

LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES COMMANDITAIRES

Jean-François HÉBERT et Audrey LÉVESQUE

Volume 110, numéro 3, décembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045329ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045329ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

HÉBERT, J.-F. & LÉVESQUE, A. (2008). LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES COMMANDITAIRES. *Revue du notariat*, 110(3), 915-937.
<https://doi.org/10.7202/1045329ar>

LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES COMMANDITAIRES

Jean-François HÉBERT* en collaboration
avec Audrey LÉVESQUE**

INTRODUCTION	917
1. Exemples concrets	917
2. Principe général selon le <i>Code civil</i> du Québec.	919
3. L'interprétation à la lumière du Code de commerce français	920
4. Interprétation canadienne	922
4.1 Le cas du Manitoba.	922
4.2 Autres provinces canadiennes	923
5. Les États-Unis	927
6. Deux critères à considérer : jouer un rôle actif dans la société et laisser croire au tiers à la responsabilité générale du commanditaire	928
7. La problématique de la désignation d'un administrateur	929
7.1 L'administrateur n'est pas nécessairement le mandataire	929

* Associé au cabinet Fasken Martineau, avocats.
** Stagiaire au cabinet Fasken Martineau, avocats.

7.2	La présomption de mandataire et les différentes personnes morales ou entités	930
7.3	La levée du voile corporatif	931
7.4	La distinction des rôles	932
8.	LA PROBLÉMATIQUE DU RAPATRIEMENT DE POUVOIR AUX TERMES D'UNE CONVENTION UNANIME D'ACTIONNAIRES	933
9.	APPLICATION AUX STRUCTURES PRÉSENTÉES	934
10.	LES PRÉCAUTIONS À PRENDRE	934
10.1	Lois applicables	934
10.2	Autres mesures	935
	CONCLUSION.	936

INTRODUCTION

La société en commandite est une société de personnes offrant à certains de ses associés, les commanditaires, une protection s'apparentant à celle qu'offre la compagnie pour ses actionnaires, c'est-à-dire une responsabilité pour les dettes et obligations de la société en commandite limitée à leur apport.

Elle permet également à ses associés, qu'ils soient ses commandités ou ses commanditaires, de bénéficier d'un traitement fiscal différent de celui d'une compagnie. En effet, sur une base très simplifiée, les bénéfices ou les pertes de la société en commandite sont attribués directement à ses associés aux fins fiscales contrairement à la compagnie qui, en raison de sa personnalité juridique distincte, s'impose sur son revenu. La société en commandite constitue donc un véhicule ayant des attraits indéniables dans le cadre d'une planification fiscale.

Toutefois, certaines dispositions du *Code civil du Québec* balisent la responsabilité limitée des commanditaires et y apportent certaines exceptions. On entend souvent parler de l'immixtion des commanditaires dans la gestion de la société en commandite comme motif pouvant engager leur responsabilité personnelle. Or, les dispositions du *Code civil du Québec* et l'interprétation qui doit en être faite ne sont pas aussi simplistes que ce concept semble le laisser présager.

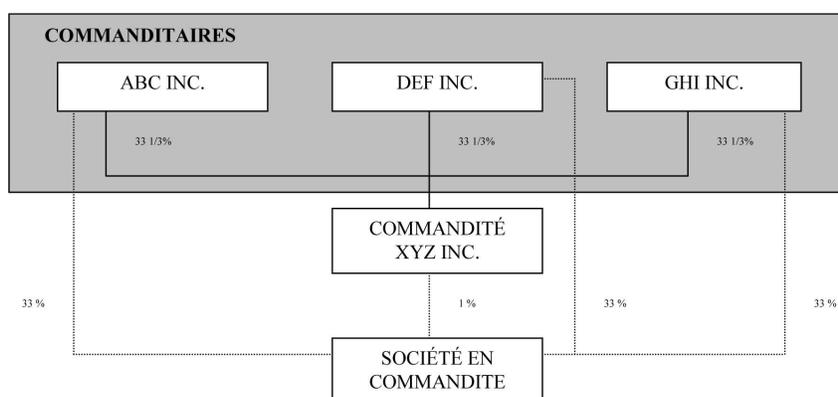
Nous entendons en conséquence faire état des motifs pour lesquels le commanditaire est susceptible de cesser de bénéficier de la responsabilité limitée du commanditaire à l'apport convenu au fonds commun de la société en commandite et ainsi engager sa responsabilité personnelle à travers une analyse sommaire de la législation et de la jurisprudence québécoises, canadiennes, américaines et françaises.

1. EXEMPLES CONCRETS

Pour bien comprendre l'intérêt de la problématique, il y a lieu d'analyser deux structures courantes que peut prendre la société en commandite.

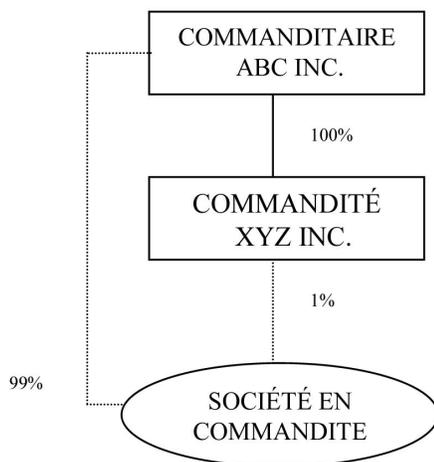
Premièrement, il y a la société en commandite composée de plusieurs commanditaires qui sont actionnaires d'un commandité personne morale, souvent une coquille, dans la même proportion que leur

participation à titre de commanditaire de la société en commandite. Chacun des commanditaires, en tant qu'actionnaire du commandité personne morale, peut ainsi désigner un ou plusieurs administrateurs au conseil d'administration du commandité, que ce soit directement en raison du nombre d'actions qu'il détient ou aux termes d'une convention entre actionnaires. Il exerce aussi les autres droits accordés aux actionnaires d'une compagnie. Le diagramme qui suit reproduit cette structure :



Il en ressort clairement une proximité entre les commanditaires et le commandité.

