REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine BOUCHARD

Volume 119, Number 1, 2017

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043204ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043204ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BOUCHARD, C. (2017). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES ENTREPRISES. *Revue du notariat*, 119(1), 129–171.
<https://doi.org/10.7202/1043204ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	131
1. La Cour suprême du Canada et les conséquences liées à l'absence de formalisme en droit des sociétés	132
1.1 La majorité et l'annulation rétroactive du transfert d'actions.	134
1.2 La minorité et les fondements du droit des sociétés	137
1.3 Commentaire de la décision	141
2. Le contrat de franchise : la liberté de fixer la redevance versée en considération des services rendus aux franchisés ou le partage d'honoraires avec un non-pharmacien	144
3. La discrimination des sociétés de personnes devant les tribunaux administratifs	151
3.1 Le pouvoir de représentation exercé par un commandité	151
3.2 Le pouvoir de représentation exercé par un dirigeant.	154
4. Les sociétés de personnes et la <i>Loi concernant les droits sur les mutations immobilières</i> : taxées mais jamais exonérées.	156
CONCLUSION	166

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

La première décision que nous avons choisi de commenter¹ est un petit bijou du droit des sociétés ; et comme nous adorons les bijoux et le droit des sociétés, cette chronique de fin d'année avait un goût plutôt inusité. Il est rare, en effet, que la Cour suprême du Canada nous fasse le privilège de réfléchir aux fondements du droit commercial : quel est le rôle du formalisme en droit des sociétés, de la mise à jour des registres d'une société par actions, de la production des différentes déclarations aux autorités gouvernementales ? Et qu'en est-il de la responsabilité à cet égard du juriste comme conseiller juridique d'entreprise ? Toutes ces questions, pour recevoir des réponses satisfaisantes, commandent de revenir aux fondements du droit des sociétés, aux principes qui participent de son ordre public.

Dans un autre registre, nous verrons (partie 2) que les contrats de franchise en matière pharmaceutique nous conduisent aux frontières de la liberté contractuelle et de l'ordre public professionnel, alors qu'un pharmacien franchisé est poursuivi par son Ordre pour partage illégal des honoraires avec un non-pharmacien, son franchiseur. Sur la foi de la liberté contractuelle, le franchiseur plaide que la redevance annuelle payable par les franchisés ne constitue pas un partage illégal d'honoraires, mais la juste contrepartie pour les multiples avantages et services offerts par le franchiseur.

Enfin, les dernières décisions qui seront commentées dans cette chronique (parties 3 et 4) traduisent toutes, à leur façon, le vide juridique inhérent au statut des sociétés de personnes en « droit statutaire »² québécois. S'il est maintenant clair que les sociétés en nom collectif et en commandite ne constituent pas des personnes morales au sens du *Code civil du Québec*³, mais bénéficient d'une indivi-

1. *Mennillo c. Intramodal inc.*, 2016 CSC 51.

2. Le terme *droit statutaire* employé pour désigner, par opposition au droit commun, le droit qui tire sa source de lois d'exception constitue un calque de *statutory law*. Bien que l'expression droit statutaire soit un anglicisme, nous la conservons ici, puisque l'objectif est d'opposer ce *droit légiféré* (l'expression privilégiée) au Code civil qui constitue le droit commun et qui constitue aussi un *droit légiféré*.

3. C.c.Q., art. 2188.

*dualité juridique*⁴, c'est-à-dire d'un patrimoine autonome et de la plupart des attributs juridiques d'une personne morale, le « droit statutaire »⁵ n'a pas pris acte de cette évolution du droit civil québécois, comme en témoignent plusieurs décisions de la cuvée 2016. Qu'il s'agisse, par exemple, de la *Loi sur la Régie du logement*⁶ ou encore de la *Loi sur les tribunaux administratifs*⁷ où les sociétés de personnes doivent, selon la volonté du juge, être représentées par un avocat et ne peuvent bénéficier de la procédure assouplie mise en place pourtant pour faciliter la justice administrative ; qu'il s'agisse encore de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁸, où les sociétés sont assujetties à des droits sur les mutations immobilières, mais ne peuvent profiter d'exonération lorsque la transaction intervient pourtant entre personnes liées. Dans toutes ces décisions, une seule et même constante : une réforme inachevée en 1994, laquelle porte préjudice au citoyen qui a fait le choix d'exploiter son entreprise via la société de personnes plutôt que par le biais d'un modèle éprouvé comme celui de la société par actions.

1. La Cour suprême du Canada et les conséquences liées à l'absence de formalisme en droit des sociétés

Intramodal inc. est une société de transport routier constituée le 13 juillet 2004 sous la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁹ (LCSA) par Johnny Mennillo et son partenaire d'affaires Mario Rosati¹⁰. MM. Mennillo et Rosati conviennent que ce dernier apportera son savoir-faire et son carnet d'adresses tandis que M. Mennillo se chargera de fournir le capital de départ. Le jour même, une résolution du conseil d'administration d'Intramodal inc. accueille les avis de souscription d'actions des deux partenaires d'affaires. Sur les 100 actions ordinaires de catégorie « A » d'une valeur d'un dollar

4. C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 419, note 134.

5. Le terme *droit statutaire* employé pour désigner, par opposition au droit commun, le droit qui tire sa source de lois d'exception constitue un calque de *statutory law*. Bien que l'expression droit statutaire soit un anglicisme, nous la conservons ici, puisque l'objectif est d'opposer ce *droit légiféré* (l'expression privilégiée) au Code civil qui constitue le droit commun et qui constitue aussi un *droit légiféré*.

6. *Société LRM c. Régie du logement*, 2014 QCCS 3916.

7. *Société en commandite Taschereau c. Ville de Laval*, 2015 QCCQ 11837 ; *Gestion résidentielle Metcap inc. c. Omar*, 2015 QCRDL 31983.

8. *9197-6837 Québec inc. c. Terrebonne (Ville de)*, 2015 QCCA 1492.

9. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44.

10. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1.

chacune, la résolution prévoyait la répartition suivante : 51 actions de catégories « A » émises à M. Rosati et 49 actions de catégories « A » émises à M. Mennillo.

Le 25 mai 2005, M. Mennillo fait parvenir à la société une lettre dans laquelle il démissionne de ses fonctions d'administrateur et de dirigeant d'Intramodal inc. M. Mennillo soutient qu'au moment des faits, il n'a jamais eu l'intention de remettre en cause son statut d'actionnaire, ce que nie la société intimée en se basant sur le transfert des actions de M. Mennillo à M. Rosati.

Sur le fondement de l'article 241 LCSA, M. Mennillo loge un recours pour abus de procédure en demandant au tribunal d'émettre une ordonnance tendant au redressement de la situation provoquée par Intramodal inc., laquelle aurait évincé irrégulièrement et illégalement l'appelant de son titre d'actionnaire.

