conclure que le législateur a énoncé son principe général à l'article 123.91 de la Loi sur les compagnies. Cet article permet une discrétion aussi large que sous la loi fédérale. L'article 123.91 ne dit pas que les pouvoirs des administrateurs doivent leur être nécessairement retirés, cet article parle de restriction et n'énonce pas que celle-ci doit être totale. Nous croyons que l'article 123.92, malgré sa formulation, doit être interprété comme une indication des conséquences du retrait d'une partie ou de la totalité des pouvoirs des administrateurs.⁴⁸

La convention unanime a donc pour objet le réaménagement du partage des pouvoirs avec le conseil d'administration. Cette technique permet aux actionnaires de se donner des pouvoirs que la loi attribue normalement aux administrateurs [...] La convention unanime étant essentiellement un contrat entre tous les actionnaires, rien ne s'oppose à ce qu'ils incluent un droit de veto à l'une ou l'autre des parties.⁴⁹

Selon la majorité des auteurs, seul le transfert des pouvoirs des administrateurs aux actionnaires serait possible pour une compagnie régie

⁴⁸ Daniel LAFORTUNE, *La Convention d'actionnaires. Droit spécialisé des contrats, Les contrats relatifs à l'entreprise*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 32. (Nos non-italiques).

⁴⁹ Alain ROBITAILLE, « Les conventions entre actionnaires », (1982) 42 R. du B. 147, 169. (Nos non-italiques).

par la partie 1A de la L.C.Q. À notre avis il est permis de douter que le législateur provincial ait voulu atteindre un résultat aussi restrictif.⁵⁰

D'autres auteurs sont d'avis contraires et donnent une portée plus restrictive aux dispositions pertinentes de la L.C.Q. :

*La loi fédérale soumet expressément l'exercice des pouvoirs des administrateurs à la convention unanime et oblige les administrateurs à observer cette convention, ce qui laisse supposer que la convention peut laisser les administrateurs exercer leur pouvoir, sujet au contrôle ou à l'approbation des actionnaires; ce n'est pas vrai pour la loi provinciale, et peut-être faut-il en déduire que les actionnaires ne peuvent qu'enlever complètement certains pouvoirs aux administrateurs et les exercer eux-mêmes.*⁵¹

Dans un autre ouvrage, Maurice et Paul Martel mentionnent :

*Ceci [la restriction des pouvoirs des administrateurs] peut s'effectuer de différentes façons : [...] transférer carrément les pouvoirs des administrateurs aux actionnaires, pour qu'ils les exercent eux-mêmes. Il semble, à la lecture des dispositions de la Loi sur les compagnies, que seule cette dernière forme de restriction soit admissible pour les compagnies provinciales.*⁵²

À l'appui de sa position, Luc Martel réfère notamment à des propos tenus par James Smith en 1981, alors que la L.C.Q. n'était qu'au stade de projet⁵³. Il y a plus d'un quart de siècle, ce dernier écrivait à ce sujet :

La convention ou la déclaration doit restreindre les pouvoirs des administrateurs. Cette exigence est énoncée à l'article 123.91 L.C.Q. L'article 123.92 L.C.Q. précise le sens de la restriction que les actionnaires peuvent apporter au pouvoir des administrateurs en édictant que « les actionnaires ou l'actionnaire unique, selon le cas, administrent alors les affaires de la compagnie comme s'ils en étaient les administrateurs » [...] ainsi une disposition visant à assujettir les actes des administrateurs à

⁵⁰ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 626.

⁵¹ Paul MARTEL et Luc MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, Montréal, Wilson & Lafleur, Martel, 2002, p. 307.

⁵² M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 18, p. 27-14.

⁵³ P. MARTEL et L. MARTEL, *op. cit.*, note 52, p. 307.

l'approbation des actionnaires ne sauraient constituer une « restriction » au sens de l'article 123.92 L.C.G.⁵⁴

Dans l'un de ses ouvrages, Paul Martel écrit ce qui suit pour défendre la position que seul un retrait des pouvoirs des administrateurs au profit des actionnaires semble possible en vertu de la L.C.G. :

Pour les compagnies provinciales Partie IA, il semble que la clause de restriction des pouvoirs des administrateurs ne puisse prendre qu'une forme : celle du transfert des pouvoirs aux actionnaires. Cette conclusion découle des termes utilisés aux articles 123.91 et 123.92, ainsi que de l'absence dans la Loi sur les compagnies d'un article correspondant à l'article 6(3) de la loi fédérale, qui permet la fixation de majorités spéciales par convention unanime, et d'articles correspondant aux articles 102(2) et 122(2) de la loi fédérale, qui obligent les administrateurs à observer la convention unanime.