Il y a deuxièmement la société en commandite composée d'un commanditaire personne morale qui est également le seul actionnaire d'une autre compagnie qui agit à titre de commandité de la société en commandite. Le diagramme qui suit reproduit cette structure :



Il en ressort également une proximité entre le commandité et le commanditaire. Cependant, les critères requis afin de constituer une société en commandite sont réunis, c'est-à-dire qu'il existe au moins un commandité et un commanditaire. Par le principe de la personnalité juridique distincte des personnes morales, il est indéniable que le commandité et le commanditaire, bien que liés, sont des associés distincts.

Il s'agit donc d'analyser si, par de tels types de structures, la responsabilité personnelle des commanditaires est susceptible d'être engagée quant aux dettes et obligations de la société en commandite, et ce, au motif que les commanditaires s'ingéreraient dans la gestion de la société en commandite.

2. PRINCIPE GÉNÉRAL SELON LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Certaines exceptions à la responsabilité solidaire des commandités sont déjà prévues par le législateur. Un commanditaire pourrait donc être responsable de plus que l'apport convenu dans trois cas particuliers :

- (A) si la société n'indique pas sa forme juridique dans son nom ou à la suite de celui-ci dans un acte conclu par la société¹ :

2197. La société en nom collectif ou en commandite doit, dans le cours de ses activités, indiquer sa forme juridique dans son nom même ou à la suite de celui-ci.

À défaut d'une telle mention dans un acte conclu par la société, le tribunal peut, pour statuer sur l'action d'un tiers de bonne foi, décider que la société et les associés seront tenus, à l'égard de cet acte, au même titre qu'une société en participation et ses associés.

- (B) si le nom du commanditaire apparaît dans le nom de la société, sans que sa qualité de commanditaire ne soit clairement indiquée² :

2247. Le commanditaire dont le nom apparaît dans le nom de la société, répond des obligations de la société de la même manière qu'un commandité, à moins que sa qualité de commanditaire ne soit clairement indiquée.

1. Art. 2197 C.c.Q.

2. Art. 2247 C.c.Q.

par l'application de l'article 2244 C.c.Q. :

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 celui-ci, de toutes les obligations de la société.

L'article 2244 C.c.Q. est donc la disposition qui fera plus particulièrement l'objet de notre propos.

Le premier alinéa de l'article 2244 C.c.Q. prévoit que le commanditaire peut donner des avis de nature consultative en rapport avec la gestion de la société en commandite. Il ne prévoit pas de pénalité pour le rôle plus actif que le commanditaire pourrait jouer à cet égard³.

Selon les commentaires du ministre afférents à l'article 2244 du *Code civil du Québec*, cette disposition prévoyant la responsabilité personnelle du commanditaire vise une meilleure protection des tiers. Le simple fait pour le commanditaire de s'ingérer dans la gestion de la société en commandite ou de la contrôler n'est donc pas le critère applicable afin qu'il engage sa responsabilité personnelle en l'absence des actes spécifiques décrits au 2^e alinéa de l'article 2244 C.c.Q. Ces actes spécifiques sont d'ailleurs ceux pouvant amener un tiers à croire qu'il transige avec le commanditaire plutôt qu'avec la société en commandite et pour lesquels il est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle.

3. L'INTERPRÉTATION À LA LUMIÈRE DU CODE DE COMMERCE FRANÇAIS

Afin d'interpréter la portée de l'article 2244 C.c.Q., il y a lieu de prendre en considération l'article 28 de la *Loi sur les sociétés commerciales* du Code de commerce français. Cet article se lit comme suit :

Art. 28. – L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration.

3. Dans « La société en commandite », (1990) 2 *C.P. du N.* 209, Gaétan Maltais appuie cette interprétation (p. 249) et prône la responsabilité limitée du commanditaire agissant comme seul administrateur du commandité incorporé (p. 259).

En cas de contravention à la prohibition prévue par l'alinéa précédent, l'associé commanditaire est tenu solidairement avec les associés commandités, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. Suivant le nombre ou l'importance de ceux-ci, il peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.

Cet article est complété par l'article 18 du Décret n° 67-236 du 23 mars 1967, qui précise le sens de l'article de la loi française et qui, par le même fait, peut nous aider à mieux comprendre la portée de l'article 2244 C.c.Q. :

Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance de l'associé commanditaire ne constituent pas des actes de gestion externe au sens de l'article 28 de la Loi sur les sociétés commerciales.