En 2012, le juge de la Cour supérieure rejette le recours pour abus de procédure concluant à l'existence d'une émission conditionnelle d'actions entre les deux partenaires d'affaires¹¹. M. Mennillo se serait engagé à demeurer actionnaire tant qu'il financerait et garantirait le passif d'Intramodal inc. Cet engagement n'ayant par la suite pu être tenu, M. Mennillo perdait de ce fait sa qualité d'actionnaire et devenait un simple prêteur d'une somme de 440 000 \$ à M. Rosati, l'actionnaire unique d'Intramodal inc.

En 2014, sur la foi des mêmes conclusions que le juge de première instance, la plus haute Cour du Québec déboute l'appelant de son pourvoi¹². La Cour d'appel estime, en effet, que la Cour supérieure n'a pas erré en droit de façon manifeste et que l'appelant au regard de sa démission de la société intimée avait été traité selon sa volonté. Les juges majoritaires soulignent toutefois la grande négligence avec laquelle les formalités corporatives ont été effectuées au sein d'Intramodal. Cette absence de rigueur caractérise notamment l'entente conclue entre les deux partenaires d'affaires, laquelle est dépourvue de tout formalisme eu égard à la LCSA, conduisant ainsi à son annulation dans les mêmes conditions informelles. Le juge minoritaire n'est cependant pas de cet avis. Il reproche au juge de première instance et aux juges majoritaires d'avoir fait abstraction

11. *Mennillo c. Intramodal inc.*, 2012 QCCS 1640.

12. *Mennillo c. Intramodal inc.*, 2014 QCCA 1515.

de la loi ainsi que des statuts et des règlements en réduisant l'affaire à une simple question de crédibilité.

Devant la plus haute Cour du pays, M. Mennillo prétend que le 18 juillet 2005, Intramodal inc. a indûment supprimé son nom de la liste des actionnaires par le truchement d'une déclaration modificative remise au Registraire des entreprises du Québec (REQ). En outre, il soutient que l'article 21 LCSA lui permettait de consulter les livres de la société au cours des heures normales d'ouverture des bureaux d'Intramodal inc. Or, on lui aurait nié cette prérogative jusqu'au quatrième jour du procès devant la Cour supérieure. Par conséquent, il ferait l'objet d'une expulsion illégale de la société en sa qualité d'actionnaire.

Intramodal inc. soutient, pour sa part, que M. Mennillo a personnellement mis un terme à son mandat d'administrateur, qu'il a expressément demandé à démissionner de son titre d'actionnaire et qu'il a ainsi transféré ses actions à M. Rosati. Il y a donc eu restitution totale de l'argent investi par M. Mennillo, voire le versement d'un bonus substantiel. Par conséquent, Intramodal inc. rétorque que M. Mennillo ne souhaitait manifestement pas être actionnaire participatif et a donc cessé de l'être comme convenu.

Les questions de droit soulevées par cette affaire sont nombreuses. Comme la décision est partagée et la dissidence particulièrement intéressante, nous présenterons tour à tour l'analyse des juges majoritaires (1.1) et celle de la juge minoritaire (1.2)¹³.

1.1 La majorité et l'annulation rétroactive du transfert d'actions

Le transfert d'actions aurait-il pu être annulé rétroactivement comme le prétendent les juges majoritaires de la Cour d'appel ? Alors que pour le juge de première instance, M. Mennillo a convenu qu'il ne demeurerait actionnaire que tant qu'il serait disposé à garantir le passif de la société et qu'il a finalement décidé de ne pas se porter ainsi garant et a transféré ses actions à M. Rosati, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont une tout autre explication :

Peut-on conclure qu'il y a eu véritablement cession des actions de [M.] Mennillo à [M.] Rosati ? Il me semble plutôt que, tout simplement,

13. Le juge Cromwell et la juge en chef McLachlin ont rendu la décision pour la majorité. La juge Côté était dissidente.

ils conviennent le 25 mai 2005 d'annuler rétroactivement leur entente d'association convenue au départ en 2004. L'entente avait été conclue sans aucun formalisme, de même son annulation.¹⁴

Ainsi, contrairement à ce que laisse entendre les juges majoritaires de la Cour d'appel et comme le souligne M. Mennillo, la majorité de la Cour suprême est d'accord pour reconnaître qu'il s'avère impossible d'annuler rétroactivement une émission d'actions au moyen d'un consentement verbal. Pour pouvoir effectuer une telle opération, il faut respecter les formalités prévues aux articles 39(1), 173(1), 176(1) et suivants de la LCSA, soit en modifiant les statuts de la société ou encore en procédant au moyen de l'achat de gré à gré des actions par la société. Ce qui requiert une résolution des administrateurs, le consentement exprès de l'actionnaire en cause et le respect des critères de solvabilité et de liquidité. Un acte de la société dérogeant à ces dispositions n'est donc pas valide. Le respect des exigences relatives au maintien du capital-actions ne saurait être facultatif puisque le capital-actions constitue le gage commun des créanciers en fonction duquel ces derniers acceptent de faire affaire avec la société. Comme le soulignent enfin les juges, « pourquoi la loi établirait-elle des exigences strictes visant principalement la protection des intérêts des créanciers si de telles exigences pouvaient être ignorées en toute impunité ? »¹⁵.

Quelles sont les conséquences de l'observation des formalités prescrites par la LCSA ? En s'appuyant sur l'ensemble de la preuve fournie par les parties, les juges majoritaires de la Cour suprême adhèrent aux conclusions du juge de première instance qui a davantage donné de crédibilité à la version d'Intramodal inc. relativement à l'existence d'un contrat à titre onéreux entre les parties :

Le juge de première instance conclut que M. Mennillo a cessé d'être actionnaire d'Intramodal le 25 mai 2005 et que le « fait que la cession des actions de [M.] Mennillo à [M.] Rosati n'ait pas été complétée résulte de l'erreur ou l'oubli de la part de l'avocat de [M.] Rosati » (par. 74).

Il va sans dire qu'aucun écrit n'atteste cette cession. Mais pour les motifs détaillés qui précèdent, le juge de première instance ne commet aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'il rejette la version des faits de M. Mennillo et qu'il retient essentiellement celle d'Intramodal.

14. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 12, par. 225.

15. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 66.