La Partie IA de la Loi sur les compagnies permet aux actionnaires de se substituer aux administrateurs, mais pas d'agir concurremment avec eux dans l'administration. De sorte que la clause devra restreindre les pouvoirs des administrateurs en les leur retirant expressément, pour les conférer aux actionnaires.⁵⁵

Tout d'abord, examinons l'argument suivant lequel des dispositions similaires à celles des articles 102(1) et 122(2) L.C.S.A., de même qu'à celles l'article 6(3) L.C.S.A. ne se retrouvent pas dans la loi provinciale.

Les articles 102(1) et 122(2) L.C.S.A. se lisent comme suit :

102 (1) *Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs gèrent les activités commerciales et les affaires internes de la société ou en surveillent la gestion.*

122 (2) *Les administrateurs et les dirigeants doivent observer la présente loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.*

Ces dispositions semblent confirmer l'évidence même et aucun juriste n'arriverait, en l'absence de tels articles, à la conclusion qu'il serait loisible aux administrateurs de ne pas observer la loi, ses

⁵⁴ James SMITH, *La Partie IA de la Loi sur les compagnies. Les commentaires*, vol. 3, Montréal, Centre d'édition juridique, 1981, p. 307.

⁵⁵ P. MARTEL et L. MARTEL, *op. cit.*, note 52, p. 312.

règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes entre actionnaires⁵⁶.

Contrairement à la loi fédérale qui contient une définition de « statuts »⁵⁷, la loi provinciale n'en contient pas. Malgré ce fait, on ne peut soutenir qu'en l'absence d'un texte précis similaire à celui de l'article 122(2) L.C.S.A., les administrateurs d'une personne morale provinciale n'auraient pas l'obligation de respecter ses statuts. En effet, depuis l'arrêt *Duha Printers*⁵⁸, la Cour suprême du Canada a reconnu à la convention unanime une importance la plaçant au niveau d'un document constitutif. Par conséquent, on ne peut plus douter maintenant que les administrateurs et dirigeants d'une personne morale de juridiction provinciale doivent aussi respecter une Convention unanime et ce, sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur une disposition spécifique de la loi à cet égard.

Par conséquent, l'absence dans la L.C.Q. de dispositions similaires à celles des articles 102(1) et 122(2) L.C.S.A. n'est pas suffisamment importante ou significative pour appuyer les conclusions de Paul Martel sur ce point.

Quant à l'article 6(3) L.C.S.A., il ne vient qu'étendre les situations pouvant être traitées par une convention unanime entre actionnaires au niveau fédéral. Au provincial, la convention unanime entre actionnaires ne peut contenir ce genre de dispositions ou, si elle les contient, elles ne sauraient avoir force obligatoire. Au provincial, la

⁵⁶ Il aurait été intéressant, à tout le moins sur le plan théorique, de s'attarder aux dispositions de la *Loi d'interprétation* (L.R.C. (1985), c. 1-21) qui pourraient aider à interpréter une disposition législative à prime abord superflue puisque confirmant l'évidence. L'article 122(2) L.C.S.A. est-elle une disposition de nature déclaratoire ou interprétative? Citant les propos du professeur Pierre-André Côté, le juge, dans *Carquest Canada Inc. c. Ville de Boucherville*, 2002 IJCan 38742, par. 37 (C.S.), énonçait : « Il faut se garder de croire que le seul effet possible d'une disposition soit de modifier le droit antérieur : il se peut fort bien qu'une législature ait édicté une disposition déclaratoire [...] pour rappeler une règle préexistante, par simple mesure de précaution. On ne peut donc présumer que toutes les dispositions d'une loi doivent nécessairement, en raison du principe de l'effet utile, être considérées comme apportant des changements dans le droit ». Quelle que soit la réponse apportée à cette question, elle ne serait pas déterminante aux fins du présent article.