Comment délimiter clairement les actes permis à un commanditaire appartenant à une société en commandite ? La solution est départagée entre les actes de gestion externe et interne. En relation avec la disposition française, un auteur explique la différence entre les « actes extérieurs » et les « actes intérieurs », comme étant le rapport avec le tiers qui peut laisser croire à ce dernier à la responsabilité illimitée du commanditaire. En d'autres mots :

Seraient [...] des actes d'immixtion prohibée, tous actes extérieurs qui, émanant du commanditaire, risqueraient d'abuser les créanciers sur sa véritable qualité, et tendraient à procurer à la société un crédit trompeur.⁴

De l'avis de cet auteur, cela n'empêche donc aucunement les manifestations d'approbation ou d'adhésion données aux gérants, car il ne s'agit pas d'actes externes. Le commanditaire peut même intervenir de façon manifeste dans la gestion de la société, c'est-à-dire contrôler et surveiller la gestion de façon active et systématique tant et aussi longtemps qu'il n'est pas en relation avec le tiers :

Une adhésion ou une approbation donnée par les commanditaires aux actes du gérant ne saurait non plus être considérée comme un acte d'immixtion, du moment que ces commanditaires ne se mettent pas par eux-mêmes en rapport avec les tiers. [...] Si le commanditaire a le droit d'intervenir dans la gestion interne de la société, à plus forte raison

4. Emile POTU, *La défense d'immixtion du commanditaire*, Ann. dr. com. 1910, p. 124 et s.

peut-il la contrôler et exercer sur la gérance une surveillance active et systématique.⁵

Ainsi, sur la base de l'interprétation du Code de commerce français, le fait d'être actionnaire du commandité et de contrôler, par le fait même, la société en commandite ne constitue pas le fait de négocier une affaire pour le compte de la société en commandite, ni le fait d'agir pour celle-ci comme mandataire ou agent, ni le fait de permettre que son nom soit utilisé dans un acte de la société en commandite. L'interprétation retenue en France ne peut être écartée dans l'interprétation à donner à l'article 2244 C.c.Q.

4. INTERPRÉTATION CANADIENNE

4.1 Le cas du Manitoba

L'article 2244 du *Code civil du Québec* est semblable à la disposition correspondante applicable au Manitoba. Il diffère cependant de celle des autres provinces canadiennes. L'article 63(1) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif du Manitoba* est très clair :

Le commanditaire qui prend une part active à l'exploitation de l'entreprise devient responsable pour l'ensemble des dettes de la société en commandite, au même titre que le commandité à l'égard de la personne ignorant qu'il est commanditaire et avec qui il fait affaire au nom de la société en commandite.

De plus, ce même article restreint la responsabilité du commanditaire envers le tiers qui ignore qu'il fait affaire avec le commanditaire et qui agit au nom de la société en commandite,

aux engagements pris par la société envers elle entre le moment où le commanditaire a fait affaire avec elle pour la première fois et le moment où cette personne a pris connaissance qu'elle faisait affaire avec un commanditaire.⁶

C'est la connaissance du tiers par rapport au rôle du commanditaire qui constitue le facteur déterminant, et non simplement le degré de contrôle qu'exerce le commanditaire dans la gestion de la société en commandite.

5. *Ibid.*, p. 124 et s.

6. *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.M. 1987, c. P-30, art. 63(2).

4.2 Autres provinces canadiennes

La législation des autres territoires et provinces prévoit que le commanditaire est tenu comme un commandité s'il prend part à la gestion de l'entreprise ou s'il participe à la gestion de la société en commandite⁷. La notion de contrôle qu'exerce le commanditaire dans la gestion de la société détermine alors sa responsabilité.

Toutefois, les commanditaires peuvent prévoir d'exclure leur responsabilité dans le contrat conclu avec le tiers⁸.

Bien que peu abondante, la jurisprudence canadienne s'est prononcée sur la notion de contrôle qu'exerce le commanditaire dans les affaires *Haughton Graphic Ltd. c. Zivot*⁹ et *Nordile Holdings Ltd. c. Breckenridge*¹⁰.

Dans l'affaire *Haughton Graphic Ltd. c. Zivot*, la demanderesse, en tant que créancière d'une société en commandite, poursuivait les individus commanditaires de la société en commandite sur la base qu'en plus d'exercer leurs droits à titre de commanditaires de la société en commandite, ils avaient pris une part active dans le contrôle de la société en commandite. En effet, l'un des individus commanditaires contrôlait le commandité de la société en commandite et se présentait comme le président de la société en commandite, alors que l'autre individu commanditaire se présentait comme un vice-président exécutif de cette dernière. La société en commandite avait été constituée en vertu du *Alberta Partnership Act* dont l'article 63 prévoit ce qui suit :

63. Liability to creditors. – A limited partner does not become liable as a general partner unless, in addition to exercising his rights and powers as a limited partner, he takes part in the control of the business.

Compte tenu de cette disposition, la Cour suprême de l'Ontario a appliqué le principe selon lequel le commanditaire engage sa responsabilité personnelle dès qu'il prend part au contrôle de la société en commandite. Elle a par ailleurs écarté l'application du principe de « reliance test » (c'est-à-dire le principe selon lequel le tiers, en raison de

7. Par exemple, voir l'article 63 de la *Loi sur les dénominations sociales et les sociétés de personnes*, L.R.Y. 2002, c. 166 et l'article 64 du *Partnership Act*, R.S.A. 2000, c. P-3.

8. *Nordile Holdings Ltd. c. Breckenridge*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 183 (B.C.C.A.).

9. (1986) 33 B.L.R. 125 (Ont. S.C.), conf. par 38 B.L.R. xxxiii (Ont. C.A.) (permission d'appel refusée, [1988] S.C.C.A. No. 212 (S.C.C.) (QL/LN)).