C'est pourquoi je fais mienne sa conclusion voulant que M. Mennillo ait refusé de se porter garant du passif d'Intramodal et transféré ses actions à M. Rosati. La preuve relative au transfert des actions est contradictoire et incohérente. Son interprétation par le juge Poirier est légitime compte tenu du caractère extrêmement informel des rapports entre les parties et de l'inobservation par ces dernières de la quasi-totalité des formalités requises d'une société. Suivant mon interprétation de ses motifs, un contrat à titre onéreux liait MM. Mennillo et Rosati concernant le transfert des actions, ce qui est étayé par la preuve (*Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475 ; art. 1381 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »)).¹⁶

D'entrée de jeu, les juges majoritaires de la Cour suprême rappellent que la source du litige entre M. Mennillo et M. Rosati provient de l'absence de formalisme entourant leur partenariat d'affaires. Les dispositions de la LCSA ont été littéralement foulées aux pieds et aucune formalité corporative n'a été effectuée relativement aux transactions. Ainsi, aucune trace du moindre contrat de société ou de l'existence d'une convention d'actionnaires convenue entre les parties ; les fonctions de chacun ont été cristallisées par une simple poignée de main ; pas de somme avancée pour la libération des actions ; pas de signature du certificat d'action comme l'imposent les articles 25(3) et 49(4) LCSA ; quant à l'argent (440 000 \$) investi par M. Mennillo à titre de capital de départ, l'importante somme n'a été formalisée dans aucun contrat ni inscrite dans aucun registre, ce qui conduit le juge de la Cour supérieure à conclure qu'il s'agissait en réalité d'un prêt.

Par conséquent, bien que les juges majoritaires de la Cour suprême ne contestent pas qu'Intramodal a omis de s'assurer que MM. Mennillo et Rosati s'étaient acquittés de certaines de leurs obligations suivant la LCSA lorsqu'elle a inscrit le transfert d'actions, ils sont d'avis que « pareille omission ne peut en soi invalider un transfert intervenu entre les deux hommes »¹⁷. Ils poursuivent en concluant que M. Mennillo n'a pas été suffisamment diligent pour invoquer dans les délais la violation des formalités de la LCSA. Au moment de son recours, le délai était prescrit. Il aurait dû invoquer la nullité du contrat devant le tribunal dans les trois ans de la connaissance de la nullité¹⁸.

16. *Ibid.*, par. 67-68.

17. *Ibid.*, par. 69.

18. C.c.Q., art. 2925 et 2927.

Les actions auraient-elles pu être émises conditionnellement ? Sur cette question, les juges majoritaires de la Cour suprême suivent la position du juge dissident de la Cour d'appel. Les modalités caractérisant une action doivent être mentionnées dans les statuts de la société et dans son registre des valeurs mobilières. Par conséquent, il s'avère impossible que les actions aient pu être émises à M. Mennillo à la condition qu'il se porte garant du passif. De plus, la LCSA ne prévoit pas un tel actionariat conditionnel. Toutefois, selon le juge Cromwell, la juge dissidente interprète mal les motifs du juge de la Cour supérieure :

Au vu de la preuve, il appert plutôt de ses motifs que la condition dont il fait mention résulte d'un accord entre MM. Mennillo et Rosati selon lequel le premier ne serait actionnaire que s'il se portait garant du passif d'Intramodal. L'accord en question est intervenu entre MM. Mennillo et Rosati, et Intramodal n'y est pas partie. Il ne requérait donc pas l'observation des formalités applicables à une émission conditionnelle d'actions. Dans cette optique, la démarche du juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur de droit.¹⁹

1.2 La minorité et les fondements du droit des sociétés

Dans l'introduction de sa dissidence, la juge Côté rappelle qu'« [i]l est parfois essentiel de revenir aux fondements du droit afin de rendre la décision qui s'impose dans certaines circonstances. Il est tout aussi essentiel de rappeler certains de ces fondements »²⁰. Cela la conduit à insister sur l'importance de la notion de personnalité juridique et sur la règle du maintien du capital, fondamentales en droit des sociétés par actions, et sur le danger de confondre la société par actions avec la société de personnes, ce qui peut conduire à des aberrations comme :

tenir pour acquis que l'inscription d'un transfert d'actions signifie qu'il y a eu contrat de transfert d'actions. Au même titre que l'affirmation du juge de première instance selon laquelle il peut y avoir émission conditionnelle d'actions sans que celle-ci ne soit entérinée par la société, et celle des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle une émission d'actions peut être annulée rétroactivement sans aucune formalité, la solution préconisée par la majorité est, à mon avis, irréconciliable avec les principes élémentaires du droit des sociétés et du droit civil.²¹

19. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 77.

20. *Ibid.*, par. 90.

21. *Ibid.*, par. 93.

À l'occasion de cette affaire et des questions en litige qui la sous-tendent, la juge dissidente rappelle la frontière parfois poreuse qui existe entre la société de personnes et la société par actions. D'autant plus fragile lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une société par actions à capital fermé, laquelle nécessite un formalisme accru, destiné à faciliter l'autonomie de son existence incarnée par le concept de personne morale. De plus, pour reprendre les propos de la juge Côté, « une société par actions n'est pas que le produit d'une entente entre les associés. Comme le souligne [d'ailleurs] Martel : "La société est une 'société par actions', constituée par l'intervention de l'État et non pas par contrat et comme telle elle n'est pas assujettie au régime général des sociétés du Code civil". »²²

Le privilège conféré par le choix de la société par actions comme véhicule juridique réside entre autres dans la responsabilité limitée des administrateurs au regard du passif de la société. Bien que MM. Mennillo et Rosati aient fait le choix de cette structure, ils ont préféré l'approche consensuelle de leurs rapports au détriment d'un encadrement formaliste de ceux-ci. Le choix de la société de personnes aurait pourtant été mieux adapté de par son caractère plus flexible, compte tenu du laxisme des deux parties.

En s'appuyant sur la doctrine, la juge dissidente souligne que la société par actions est avant tout une personne morale de droit privé dotée d'un patrimoine distinct²³. Ces organes décisionnels communiquent par le biais de résolutions adoptées par son conseil d'administration. Les formalités corporatives sont rigoureuses et variées : prises de décisions au cours de réunions régulièrement convoquées ou signature d'une résolution écrite par l'ensemble des administrateurs. La résolution écrite a, dans un tel cas, la même force que si elle avait été dûment adoptée au cours d'une réunion du conseil d'administration²⁴. Seule la convention unanime des actionnaires permet de restreindre ou de retirer complètement les pouvoirs des administrateurs au profit des actionnaires²⁵. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, MM. Mennillo et Rosati n'avaient pas conclu une telle convention d'administration.

22. *Ibid.*, par. 148.

23. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, par. 51.

24. LCSA, préc., note 9, art. 117 (1).

25. LCSA, préc., note 9, art. 146.

La juge dissidente rappelle aussi que le principe du maintien du capital est fondamental en droit des sociétés par actions. Dès que les actionnaires ont payé leurs actions, l'argent appartient à la société ! Le capital est maintenu et protégé de telle sorte que les actionnaires n'ont pas la possibilité de reprendre de façon unilatérale le capital investi et de disposer en tout ou partie des actifs de la société. Un tel acte irait à l'encontre des intérêts des créanciers de la société. Le principe du maintien du capital signifie également que l'un des actionnaires ne peut forcer le rachat par la société des actions qu'il détient et se retirer sans le recours de celle-ci.