⁵⁷ Art. 2(1) L.C.S.A.

⁵⁸ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15.

seule façon d'établir des majorités nécessaires à l'adoption des résolutions d'administrateurs et d'actionnaires est soit dans les statuts ou encore par voie de règlement prévoyant des majorités particulières pouvant prévoir des niveaux autres que la majorité simple. La seule conclusion qui peut être tirée de l'absence dans la L.C.Q. d'une disposition similaire à celle de l'article 6(3) L.C.S.A. est que cette loi permet l'inclusion dans une convention unanime entre actionnaires de dispositions additionnelles permettant de changer les degrés requis d'approbation⁵⁹. L'absence d'équivalent au provincial n'est aucunement de nature à affecter l'interprétation qui doit être faite de l'article 123.91 L.C.Q. sur la question précise de la restriction des pouvoirs des administrateurs.

Comparons maintenant les textes appropriés des deux lois. Les articles 123.91 et 123.92 L.C.Q. se lisent comme suit :

123.91 *Les actionnaires peuvent, si tous y consentent et font une convention écrite à cet effet, restreindre le pouvoir des administrateurs.*

L'actionnaire unique peut également restreindre le pouvoir des administrateurs s'il fait une déclaration écrite à cet effet.

123.92 *Les actionnaires ou l'actionnaire unique, selon le cas, administrent alors les affaires de la compagnie comme s'ils en étaient les administrateurs ; ils exercent les droits qui ont été retirés aux administrateurs et assument les obligations dont les administrateurs ont été déchargés.*

Les actionnaires peuvent toutefois régir l'exercice de leur droit de vote.
(Nos non-italiques).

La L.C.S.A. prévoit ceci :

146. (1) *Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une société soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion.*

[...]

⁵⁹ La portée de l'article 6(3) L.C.S.A. a été notamment examinée dans l'affaire *Investissements Amiouny Inc. c. Placements A.A.A.H. Inc.*, J.E. 93-1841 (C.S.). Tout comme Paul et Louis Martel, nous croyons que ce jugement ne devrait pas être appliqué ni suivi puisque les principes qui y sont dégagés à l'égard de l'article 6(3) L.S.C.A. ne concordent pas avec le courant jurisprudentiel qui existait tant avant qu'après cette décision. Voir aussi : P. MARTEL et L. MARTEL *op. cit.*, note 52, p. 308.

(5) Dans la mesure où la convention unanime des actionnaires restreint le pouvoir des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion, les droits, pouvoirs, obligations et responsabilités d'un administrateur – notamment les moyens de défense dont il peut se prévaloir – qui découlent d'une règle de droit sont dévolus aux parties à la convention auxquelles est conféré ce pouvoir ; et les administrateurs sont déchargés des obligations et responsabilités corrélatives, notamment de la responsabilité visée à l'article 119 dans la même mesure. (Nos non-italiques).

Il est indéniable que ce qui caractérise la convention unanime entre actionnaires, tant au provincial qu'au fédéral, est la restriction qui doit être imposée aux pouvoirs des administrateurs.

Plusieurs décisions sont venues interpréter l'article 146(5) L.C.S.A., de même que les articles correspondants de lois corporatives d'autres provinces canadiennes dont le libellé est similaire ou comparable au texte fédéral. Les décisions répertoriées confirment que l'octroi d'un veto en faveur des actionnaires à l'égard des décisions des administrateurs, ou de certaines d'entre elles, est suffisant pour constituer une restriction de la nature de celles requises pour accorder à une entente entre tous les actionnaires le statut de convention unanime entre actionnaires. La Cour suprême du Canada ayant reconnu spécifiquement ce fait dans l'arrêt *Duha Printers*, nous ne croyons pas nécessaire d'élaborer sur ce sujet⁶⁰ et un veto des actionnaires à l'égard de décisions des administrateurs doit être reconnu comme constituant une restriction des pouvoirs des administrateurs.