10. *Supra*, note 8.

la conduite du commanditaire, a été amené à croire que le commanditaire était dans les faits un commandité) et rejeté la défense des individus commanditaires selon laquelle ils agissaient en tant que dirigeants ou administrateurs du commandité et non en tant que commanditaires dans leurs relations avec la demanderesse :

I do not think the outcome would be any different if, contrary to my findings, Zivot had explained fully to Garwood the legal particulars of the limited partnership, the legal relationship of the persons and entities concerned, the precise nature of the liability of each of them, and to whom the liabilities were owed. I say this because under s. 63 of the Alberta Act it is clear that the legal relationships can be altered by activity on the part of the limited partner. Absent some unusual situation where it might be argued that the creditor had in some way estopped himself from relying on s. 63, the result in this case would have been the same even if Mr. Zivot's evidence were to have been accepted.¹¹

La Cour ajoute :

Finally it was submitted on behalf of the defendants that to hold them liable in this case means that a person who is an officer or director (or I suppose a senior employee) of the corporate general partner in a limited partnership would always be fixed with unlimited liability for the debts of the limited partnership by virtue of s. 63 of the Alberta Act on the ground that he is the person who has control of the corporate general partner. This conclusion does not logically follow. The section only applies to a person who, in addition to being an officer, director, senior employee, or other directing mind of the corporate general partner, seeks also to take advantage of personal limited liability as a limited partner in the limited partnership. In other words, s. 63 applies only if two conditions are met. One is that the person be a limited partner and the second is that he take part in the control of the business of the limited partnership. The section does not apply to someone whose sole role in, and connection with, the limited partnership is that of an officer, director or other controlling mind of the general partner.¹²

Le texte de la loi albertaine diffère cependant sensiblement du texte du *Code civil du Québec* et ne doit donc pas servir à son interprétation.

Néanmoins, dans l'affaire *Nordile Holdings Ltd. c. Breckenridge*¹³, la Cour n'est pas arrivée aux mêmes conclusions même si l'article 64

11. *Haughton Graphic Ltd. c. Zivot*, *supra*, note 9.

12. *Ibid.*

13. *Supra*, note 8.

du *Partnership Act* de la Colombie-Britannique prévoit des restrictions similaires à celles prévues en Alberta :

64. A limited partner is not liable as a general partner unless he takes part in the management of the business.

Les faits de cette affaire peuvent se résumer ainsi :

Breckenridge and Rebiffe were limited partners in the Arman limited partnership. They were minority shareholders in the general partner, Arbutus. They were also officers and directors of Arbutus. Breckenridge, and to a lesser extent, Rebiffe, managed Arbutus, and Arbutus managed Arman. However, par. 29 of the agreed statement of facts states unequivocally that when Breckenridge and Rebiffe participated in the management as directors they did so “*solely* in their capacities as directors and officers of the general partner, Arbutus.” That agreed fact alone is sufficient to exclude liability under the “unless” provision of s. 64 of the *Partnership Act*. Acting *solely* in one capacity necessarily negates acting in any other capacity.¹⁴

Le juge Gibbs conclut que la responsabilité des individus commanditaires ne peut être retenue dans la mesure où ils avaient exclu contractuellement leur responsabilité et qu'ils agissaient alors, non pas en qualité de commanditaires, mais plutôt en leur qualité de dirigeants et administrateurs du commandité :

7 As well, I am of the opinion that liability on Breckenridge and Rebiffe is excluded, as found by Chief Justice Esson, by the wording of recital F in the sale agreement :

F. The parties hereto acknowledge that Arman Rental Properties Limited Partnership (the “Limited Partnership”) is a limited partnership formed under the laws of British Columbia. The parties hereto agree that the obligations of the Limited Partnership shall not personally be binding upon, nor shall resort hereunder be had to, the property of any of the limited partners of the Limited Partnership or assignees of their interest in the Limited Partnership as represented by Units of the Limited Partnership but shall only be binding upon and resort may only be had to the property of the Limited Partnership or the General Partner of the Limited Partnership.

8 I agree with what was said by Chief Justice Esson about *Haughton Graphic Ltd. v. Zivot* (1986), 33 B.L.R. 125 (Ont. H.C.), and with the decision of the judge in that case, and in this case, not to follow the American decisions.

14. *Ibid.*

9 The questions put to Chief Justice Esson in the stated case, and his answers to them, are as follows :

1. Did the Defendants, John Breckenridge and/or Hubert Rebiffe in their capacities as directors and/or officers of Arbutus and limited partners in Arman, take part in the management of Arman pursuant to Section 64 of the *Partnership Act* so as to render them personally liable for the amounts which remain due and owing pursuant to the judgment of the Plaintiff obtained on September 27, 1985 against Arbutus and Arman ?

YES.

2. Can the Defendants rely upon the wording of the Sale and Purchase Agreement dated April 7, 1981 entered into by the Plaintiff as vendor and Arman as investor and in particular paragraph (f) thereof which specifically excludes the personal liability of the limited partners and further restricts liability to Arman as the limited partnership, or alternatively to Arbutus as the general partner of the limited partnership ?

YES.

3. Can the Defendants rely upon the Disclosure Statement dated March 30, 1981 wherein the personal liability of the limited partners was expressly excluded ?

NO ANSWER NEEDED.