La transparence des procédures corporatives est incarnée par la tenue des livres et registres et surtout par la *Loi sur la publicité légale des entreprises*²⁶. Incontournable, le respect des formalités corporatives est la condition *sine qua non* à la validité des actes posés par la société et des organes qui la composent : administrateurs et actionnaires. Celles-ci sont essentielles afin de préserver le patrimoine de la société, gage commun des créanciers :

Les formalités prévues par les lois relatives aux sociétés par actions ne relèvent pas que de la « forme » comme le laisse entendre le juge de première instance, les juges majoritaires de la Cour d'appel, de même que mon collègue le juge Cromwell. Il faut plutôt voir dans leur respect la condition de la validité des actes de la société, de ses administrateurs et de ses actionnaires. Elles sont imposées en raison du principe de la personnalité juridique distincte de la société et du principe du maintien du capital et elles sont nécessaires à la protection du patrimoine de la société, gage commun de ses créanciers.²⁷

La juge dissidente insiste sur le fait que dans la situation d'une petite société, les principes susmentionnés sont encore plus importants qu'au sein d'une grande société. En dépit des éventuelles divergences, liées aux attentes des actionnaires dans une société par actions à capital fermé, le rôle des formalités corporatives doit demeurer prépondérant. La juge cite l'arrêt de la Cour suprême *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*²⁸, qui retient que « la taille, la nature et la structure de la société constituent [...] des facteurs pertinents dans l'appréciation d'une attente raisonnable »²⁹ et qu'« [i]l est possible que les tribunaux accordent une plus grande

26. *Loi sur la publicité légale des entreprises*, RLRQ, c. P-44.1.

27. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 156.

28. *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, 74.

29. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 183.

latitude pour déroger à des formalités strictes aux administrateurs d'une petite société fermée qu'à ceux d'une société ouverte de plus grande taille »³⁰. La juge tempère ce principe en affirmant qu'il dépend de la nature de l'abus reproché. Cela conduit la juge dissidente à conclure que la Cour d'appel est passée à côté de l'exigence des formalités corporatives prévues par la LCSA, lesquelles sont obligatoires lors d'un transfert ou d'un rachat d'actions. Les juges majoritaires ont confondu la société par actions et la société de personnes. En effet, ils ont fait fi des principes de la personnalité juridique distincte de la société par actions et de celui du maintien du capital en créant de l'instabilité dans le mécanisme d'ordre public du capital-actions. Et ce n'est pas parce que l'appelant et M. Rosati ont fait eux-mêmes abstraction du formalisme requis dans leur façon de diriger leur entreprise que cela autorisait les tribunaux – la Cour supérieure et la Cour d'appel – à faire de même en assimilant la société par actions à une société de personnes. Citant enfin le juge Idington du plus haut tribunal du pays en 1911 dans l'arrêt *Smith c. Gow-Ganda Mines, Ltd.*³¹, la juge rappelle que « les actionnaires peuvent certes, dans le cadre de leur relation d'affaires, conclure différentes ententes, mais pour que ces ententes engagent la société, les formalités prévues par la loi doivent impérativement être respectées »³².

La juge dissidente considère, en définitive, que la société intimée n'a pas respecté l'article 76(1) LCSA en passant outre son obligation de vérification de l'endossement du certificat d'actions avant d'effectuer l'inscription du transfert. Il y a donc eu, de ce fait, un abus caractérisé contre M. Mennillo :

La preuve révèle que le certificat d'actions en cause n'a pas été endossé. Elle révèle également que la société intimée n'a fait aucune vérification avant d'adopter la résolution de transfert des actions de l'appelant, et que c'est rétroactivement et avec la signature d'un seul actionnaire (c'est-à-dire M. Rosati) que la résolution a été adoptée.

[...]

Conclure à l'abus dans les circonstances ne revient pas à permettre à M. Mennillo d'instrumentaliser le recours pour abus prévu par l'art. 241 LCSA, mais tout simplement à reconnaître l'évidence :

30. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 183.

31. *Smith c. Gow-Ganda Mines, Ltd.*, (1911), 44 R.C.S. 621, p. 624.

32. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 162.

M. Rosati a utilisé sa position d'actionnaire majoritaire pour dépouiller M. Mennillo de son statut d'actionnaire. Pour paraphraser la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Budd*, c'est précisément afin de mettre un frein à ce genre de conduite que le législateur a cru nécessaire d'introduire le recours pour abus prévu à l'art. 241 LCSA. [...]

Nul besoin d'une grande démonstration pour conclure que cette conduite d'Intramodal a été préjudiciable à l'appelant : elle l'a dépouillé illégalement de son statut d'actionnaire. Et il est difficile d'imaginer conduite plus abusive d'une société par actions à l'endroit d'un actionnaire que celle de le priver de ce statut.

La conduite d'une société qui avalise un transfert d'actions sans vérification aucune, et qui confond ses intérêts avec ceux de son actionnaire majoritaire comme si elle n'était qu'une simple marionnette, n'est pas moins abusive seulement parce que, à un certain moment, un coactionnaire a exprimé son intention de se retirer de la société, sans qu'il y ait eu entente quant aux modalités d'un tel retrait. Soutenir le contraire revient à inciter les actionnaires d'une société à s'abstenir de toute forme de discussions ou de pourparlers relativement à un possible transfert d'actions.³³

1.3 Commentaire de la décision

La société par actions n'a rien d'une véritable société au sens de l'article 2186 C.c.Q. D'ailleurs, l'article 2188 C.c.Q. est très clair sur ce fait puisque dans sa typologie, après avoir énuméré les différentes formes de sociétés, le Code renvoie au chapitre sur les personnes morales :

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.³⁴

Ainsi, à la différence de la société de personnes, la société par actions ne tire pas son origine d'un contrat. Elle est d'origine statutaire. Par conséquent, sa formation et son existence ne commandent pas la présence d'au moins deux personnes. Les règles de gouvernance des deux structures sont complètement différentes.

33. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 196, 198.

34. Nous soulignons.

En réalité, deux raisons principales vont pousser les fondateurs d'une entreprise à privilégier une structure juridique dotée de la personnalité morale comme la société par actions : la limitation de leur responsabilité au capital investi, ce qui implique la diminution des risques, et la commodité du support institutionnel. Par essence, la société par actions a été conçue pour régler les relations entre des personnes non liées par l'*intuitu personæ* et en nombre illimité. De plus, au sein d'une société par actions, chaque actionnaire a un droit dans l'administration via le droit de vote qui lui est accordé et il n'a aucune obligation de tenir compte de l'intérêt général ; chaque actionnaire vote donc en fonction de ses intérêts personnels.