Le dernier argument soulevé par Paul et Luc Martel pour justifier une différence d'interprétation entre la L.C.S.A. et la L.C.Q. est la nécessité d'interpréter le mot « alors » utilisé à l'article 123.92 L.C.Q. et qui empêcherait de dissocier l'article 123.92 de l'article 123.91 L.C.Q.⁶¹. Selon eux, la seule façon de donner un sens à ce mot est de prétendre que des pouvoirs « doivent » être enlevés aux administrateurs pour « alors » être exercés par les actionnaires. Ainsi, en vertu de l'article 123.91 L.C.Q., il faudrait obligatoirement et exclusivement que des pouvoirs soient retirés aux administrateurs pour être ensuite transmis aux actionnaires pour être en présence d'une convention unanime entre actionnaires.

⁶⁰ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15.

⁶¹ P. MARTEL et L. MARTEL, *op. cit.*, note 52, p. 312.

Paul et Luc Martel ne sont pas les seuls à prétendre que la L.C.Q. ne permet pas le veto des actionnaires. Dans *Droit corporatif canadien et québécois*, on lit également :

Pour déterminer ce que le législateur entend par l'expression « restreindre le pouvoir des administrateurs » il faut lire ensemble les articles 123.91, 123.92 et 123.72 de la Loi sur les compagnies. La restriction du pouvoir des administrateurs réfère à 123.72 où il est question du pouvoir de gestion du conseil d'administration. L'article 123.92 complète l'interprétation en stipulant que les actionnaires gèrent la compagnie comme s'ils en étaient les administrateurs cela signifie sans équivoque qu'une déclaration ou qu'une convention unanime des actionnaires permet la substitution des actionnaires ou de l'actionnaire unique dans l'exercice de la totalité ou d'une partie du pouvoir de gestion des administrateurs. En conséquence, il est possible pour les actionnaires de rendre inopérant le conseil d'administration en lui retirant tout pouvoir d'administrer la compagnie. Cependant lorsque les actionnaires conviennent de s'accorder un droit de veto ou d'approbation des décisions des administrateurs, ils ne font pas une convention selon l'article 123.91 car, au sens strict, cette approbation ne restreint pas le pouvoir décisionnel des administrateurs ou leur capacité de prendre une décision, celle-ci demeurant toujours leur initiative et non celle des actionnaires. En d'autres termes, les actionnaires ne peuvent pas prendre la décision car ils doivent attendre que les administrateurs agissent et s'ils peuvent en empêcher l'exécution, ils ne peuvent nullement empêcher l'exercice comme tel du pouvoir. En bref, il ne s'agira pas d'une restriction du pouvoir de gestion des administrateurs lorsque la mesure envisagée peut faire l'objet d'une disposition des statuts ou des règlements de la compagnie. La distinction aura une importance pratique considérable au niveau de la responsabilité car l'approbation par les actionnaires d'un acte des administrateurs ne peut engendrer aucune responsabilité de leur part alors qu'en cas de restriction du pouvoir de gestion, il y a transfert de la responsabilité inhérent à l'acte posé.⁶²

Cette interprétation des articles 123.91 et 123.92 L.C.Q., malgré son mérite apparent, n'est pas conforme à la jurisprudence, notamment de la Cour suprême du Canada dans *Duha Printers*⁶³ qui confirme qu'un droit de veto en faveur des actionnaires est une restriction des pouvoirs des administrateurs. À notre avis, la reconnaissance par la Cour suprême qu'un veto d'actionnaire, quel que soit le degré requis d'approbation des actionnaires pour l'exercer,

⁶² André MORISSET et Jean TURGEON, *Droit corporatif canadien et québécois*, Publications CCH, p. 1 924. (Nos non-italiques).

⁶³ *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, note 15.

constitue une restriction imposée aux administrateurs, clos le débat et ce, que cette personne morale soit régie par la L.C.S.A. ou par la L.C.Q. On peut d'ailleurs penser que si le législateur québécois avait voulu que la Convention unanime implique obligatoirement un transfert de pouvoir et de responsabilité des administrateurs en faveur des actionnaires, il aurait utilisé une terminologie non susceptible de méprise et aurait, en relation avec les pouvoirs des administrateurs, utilisé des termes tels que « transféré », « retiré » ou autres termes de même portée.