10 I would not disturb the answers to QQ. 2 and 3. Question 1 is badly worded. It consists of two questions. For the answer "Yes" given by the Chief Justice I would substitute yes to the part about Breckenridge and Rebiffe taking part in management in their capacities as officers and directors of Arbutus, and no to the part about them taking part in management in their capacities as limited partners and thereby rendering themselves personally liable.¹⁵

Le juge McEachern applique des principes similaires :

Mr. Arbour urges us to conclude that the usual rule enunciated in *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, should not be applied in this case because of the fact that this is a statutory scheme which abrogates that principle in a case where a limited partner is engaged in the management of the partnership. I have no doubt that that would be the case if the limited partner in that capacity engaged in management because that would be an additional statutory fact which was not present in *Salomon v. Salo-*

15. *Ibid.*

mon & Co. In this case, however, it has been agreed that the limited partners acted solely in their capacity as officers of the general partnership. In my view, that concession takes this case out of the principle for which Mr. Arbour contends. Speaking for myself, such a conclusion in the circumstances of this case would destroy the *Salomon* principle and I would require much more specific language and facts before I would conclude that an officer of a corporation acting solely in that capacity can be held personally liable in a different capacity.¹⁶

En 2000, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, dans l'affaire *Stillwater Forest inc. c. Clearwater Forest Products Limited Partnership*¹⁷, a repris les décisions *Haughton Graphic Ltd. c. Zivot et Nordile Holdings Ltd. c. Breckenridge* pour finalement en venir à la conclusion que la notion de responsabilité du commanditaire en rapport avec son contrôle dans la société est une question de fait propre à chaque cas. Cela étant, la Cour ne retient pas dans cette affaire la responsabilité de l'administrateur du commandité qui agissait également comme président du commanditaire puisque ce dernier aurait dûment pris ses décisions en raison de son statut d'administrateur tout en respectant les pouvoirs qui lui étaient conférés.

Ces décisions, bien qu'intéressantes, ne devraient pas s'appliquer à la situation québécoise parce qu'elles ont trait à des sociétés en commandite régies par les *Partnership Acts* des provinces canadiennes dont les règles sont différentes de celles du *Code civil du Québec*. Elles permettent cependant de démontrer que, même dans des juridictions où les règles applicables à la responsabilité du commanditaire sont plus strictes que celles applicables au Québec, des balises importantes sont apportées à la responsabilité du commanditaire.

Elles renforcent par ailleurs la position selon laquelle des structures telles que celles précédemment mentionnées permettent de protéger le commanditaire dont les administrateurs et dirigeants ou les personnes le contrôlant occupent également des fonctions d'administrateurs ou de dirigeants du commandité.

5. LES ÉTATS-UNIS

Contrairement aux provinces canadiennes autres que le Manitoba, le Québec semble appuyer la responsabilité des commanditaires non pas directement sur leur rôle dans la gestion ou le contrôle de la

16. *Ibid.*

17. *Stillwater Forest Inc. c. Clearwater Forest Products Ltd.*, [2003] SKQB 571.

société en commandite, mais plutôt sur ce qu'un courant de la jurisprudence et de la doctrine américaine a qualifié de « specific reliance test ».

Selon le « specific reliance test », la responsabilité des obligations d'une société en commandite envers un créancier ne devrait pas être imposée à un commanditaire qui prend part au contrôle de l'entreprise de la société en commandite à moins que le créancier n'ait cru, en raison de la conduite du commanditaire, que le commanditaire était un commandité¹⁸.

Le *Code civil du Québec* aborde clairement ce courant puisque le deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q. soumet la responsabilité du commanditaire au fait qu'il « négocie une affaire pour le compte de la société », « [agit] pour le compte de la société comme mandataire ou agent » ou « permette que son nom soit utilisé dans un acte de la société », lesquels sont tous des gestes qui peuvent inciter à croire ou qui peuvent laisser croire à des tiers que le commanditaire est un commandité.

6. DEUX CRITÈRES À CONSIDÉRER : JOUER UN RÔLE ACTIF DANS LA SOCIÉTÉ ET LAISSER CROIRE AU TIERS À LA RESPONSABILITÉ GÉNÉRALE DU COMMANDITAIRE

Nous déduisons de ce qui précède que la responsabilité du commanditaire, au Québec, est directement liée aux actes posés auprès des tiers. Le premier alinéa de l'article 2244 C.c.Q. reconnaît le droit du commanditaire de donner des avis de nature consultative concernant la gestion de la société en commandite, mais ne rattache aucune responsabilité au fait qu'il peut jouer un rôle plus actif dans la gestion de celle-ci¹⁹.

Pour donner tout son sens au premier alinéa de l'article 2244 C.c.Q., nous pourrions l'interpréter comme constituant une condition additionnelle pour engager la responsabilité du commanditaire : la

18. Joseph J. BASILE, « Limited Liability for Limited Patners : An Argument for the Abolition of the Control Rule », (1985) 38 *Vand. L. Rev.* 1199, 1208, cité dans la cause *Haughton Graphic Ltd. v. Zivot*, *supra*, note 9, 132. Voir *Frigidaire Sales Corporation c. Union Property Inc.*, (1975) 544 P. 2d 781 (Wash. C.A.).

19. Dans « La société en commandite » ((1990) 2 *C.P. du N.* 209), Gaétan Maltais appuie cette interprétation (p. 249) et prône la responsabilité limitée du commanditaire agissant comme seul administrateur du commandité incorporé (p. 259).

nécessité qu'un commanditaire joue un rôle actif dans la gestion de la société en commandite.

Comme c'est le cas au Manitoba ainsi qu'à certains égards aux États-Unis²⁰, pour qu'un commanditaire puisse être tenu responsable, il faudra à la fois qu'il ait participé activement dans la gestion des affaires de la société en commandite (c'est-à-dire aller au-delà du simple avis de nature consultative) et qu'un tiers se soit « fié de façon spécifique » sur ce qu'il croyait être la responsabilité générale du commanditaire en raison de l'un des gestes « proscrits » énumérés au second alinéa de l'article 2244 C.c.Q.