Ces règles de fonctionnement sont diamétralement opposées de celles d'une société de personnes, où les associés se choisissent en fonction de la confiance mutuelle qu'ils se portent et où ils poursuivent un but commun. C'est ce qui explique pourquoi lorsque les propriétaires d'une PME adoptent la société par actions, ils doivent adapter les règles de gouvernance de ces entités – essentiellement en restreignant le transfert des actions et en limitant les pouvoirs des organes de direction – pour les rapprocher de celles d'une société de personnes. Et c'est le concept de *société à capital fermé* qui leur permet d'arriver à une telle modélisation, car la structure de gouvernance des sociétés par actions est inadaptée aux besoins des petites sociétés.

On constate donc à quel point la responsabilité du juriste comme conseiller juridique d'entreprise est importante. Les sociétés doivent fonctionner dans un environnement juridique de plus en plus exigeant et rien ne doit être laissé au hasard. Le conseiller juridique est responsable d'assister l'entrepreneur dans le choix d'une structure juridique appropriée, dans l'adaptation des règles de gouvernance aux besoins particuliers de son entreprise et dans l'application au quotidien de ces règles de gouvernance aux affaires de la société. L'affaire *Mennillo* constitue sans contredit un excellent exemple de tout ce qu'il ne faut pas faire et la décision est crève-cœur !

Ainsi, au-delà des choix du véhicule juridique, l'un des premiers devoirs du conseiller juridique d'entreprise est de s'assurer que les formalités légales sont respectées, les résolutions effectuées et les déclarations exigées par les autorités gouvernementales produites. Le rôle d'un livre de société n'est pas de dormir sur une tablette et d'encombrer les voûtes d'un cabinet juridique. La mission

d'un livre de société est de témoigner de la vie juridique d'une société, au jour le jour, selon la chronologie des événements. Qui, comme jeune stagiaire d'une société, ne s'est pas vu confier la mise à jour urgente de dizaines d'années d'activités afin d'actualiser l'existence de la société aux fins, par exemple, d'une fusion ou d'une acquisition ? Outre les dangers reliés à la mémoire corporative – comment ne pas oublier certains événements au fil du temps –, est-il nécessaire de rappeler à quel point il est hasardeux d'agir ainsi ?

Il s'avère aussi extrêmement important de produire les différentes déclarations de mise à jour³⁵ au registre des entreprises. L'enjeu essentiel d'un système de publicité légale, tant pour le public que pour les assujettis, réside dans les effets de l'immatriculation, sa force probante et ses différentes sanctions. Le législateur présume que les informations que contiennent les déclarations d'immatriculation et de mise à jour sont connues des tiers à compter du moment où elles sont inscrites au registre des entreprises³⁶. Ce principe d'opposabilité a pour principal objectif de protéger l'entreprise : « [m]ême si l'on ne peut s'attendre à ce que les tiers consultent le registre des sociétés jour après jour, il paraît normal qu'ils y puisent une information lorsque vient le moment de conclure un contrat important ou d'intenter une action. »³⁷ L'assujetti qui a produit des déclarations peut considérer que les tiers ont été dûment informés. Corollairement, les déclarations font preuve de leur contenu. Cela signifie que les tiers peuvent utiliser l'information déclarée au registre à leur profit. Ils doivent donc pouvoir se fier à l'information déposée au registre indépendamment de sa véracité, de son intégrité. S'il y a des erreurs, ou si la déclaration n'est plus à jour, ce n'est pas aux tiers d'en subir les conséquences, mais aux assujettis, lesquels en sont responsables en vertu de l'article 2196 C.c.Q.

Enfin, il y a peu de dispositions qui ont force obligatoire en droit des sociétés, mais parmi ces dispositions, et comme le fait remarquer si justement la juge dissidente dans l'affaire *Mennillo*, il y a la personnalité juridique des sociétés et la règle du maintien du capital. La société par actions est une personne morale de droit privé dotée d'un patrimoine distinct. Le respect des dispositions relatives

35. *Loi sur la publicité légale des entreprises*, préc., note 26, art. 41, 45.

36. *Ibid.*, art. 98 ; C.c.Q., art. 2195.

37. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2195.

au maintien du capital est d'ordre public puisque le capital-actions constitue le gage commun des créanciers et que c'est en pondérant la solvabilité et la capacité financière de la société que les tiers acceptent de faire des affaires avec la société.

2. Le contrat de franchise : la liberté de fixer la redevance versée en considération des services rendus aux franchisés ou le partage d'honoraires avec un non-pharmacien

Les temps sont difficiles dans le milieu pharmaceutique et bien que le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. (ci-après cité « PJC ») vient de remporter une première manche en Cour supérieure³⁸ – la Cour supérieure vient de déclarer que sa clause de partage des redevances est légale et respecte le *Code de déontologie des pharmaciens*³⁹ –, il est loin d'être certain qu'il soit en position de gagner la guerre !

Quesnel et PJC sont partenaires d'affaires depuis presque trois décennies. En octobre 1988, Quesnel conclut deux conventions de franchise avec PJC. Ces contrats ont fait l'objet d'ajouts par *addenda*, respectivement en décembre 1990, octobre 2002, décembre 2002 et décembre 2005. Ces conventions traitent notamment du versement d'une redevance annuelle à PJC. En échange, Quesnel a le droit de disposer des raisons sociales, marques ou noms de commerce « Jean Coutu », « PJC » et autres afin de valoriser les établissements où il exploite ses pharmacies. Le franchisé détient ainsi une licence lui permettant de jouir légalement d'un ensemble de droits de propriété intellectuelle. En outre, de façon classique, les conventions de franchise prévoient l'encadrement de l'utilisation du nom et des marques de commerce et des services de soutien fournis par PJC.

En février 2008, une plainte a été introduite par le syndicat de l'Ordre des pharmaciens à l'encontre de Quesnel devant le conseil de discipline. La plainte a été logée en vertu de l'article 4.01.01t) du *Code de déontologie des pharmaciens*, aujourd'hui l'article 49⁴⁰.

38. *Michel Quesnel c. Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2016 QCCS 6347.

39. *Code de déontologie des pharmaciens*, RLRQ, c. P-10, r. 7.

40. *Ibid.*, art. 49 : « Le pharmacien ne peut partager les bénéfices provenant de la vente de médicaments ou ses honoraires qu'avec un autre pharmacien et dans la mesure où ce partage correspond à une répartition de leurs services et responsabilités respectifs.

Il peut toutefois attribuer ses revenus à la société de pharmaciens au sein de laquelle il exerce la pharmacie. »

On reproche à Quesnel un partage illégal de ses honoraires ou des bénéfices découlant de la vente des médicaments avec un non-pharmacien, le franchiseur, au cours des périodes allant du 1^{er} juin 2003 au 31 mai 2007.