Compte tenu des interprétations constantes données à la notion de « restriction » des pouvoirs des administrateurs par divers tribunaux, incluant la Cour suprême du Canada, il faut accepter que le pouvoir décisionnel des administrateurs puisse fictivement être scindé en deux et que l'exercice de ce pouvoir nécessite une double procédure si tel est le vœu de tous les actionnaires : l'adoption par les administrateurs, suivie de l'approbation des actionnaires.

Quant au degré d'approbation requis par les actionnaires pour que le veto puisse ou non avoir effet, tout dépend du texte même de la convention unanime entre actionnaires. Il est loisible aux actionnaires de prévoir le degré d'approbation qui leur convient, toutes les combinaisons clairement exposées à la convention unanime étant acceptables.

Les textes des lois fédérale et québécoise ne sont pas à ce point différents pour que les enseignements et la décision de la Cour suprême du Canada n'aient pas la même portée au niveau provincial.

Il doit être noté qu'au niveau provincial, les conventions unanimes entre actionnaires ne sont reconnues que pour les personnes morales régies par la partie 1A. Aucun article n'est prévu ni contenu dans la partie 1 et, par conséquent, une convention même signée par tous les actionnaires, avec l'accord de la compagnie et de ses administrateurs, serait de nullité absolue⁶⁴.

⁶⁴ D. LAFORTUNE, *op. cit.*, note 49, p. 22.

VIII. Traitement comptable

Dans l'éventualité où le commanditaire détenant le contrôle effectif du commandité doit être présumé responsable des obligations de la société en commandite en application de l'article 2244 C.c.Q., il y a lieu de s'interroger sur l'impact de la présentation des états financiers du commanditaire et des notes afférentes que les vérificateurs pourraient être tenus d'y faire.

Il n'est pas de l'objet du présent texte de traiter de ces aspects comptables. Cependant, si les tribunaux devaient confirmer que le contrôle du commandité par le commanditaire entraîne automatiquement sa responsabilité personnelle en vertu de l'article 2244 C.c.Q., les pratiques comptables reliées à la vérification des états financiers du commanditaire pourraient devoir être revues.

*
* *

Les prêteurs ou investisseurs, vêtus du manteau du commanditaire, sont souvent attirés par les avantages de la société en commandite, mais sous-estiment ou ignorent les risques liés à leur implication dans la gestion de la société en commandite et aux conséquences découlant de l'article 2244 C.c.Q.

Le *Code civil du Québec* a tracé une ligne entre l'obligation du commanditaire de fournir son apport et celle du commandité d'administrer la société en commandite. Le législateur a voulu que l'administration de la société en commandite ne soit pas contaminée par les agissements du commanditaire. Par ailleurs, en raison de la confiance qu'on exige du commanditaire envers le commandité dans l'administration de la société en commandite, on le dégage de toute responsabilité au-delà de son apport. C'est justement en raison de cet acte de foi demandé au commanditaire à l'égard du commandité que le législateur, en contrepartie, lui a accordé une impunité à l'égard des dettes de la société en commandite. L'essence de la société en commandite exige qu'il y ait deux parties distinctes, l'une fournissant son apport et l'autre le faisant fructifier.

Admettre la possibilité qu'un commanditaire puisse être l'actionnaire de contrôle du commandité sans faire jouer l'article 2244 C.c.Q. vient briser l'équilibre voulu par le législateur et dénature l'essence de la société en commandite. Pour les motifs exposés ci-dessus, le commanditaire qui est en position d'exercer le contrôle

effectif du commandité perd le bénéfice de la responsabilité limitée prévue à l'article 2244 C.c.Q. et, de ce fait, renonce à cette protection exceptionnelle offerte à aucun autre type d'associés.

Par ailleurs, l'investisseur qui croit judicieux d'agir comme commanditaire et comme commandité par filiales interposées n'est pas mieux protégé. Cet investisseur qui, dans les faits, est l'unique personne qui en même temps agit comme commanditaire et comme commandité, induit en erreur tous les tiers faisant affaires avec la société en commandite puisque cette structure est possiblement illégale. L'existence d'une société, qu'elle soit en nom collectif ou en commandite, n'impliquant qu'une seule personne est une fiction de l'esprit qui ne peut s'appuyer sur aucune disposition du Code civil.