En d'autres mots, il semble clair que le seul fait qu'un commanditaire ait joué un rôle actif dans la gestion de la société en commandite ne peut engager sa responsabilité à titre de commandité s'il n'a pas aussi commis l'un des gestes énumérés au second alinéa de l'article 2244 C.c.Q.

Ainsi, le seul fait pour un commanditaire d'être également l'actionnaire d'un commandité, et par le fait même de contrôler indirectement la société en commandite, ne constitue pas le fait de négocier une affaire pour le compte de la société en commandite, ni le fait d'agir pour elle comme mandataire ou agent, ni le fait de permettre que son nom soit utilisé dans un acte de la société en commandite, et ne sera donc pas suffisant pour engager sa responsabilité.

7. LA PROBLÉMATIQUE DE LA DÉSIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR

Les administrateurs d'une personne morale étant les mandataires de celle-ci en vertu de l'article 321 C.c.Q. et de l'article de 123.83 de la *Loi sur les compagnies*, pourrait-on soutenir que le commanditaire, en désignant les administrateurs du commandité de la société en commandite qui est une personne morale agit indirectement à titre de « mandataire de la société en commandite », tel qu'envisagé au second alinéa de l'article 2244 C.c.Q. ?

7.1 L'administrateur n'est pas nécessairement le mandataire

Agir à titre de mandataire signifie « représenter le mandant dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers »²¹. Un adminis-

20. En vertu de l'article 303 du *Uniform Limited Partnership Act* (1976), tel qu'amendé en 1985.

21. Art. 2130 du C.c.Q.

trateur qui agit simplement à ce titre (c'est-à-dire qui prend des décisions à l'égard de la gestion d'une personne morale) n'agit pas à titre de mandataire de la personne morale envers des tiers.

L'article 321 C.c.Q. et l'article 123.83 de la *Loi sur les compagnies* mentionnent qu'en matière de devoir, les administrateurs sont considérés comme les mandataires de la compagnie dans les limites de leurs pouvoirs. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs déclaré que les administrateurs et les cadres supérieurs ne sont pas de « véritables mandataires d'une personne morale »²². Les véritables mandataires de la personne morale, ceux qui, en vertu de la loi, ont le pouvoir de la représenter envers des tiers, sont ses dirigeants. Ceci est clairement énoncé dans l'article 312 C.c.Q. :

312. La personne morale est représentée par ses dirigeants, qui l'obligent dans la mesure des pouvoirs que la loi, l'acte constitutif ou les règlements leur confèrent.

Dans le contexte d'un « reliance test », lorsque la croyance du tiers à l'égard de la nature du rôle du commanditaire est importante, il est primordial que certains contacts soient établis entre le commanditaire et le tiers, par une relation véritable de mandant et de mandataire ou dans le cadre de négociations. Par conséquent, le fait d'occuper le poste d'administrateur ne peut en soi être interprété comme le fait d'« agir comme mandataire » en vertu de l'article 2244 C.c.Q.

7.2 La présomption de mandataire et les différentes personnes morales ou entités

La présomption suivant laquelle les administrateurs d'une personne morale sont les mandataires ne s'applique qu'à la personne morale même, non aux autres personnes morales ou entités dont cette personne morale est elle-même le mandataire ou l'agent.

Les administrateurs du commandité, personne morale, pourraient être réputés mandataires de ce commandité, mais cela ne les rend pas mandataires de la société en commandite. Les commandités sont « seuls autorisés à administrer la société et à l'obliger », indique l'article 2236 C.c.Q. Cette autorité n'est pas transmise à d'autres personnes, tels les administrateurs du commandité. Ainsi, le fait d'agir à titre d'administrateur du commandité ne peut en soi être interprété

22. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 442.

comme le fait d'agir comme mandataire de la société en commandite en vertu de l'article 2244 C.c.Q.

Bref, il n'y a pas de présomption de mandat pour le commanditaire de la société en commandite :

Dans une société en commandite, seuls les commandités sont autorisés à administrer les affaires de la société et à l'obliger (art. 1876). Le mandat présumé d'un commanditaire n'existe pas. Si le commanditaire peut être tenu de dettes de la société comme un commandité (art. 1887 C.C.) dans le cas où, irrégulièrement, il déclare agir pour le compte de la société en commandite, alors, c'est lui-même qui s'oblige. Il n'oblige pas les autres commanditaires ni la société en commandite.²³

7.3 La levée du voile corporatif

En désignant les personnes qui agissent à titre d'administrateurs, les commanditaires n'agissent pas eux-mêmes à ce titre. Par conséquent, même si les administrateurs du commandité étaient considérés comme les mandataires de la société en commandite au sens de l'article 2244 C.c.Q., une telle qualification ne s'appliquerait qu'à eux et non aux commanditaires qui les ont nommés. Il n'existe aucune raison valable, en vertu de l'article 317 C.c.Q., de « lever le voile corporatif » et de considérer les commanditaires comme les mandataires de la société en commandite.

Si une personne morale entreprend de mener des opérations par l'entremise d'une compagnie dont elle détient la majorité, voire la totalité des actions, et dont elle nomme la majorité ou même la totalité des administrateurs, cette personne morale bénéficiera de la responsabilité limitée de l'actionnaire de cette compagnie ; ce n'est qu'en cas de fraude, d'abus de droit ou de contravention à l'ordre public que le « voile corporatif » pourrait être soulevé et la responsabilité de cette personne morale engagée.