En novembre 2008, Quesnel intente un recours contre PJC afin d'obtenir l'annulation de la clause de redevance contenue dans les conventions de franchise, en raison de son illégalité alléguée. Il demande également à PJC, de ne pas percevoir des redevances sur ses honoraires ou bénéfices provenant de la vente des médicaments. Enfin, il souhaite obtenir la condamnation de PJC afin qu'on lui rembourse les redevances qu'il aurait indûment versées depuis 2003.

En janvier 2009, Quesnel, qui avait plaidé coupable afin de ne pas être radié de l'Ordre, fut condamné à payer des amendes. En mai 2012, PJC, par une défense et demande reconventionnelle, conteste le recours de Quesnel en invoquant la conformité et la légalité de la clause de redevance contenue dans les conventions de franchise. Pour l'Ordre, la clause de redevance n'était pas illégale en soi. C'est le partage des honoraires et des bénéfices provenant de la vente des médicaments avec un non-pharmacien qui est interdit par la loi.

En décembre 2015, la décision *Cadrin c. Pharmaciens (Ordre professionnel des)*⁴¹ vient préciser la grille de lecture à adopter dans l'interprétation des articles 4.01.01t) et 49 du *Code de déontologie des pharmaciens*. Dans une trame factuelle quasi identique, le Tribunal des professions avait considéré, à cette occasion, que la solution du Conseil de discipline était déraisonnable. Le partage d'honoraires ou de bénéfices provenant de la vente des médicaments ne devait pas être frappé d'une prohibition absolue lorsque la preuve que l'indépendance du pharmacien n'était pas mise en cause avait été établie. Dans le cadre d'un contrat de franchise, il faut, selon la juge, vérifier dans chaque situation la juste valeur marchande de la contrepartie qui est attribuée au pharmacien en lieu et place de la redevance qu'il doit verser, avant de se prononcer sur le caractère légal d'une clause de redevance.

À la suite de cette décision, les parties ont envisagé la possibilité de procéder à un règlement extrajudiciaire du différend. PJC a demandé un audit des services et des avantages obtenus par ses

41. *Cadrin c. Pharmaciens (Ordre professionnel des)*, 2015 QCTP 104.

autres franchisés, d'une part, et par Quesnel, d'autre part. En janvier 2016, PJC a communiqué le rapport à Quesnel, lequel document établissait que les redevances versées par ce dernier de 2004 à 2015 étaient raisonnables et satisfaisaient les critères de la juste valeur marchande relative aux services et avantages reçus en contrepartie. L'Ordre des pharmaciens a souhaité s'en référer à la Cour supérieure, afin que le tribunal décide si la redevance annuelle contenue dans les conventions de franchise était bien conforme à la juste valeur marchande.

Une demande en jugement déclaratoire fut donc présentée par PJC. En juin 2016, la Cour supérieure a entendu la demande reconventionnelle amendée de PJC, tandis que Quesnel a accepté de retirer sa demande en nullité et en dommages contre PJC.

La défenderesse PJC requiert donc que les redevances qui lui sont versées par Quesnel en vertu des conventions de franchise correspondent à la juste valeur de la contrepartie fournie par la défenderesse au demandeur. Elle souhaite, en outre, que la clause 6 des contrats de franchise soit déclarée conforme à l'article 49 du *Code de déontologie des pharmaciens*⁴², lequel prohibe le partage de bénéfices provenant de la vente de médicaments ou des honoraires entre un pharmacien et un non-pharmacien. Enfin, elle désire que soit déclarée valide la clause de redevances (clause 6) de ses conventions de franchise.

D'entrée de jeu, la juge met l'accent sur l'intérêt des parties à obtenir un jugement déclaratoire pour clarifier la situation ambiguë liée à la clause de redevance des conventions de franchise. Elle rappelle le caractère d'ordre public de l'article 4.01.01 t) retenu dans l'affaire *Lebel c. Cumberland Pharmacentres (Merivale) Ltée*⁴³. Elle réitère que la finalité de la prohibition du partage des honoraires et des bénéfices émanant de la vente des médicaments à un non-pharmacien est de protéger le public. En outre, le contrat de franchise doit être nécessairement conclu entre des pharmaciens pour être valide. En se basant notamment sur l'arrêt *Leboeuf c. Groupe S.N.C.-Lavalin inc.*⁴⁴ de la Cour d'appel, le tribunal arrive à la conclusion que nonobstant la prohibition, le pharmacien a toujours la possibilité d'être lié par une convention de franchise et de payer une

42. Préc., note 40.

43. *Lebel c. Cumberland Pharmacentres (Merivale) Ltée*, 1999 CanLII 11396 (QC C.S.).

44. *Leboeuf c. Groupe S.N.C.-Lavalin inc.*, 1999 CanLII 13644 (QC C.A.).

redevance découlant des revenus d'exploitation de sa pharmacie en échange de biens ou de services. Ces derniers doivent toutefois être en adéquation avec la redevance demandée au franchisé. Il faut un lien entre la juste valeur marchande de la contrepartie et la redevance versée par le franchisé au franchiseur, laquelle doit être raisonnable.

En l'espèce, le taux de redevance s'élève à 5 % sur les ventes annuelles brutes de 1,00 \$ à 2 000 000 \$ et à 4 % sur les ventes annuelles brutes dépassant 2 000 000 \$. Il est précisé dans les contrats de franchise que le paiement de la redevance n'équivaut pas à un partage d'honoraires. Par conséquent, la redevance versée reflète les frais d'administration et d'exploitation devant être payés au franchiseur en échange des droits et des services offerts par celui-ci. Toutefois, il faut protéger l'indépendance professionnelle des pharmaciens, ce qui passe par une exclusivité du droit de propriété des pharmaciens sur leur pharmacie. La juge considère donc que la clause de redevance n'est pas nécessairement illégale. Cependant, le partage des honoraires et des bénéfices ayant été effectué avec un non-pharmacien, il revient au pharmacien d'établir qu'il ne s'agit pas d'un simple partage de bénéfices.

L'article 49 du *Code de déontologie des pharmaciens*⁴⁵ n'est pas frappé d'une prohibition absolue. Le rapport de l'analyse financière préparé par PricewaterhouseCoopers (PwC) à la demande de PJC est suffisamment éloquent. En effet, selon PwC, un taux de redevances de 3,75 % à 5,25 %, dépendamment de la taille de la pharmacie, serait représentatif et raisonnable au regard des services de soutien fournis par PJC à ses franchisés et des droits d'utilisation du nom et des marques de commerce découlant des conventions de franchise. L'audit a en effet conclu que le taux effectif moyen de redevance pour l'ensemble des pharmacies de Quesnel au cours de la période de 2004 à 2015 s'élevait en moyenne à 4,0 % des revenus provenant de la vente des médicaments. Ainsi, au terme de son analyse, le tribunal considère que la somme versée par Quesnel se situe à l'intérieur de la fourchette et peut donc être reconnue comme représentative et raisonnable au regard de la juste valeur marchande de la contrepartie qu'il a reçue au cours de la même période de son franchiseur.