Il en va de même si le véhicule choisi est une société en commandite dont la personne morale est commanditaire : la personne morale jouit alors de la responsabilité limitée des commanditaires, sauf dans les cas exceptionnels énoncés au *Code civil du Québec*. Il n'y a pas davantage de raison, dans le second cas, de « soulever le voile » du commandité que de soulever celui de la filiale dans le premier cas.

23. *Entreprises Gamelec inc. c. Consortium Berthier Tremblay inc.*, [1993] R.D.I. 443.

Le commanditaire et le commandité sont deux personnes distinctes, même si le commanditaire détient la majorité, voire la totalité des actions du commandité, et même s'il nomme la majorité ou même la totalité des administrateurs du commandité. Le commanditaire doit dans un tel cas bénéficier de la responsabilité limitée de l'actionnaire de cette compagnie. Même en qualifiant cette relation d'*alter ego*, cela ne conduit pas à appliquer le mécanisme de la levée du voile corporatif en l'absence de fraude, d'abus de droit ou de contravention à l'ordre public.

Les tiers transigeant avec la société en commandite sont clairement avisés de l'identité du commandité et du commanditaire et ce statut respectif, avec toutes les conséquences qu'il entraîne au point de vue responsabilité civile ou, selon le cas, absence d'une telle responsabilité, leur est opposable²⁴.

7.4 La distinction des rôles

Lorsqu'un administrateur ou dirigeant d'une personne morale qui est commanditaire d'une société en commandite agit également à titre d'administrateur ou de dirigeant du commandité de cette société en commandite, une distinction doit être faite entre les deux fonctions. À supposer même que cet administrateur ou dirigeant soit réputé le mandataire de la personne morale, il agira tantôt comme mandataire du commandité et tantôt comme mandataire du commanditaire.

Rien n'empêche un individu d'occuper des fonctions pour plusieurs personnes morales ou pour une personne morale qui est commanditaire d'une société en commandite et une autre personne morale qui est commanditée de cette société.

Lorsque cet individu, à titre de dirigeant du commandité, négocie une affaire pour la société en commandite, c'est le commandité qui est alors réputé négocier pour le compte de la société en commandite ou agir à titre de mandataire de celle-ci, et non le commanditaire. À moins bien sûr que l'individu laisse planer un doute sur la personne qu'il représente dans le cadre de ces négociations. Ainsi, s'il se présente aux tiers comme président du commanditaire alors qu'il négocie avec eux une affaire pour le compte de la société en commandite, alors la responsabilité du commanditaire pourrait alors être engagée en tenant compte des faits particuliers alors en cause et de la connaissance des tiers.

24. Art. 82(11) de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45.

La même logique pourrait être appliquée si un individu commanditaire de la société en commandite agissait également comme administrateur ou dirigeant du commandité de cette société. Les actes qu'il poserait en cette qualité ne devraient pas conduire à engager sa responsabilité personnelle en tant que commanditaire.

Par ailleurs, dans le cas où un commanditaire est actionnaire du commandité d'une société en commandite et contrôle cette dernière ou bénéficie de certains droits lui permettant de désigner des administrateurs ou dirigeants du commandité ou d'autrement influencer le commandité, sa responsabilité ne pourrait être engagée par l'existence de ce contrôle ou de ces droits en l'absence de l'un ou l'autre des actes prohibés au deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q. En effet, le critère applicable au Québec afin d'engager la responsabilité personnelle du commanditaire n'est pas le contrôle exercé sur la société en commandite et son commandité, mais plutôt le fait de poser les gestes prohibés au deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q.

La même logique s'appliquerait à l'individu commanditaire qui serait actionnaire du commandité d'une société en commandite.

8. LA PROBLÉMATIQUE DU RAPATRIEMENT DE POUVOIR AUX TERMES D'UNE CONVENTION UNANIME D'ACTIONNAIRES

Lorsqu'une convention unanime d'actionnaires est conclue par les actionnaires du commandité afin de rapatrier certains pouvoirs entre les mains des actionnaires du commandité alors qu'ils sont ses commanditaires, l'on pourrait être tenté de voir là une immixtion des commanditaires dans la gestion de la société en commandite.

Encore une fois, il faut s'en rapporter à la structure corporative. Les actionnaires exercent tout simplement des pouvoirs qu'ils peuvent exercer en vertu de la loi, c'est-à-dire exercer certains pouvoirs normalement dévolus aux administrateurs en adoptant une convention unanime d'actionnaires. Ils exercent alors leurs pouvoirs en tant qu'actionnaires de la personne morale commanditée et non à titre de mandataires de la société en commandite. Et cela ne constitue pas le fait de négocier une affaire pour le compte de la société en commandite, ni le fait d'agir pour elle comme mandataire ou agent, ni le fait de permettre que son nom soit utilisé dans un acte de la société en commandite.

À moins que le créancier n'ait des raisons de croire, étant donné la conduite du commanditaire, qu'il transige directement avec le commanditaire ou que le commanditaire est un commandité, la responsabilité du commanditaire ne pourra pas être engagée envers lui pour les dettes et obligations de la société en commandite.

9. APPLICATION AUX STRUCTURES PRÉSENTÉES

Que ce soit dans l'une ou l'autre des structures décrites dans la section 1, les mêmes principes doivent s'appliquer.

Dans la première structure, le commandité est clairement distinct des commanditaires. Bien que chacun des commanditaires puisse désigner un ou plus d'un administrateur du commandité, chaque administrateur ainsi désigné n'agit pas comme mandataire du commanditaire qui l'a désigné, mais comme administrateur du commandité, avec tous les droits et obligations imposés à celui-ci par la loi. Lorsque cet administrateur représentera le commandité, il le fera à ce titre, et non pas à titre de représentant du commanditaire qui l'a désigné.