45. Préc., note 40.

La bataille qui opposait le pharmacien franchisé Quesnel au réseau Jean Coutu impliquait aussi indirectement le syndic de l'Ordre professionnel des pharmaciens. Il s'agissait en fait de mesurer la légalité éthique du modèle d'affaires du Groupe Jean Coutu. La bataille est, par ailleurs, loin d'être terminée puisque même si les arguments de Jean Coutu ont été retenus par la juge de la Cour supérieure, une telle interprétation risque d'être dommageable dans le futur pour le groupe. En effet, une action collective⁴⁶ vient d'être instituée par la majorité des pharmaciens franchisés du groupe, lesquels demandent à la Cour supérieure d'abaisser le niveau de redevances qu'ils doivent verser au franchiseur.

Le litige entre Quesnel et le Groupe Jean Coutu a pris naissance à la suite d'une enquête du syndic de l'Ordre qui accusait Quesnel d'avoir partagé ses honoraires et les bénéfices provenant de la vente de médicaments avec un non-pharmacien, le Groupe Jean Coutu. Pour contrer l'argument du syndic, faire échec à l'abandon de la redevance sur la vente des médicaments et perdre ainsi des millions de dollars, Jean Coutu prétendait qu'il ne s'agissait pas de partage d'honoraires, mais que la redevance était plutôt versée en considération des services rendus aux franchisés (publicité, assistance technique, frais d'administration et d'exploitation, etc.).

Si la légalisation de la clause de redevances par la Cour supérieure ne fait pas, à court terme, l'affaire des franchisés, la situation risque d'être différente à moyen ou à long terme. En effet, dans le cadre de leur action collective, les franchisés allèguent que la redevance exigée par le franchiseur est beaucoup trop élevée par rapport à ce qui est fourni en publicité, assistance technique et autres services. Bien qu'il soit difficile à ce stade de juger de l'argumentaire des franchisés, il est toutefois clair que les pharmaciens (franchisés et franchiseurs confondus) subissent actuellement le contre-coup de la réforme du système de santé et que cette réforme ne leur est pas financièrement favorable :

Le ministre a notamment coupé dans leurs honoraires. Il a promis de compenser en déplaçant les ristournes qui leur sont versées par les fabricants de médicaments génériques, mais, visiblement, l'engagement avance moins rapidement que ce qui avait été compris (le pla-

46. Demande d'autorisation non autorisée d'exercer une action collective selon les articles 574-575 C.p.c. : *Sopropharm, Jacques Bourget, et al. c. Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, juillet 2016.

fond n'a été levé que de 15 à 25 % du prix du produit et le déplafonnement total n'arrivera pas avant 2017).

Pendant que ses pharmaciens souffrent, le Groupe Jean Coutu, lui, s'apprête à souffrir.

Depuis avril, le fameux déplafonnement est commencé (de 15 % à 25 %, comme on le disait) et la filiale Pro Doc, qui fournit les médicaments génériques doit payer cette hausse de ristourne. En 2017, la ristourne pourrait passer à plus de 40 %, selon certains analystes. Même si les sous-traitants manufacturiers du générique devraient éventuellement aider Jean Coutu, il n'est pas exagéré de dire que près de 12 % du bénéfice total du groupe est en jeu sur cet élément.

Là n'est pas la seule menace. Plus préoccupant encore se profile à l'horizon. À l'ajournement de l'Assemblée nationale, le gouvernement a fait adopter son projet de loi autorisant des appels d'offres pour la fourniture exclusive de médicaments génériques. De quoi faire frémir Pro Doc. Parce que la filiale s'approvisionne généralement auprès de tiers, elle n'aura pas la capacité de participer aux appels d'offres. Chacun de ceux-ci voudra donc dire une perte assurée de revenus. Le gouvernement risque d'être tenté de cibler les plus importants médicaments, ce qui veut dire qu'une forte proportion des revenus risque d'être effacée. À titre de repère, Pro Doc génère actuellement près de 30 % du bénéfice total de Jean Coutu.

Dans pareil contexte, des analystes ont évoqué la possibilité que Jean Coutu n'ait d'autres choix que d'augmenter les redevances de ses franchisés pour tenter de compenser.

On peut comprendre les franchisés d'agir préventivement et de plutôt demander un allègement des redevances. C'est ce qu'on appelle se donner une position de négociation.⁴⁷

Quoi qu'il en soit, pour qu'un réseau de franchises soit rentable, il faut que le franchiseur et les franchisés soient gagnants : « [u]n affaiblissement trop important du franchiseur affaiblirait à long terme les franchisés. Celui-ci aurait tendance à rogner sur ses efforts financiers pour le collectif de manière à récupérer le plus possible pour ses actionnaires. »⁴⁸.

47. François POULIOT, « Jean Coutu perd ses meilleurs amis », *Les Affaires*, 18 juillet 2016. En ligne : <www.lesaffaires.com/blogues/francois-pouliot/jean-coutu-perd-ses-meilleurs-amis/588782>.

48. *Ibid.*

Selon la Cour supérieure, les franchisés du Groupe Jean Coutu versent une redevance correspondant à la juste valeur des droits qui leur sont conférés et des biens et services qui leur sont fournis en contrepartie. Ceux-ci incluent les services de soutien et les bénéfices obtenus pour l'utilisation du nom et des marques de commerce du Groupe Jean Coutu dans l'exploitation de leurs établissements.

Qu'entend-on exactement par « redevance »⁴⁹ en matière de contrat de franchise ? De quoi est-elle composée et comment s'effectue son calcul ?

Dans le cadre d'un contrat de franchise, les redevances ont pour but de rétribuer le franchiseur, d'une part, pour le développement du concept et, d'autre part, afin de compenser le franchiseur pour les services rendus aux franchisés pendant la durée de la relation contractuelle.

La *redevance initiale forfaitaire* correspond au droit d'entrée dans le réseau. Elle rémunère le franchiseur pour tous les efforts consentis et reliés au développement du concept (définition, rédaction du manuel, expérimentation), ainsi que pour tous les frais engendrés par l'intégration d'un nouveau franchisé (recrutement, formation, accompagnement). Il s'agit de la contribution versée par chaque franchisé pour son entrée dans le réseau, laquelle formalise, en d'autres termes, son adhésion. En contrepartie, le franchisé obtient le droit d'utiliser le savoir-faire⁵⁰, une composante fondamentale du contrat. En théorie, chaque franchisé paie la même somme à titre de contribution forfaitaire au moment de la signature du contrat. Toutefois, en pratique, le droit d'entrée est souvent négocié et notamment lors d'un renouvellement ou d'une cession de contrat. Ce droit d'entrée doit être indiqué dans le document précontractuel afin que le futur franchisé ait une idée précise de la nature et du montant des dépenses et des investissements.