Dans la seconde structure, le commanditaire et le commandité sont également deux personnes distinctes, et ce, même si le commanditaire détient la totalité des actions du commandité et qu'il nomme la totalité des administrateurs du commandité. Le commanditaire doit dans un tel cas également bénéficier de la responsabilité limitée de l'actionnaire de cette personne morale qu'est le commandité.

Cette situation n'est pas plus choquante que celle dans laquelle se retrouve la personne physique qui est l'actionnaire et l'administrateur unique d'une personne morale qui détient elle-même des filiales dont elle est seule actionnaire et pour lesquelles la personne physique est désignée comme seul administrateur. Chaque filiale est alors une entité distincte pour laquelle la responsabilité ne passe, sauf exception, ni à sa personne morale mère ni à son actionnaire unique.

10. LES PRÉCAUTIONS À PRENDRE

10.1 Lois applicables

Les principes mentionnés ci-dessus s'appliquent à l'égard des actes et des contrats conclus par une société en commandite au Québec.

La situation pourrait varier si la société transigeait en dehors des limites de la province de Québec, dans une province ou un pays où la responsabilité des commanditaires est fondée sur leur simple rôle dans la gestion ou le contrôle de la société et où le régime juridique applicable en vertu du droit international privé ne serait pas celui du Québec.

Dans le cas où la société en commandite mènerait de telles activités extraquébécoises, elle sera bien inspirée d'exclure la responsabilité de ses commanditaires par clause expresse dans ses contrats, pour bénéficier de la protection offerte par le précédent que constitue l'arrêt *Nordile Holdings*.

De plus, pour que la société soit en mesure d'argumenter que les lois québécoises sont celles qui régissent le contrat, le commandité devrait s'assurer que tout contrat conclu par ce dernier au nom de la société en commandite soit expressément soumis aux lois du Québec, par une clause expresse à cet égard.

Par surcroît et par prudence, chaque contrat conclu par le commandité au nom de la société en commandite, pourrait comporter une mention, à la page de signature, suivant laquelle le commandité agit au nom de la société en commandite seulement, sans responsabilité des commanditaires.

Avec l'ajout d'une telle mention, il serait bien audacieux qu'un cocontractant recherche de bonne foi la responsabilité des commanditaires, que le droit québécois soit applicable ou non, alors qu'il a été informé de leur responsabilité limitée.

10.2 Autres mesures

Des politiques et des mesures strictes devraient par ailleurs être adoptées par le commanditaire afin que lui-même ainsi que ses dirigeants et mandataires évitent de laisser croire aux tiers qu'ils négocient une affaire pour le compte de la société en commandite ou qu'ils agissent pour elle comme mandataire ou agent. En effet, lorsqu'un individu est à la fois administrateur ou dirigeant d'un commanditaire et administrateur ou dirigeant du commandité, il pourrait y avoir méprise de la part du tiers quant à la personne avec qui il négocie. En effet, l'individu lui parle-t-il en raison de ses fonctions de dirigeant du commanditaire ou de dirigeant du commandité ? L'individu ne doit

laisser aucun doute quant à la fonction qu'il occupe dans le cadre des négociations.

Des politiques et des mesures strictes devraient également être adoptées par le commanditaire afin d'éviter que son nom soit utilisé dans un acte de la société en commandite. À titre indicatif, il y aurait ainsi lieu d'envisager les politiques et mesures suivantes :

- ⇒ éviter que le commanditaire ou ses représentants et mandataires négocient au nom de la société en commandite ou présentent le commanditaire comme son *alter ego*, c'est-à-dire laisser croire aux tiers que le commanditaire et la société en commandite sont en fait une seule et même personne ;
- ⇒ indiquer dans les contrats que la responsabilité du commanditaire n'est pas engagée pour les obligations de la société en commandite ;
- ⇒ les représentants du commanditaire qui occuperont également des fonctions pour la société en commandite ou son commandité devront s'abstenir de remettre à des tiers une carte d'affaires du commanditaire lorsqu'ils agiront dans le cadre de leurs fonctions pour la société en commandite.

Ces mesures permettront de veiller à protéger le cocontractant en lui indiquant le véritable statut du commanditaire et, par le fait même, préviendront la confusion. En d'autres mots, la transparence devra être de mise afin de s'assurer de respecter l'esprit de la loi et de ne pas faire naître une possible responsabilité de la part du commanditaire.

CONCLUSION

L'immixtion des commanditaires dans la gestion de la société en commandite comme motif d'engager leur responsabilité personnelle, souvent érigée comme règle, n'est pas au Québec le critère applicable. Pour qu'un commanditaire puisse être tenu responsable personnellement des dettes et obligations de la société en commandite au-delà de l'apport convenu, il faudra à la fois qu'il ait participé activement dans la gestion des affaires de la société en commandite (c'est-à-dire aller au-delà du simple avis de nature consultative) et qu'il ait induit un tiers à croire qu'il transigeait directement avec le commanditaire ou que le commanditaire était un commandité. Cette preuve sera faite si le commanditaire a posé l'un ou l'autre des actes proscrits par le deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q.

Une telle façon de restreindre la responsabilité des commanditaires d'une société en commandite rapproche davantage la situation des commanditaires d'une société en commandite de celle des actionnaires d'une personne morale et devrait favoriser l'utilisation de ce véhicule dans la planification fiscale des groupements d'entreprises.