La *redevance périodique*, comme celle qui était débattue entre les membres du Groupe Jean Coutu, a une tout autre vocation que la redevance initiale forfaitaire. Elle rémunère les services fournis

49. Georges SAYEGH, *Les revenus potentiels du franchiseur et les dépenses des franchisés*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

50. C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 561 et s.

aux franchisés pendant la durée du contrat, soit l'assistance technique⁵¹, la seconde composante fondamentale du contrat de franchise. Chaque franchisé doit ainsi assumer une quote-part de ces services, dont le montant peut être forfaitaire, proportionnel au chiffre d'affaires ou encore un amalgame des deux⁵².

Dans les grands réseaux de franchise, une *redevance publicitaire* peut s'ajouter à la redevance périodique pour financer des campagnes de publicité de grands médias. Dans les petits réseaux, la redevance publicitaire est intégrée dans la redevance périodique.

3. La discrimination des sociétés de personnes devant les tribunaux administratifs

Chaque fois qu'une société de personnes désire faire valoir un droit devant un tribunal administratif, une épée de Damoclès menace de s'abattre sur elle en raison de sa nature de société. Pourquoi ces entités ne peuvent-elles pas profiter de la procédure assouplie prévue pour les tribunaux administratifs et être représentées par leurs dirigeants, au même titre qu'une personne morale, plutôt que devoir obligatoirement recourir à la représentation par avocat ? Pourquoi sont-elles discriminées sur la base exclusive de leur statut de société ? La question est importante et mérite d'être posée.

3.1 Le pouvoir de représentation exercé par un commandité

L'affaire *Société en commandite Taschereau* concerne une requête en permission d'appeler de deux sociétés en commandite représentées par leur commandité auprès de la division administrative et d'appel de la Cour du Québec⁵³.

Marc Lupien était le président et unique administrateur de la société 9018-9291 Québec inc., elle-même commanditée des sociétés en commandite Taschereau et Cunard. En 2011 et 2013, des demandes en évaluation foncière ont été introduites par M. Lupien devant le Tribunal administratif du Québec (TAQ) pour le compte des deux sociétés. Ainsi, dans le cadre de ses prérogatives d'officier et de dirigeant de la société commanditée, M. Lupien signa les

51. *Ibid.*, p. 572.

52. G. SAYEGH, préc., note 49, p. 54 et s.

53. *Société en commandite Taschereau c. Ville de Laval*, 2015 QCCQ 11837.

demandes au nom des sociétés en commandite. Le 29 novembre 2014, M. Lupien devient officiellement le commandité des sociétés en commandite Taschereau et Cunard. Le TAQ déclare cependant irrecevables les recours des deux sociétés en contestation d'une évaluation foncière, sous prétexte que M. Lupien n'était pas habilité à signer les demandes en révision. M. Lupien se pourvoit donc devant la division administrative et d'appel de la Cour du Québec au nom des sociétés en commandite Taschereau et Cunard.

Les requérantes Taschereau et Cunard, par la voix de leur représentant Lupien, soutiennent que ce dernier était à l'époque le président de la commanditée 9018-9291 Québec inc. et qu'il pouvait agir pour elle en cette qualité, notamment par les signatures des demandes de révision. M. Lupien étant devenu par la suite commandité des requérantes à titre personnel, les sociétés sont d'avis que le TAQ aurait dû lui conférer le droit d'être entendu sur les points d'irrecevabilité en cause.

Quant à l'intimée, la Ville de Laval, elle est d'opinion que la position du TAQ est justifiée au regard de l'irrecevabilité des demandes des requérantes. Un conseiller juridique aurait dû assurer leur représentation, car M. Lupien n'avait pas la qualité pour agir.

Trois questions sont soulevées par la présente affaire. D'abord, le TAQ a-t-il erré en refusant à Marc Lupien tout droit de parole devant lui, en statuant que ce dernier n'était pas avocat et n'était donc pas admis à plaider au nom des sociétés en commandite Taschereau et Cunard ? Ensuite, une demande de révision déposée en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale*⁵⁴ peut-elle être valablement signée par le dirigeant de la société commanditée ? Enfin, y a-t-il une distinction à faire entre la représentation d'une personne morale devant les tribunaux de droit commun (art. 128 de la *Loi sur le Barreau*⁵⁵) et la représentation en matière de recours en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale* (art. 129c) ?

Le juge rappelle que le droit d'être entendu est prévu à l'article 12 de la *Loi sur la justice administrative*⁵⁶. Le TAQ doit donc « donner aux parties l'occasion de prouver les faits au soutien de leurs prétentions et d'en débattre ». Le droit d'être entendu a clairement été

54. RLRQ, c. F-2.1.

55. RLRQ, c. B-1.

56. RLRQ, c. J-3.

bafoué par le TAQ dans cette affaire, lequel n'a pas laissé à M. Lupien, commandité des parties requérantes, le soin de plaider pour elles. Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* sont très clairs à ce sujet. Les articles 59 et 61e) C.p.c. posent les principes et exceptions relatifs à la représentation pour autrui. L'article 61e) dispose que :

Nul n'est tenu de se faire représenter par procureur devant les tribunaux, hormis :

- e) les sociétés en nom collectif ou en commandite et les associations du Code civil, à moins que tous les associés ou membres n'agissent eux-mêmes ou ne mandatent l'un d'eux.

Quant aux articles 2236, 2238, 2244, 2245 et 2249 C.c.Q., ils posent le cadre juridique du régime de la société en commandite :

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.

2238. Les commandités ont les pouvoirs, droits et obligations des associés de la société en nom collectif, mais ils sont tenus de rendre compte de leur administration aux commanditaires.

Ils sont tenus, envers ces derniers, aux mêmes obligations que celles auxquelles l'administrateur chargé de la pleine administration du bien d'autrui est tenu envers le bénéficiaire de l'administration.

Les clauses limitant les pouvoirs des commandités sont inopposables aux tiers de bonne foi.

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.

2245. Les commanditaires peuvent faire les actes de simple administration que requiert la gestion de la société, lorsque les commandités ne peuvent plus agir.

Si les commandités ne sont pas remplacés dans les 120 jours, la société est dissoute.

2249. Les règles relatives à la société en nom collectif sont, pour le reste, applicables à la société en commandite, compte tenu des adaptations nécessaires.

La société en commandite possède certaines particularités qui la distinguent de la société en nom collectif, notamment au regard de la répartition des pouvoirs des commandités et des commanditaires. Seul le commandité administre et agit pour la société à titre de mandataire ou agent. Dans l'arrêt 2973-4456 *Québec inc. c. Tremblay*⁵⁷, la Cour d'appel abonde en ce sens. Ce qui amène le tribunal à conclure que M. Lupien avait le droit d'être entendu par le TAQ.

Concernant la validité de la signature d'une demande de révision par le dirigeant de la société commanditée, puisqu'il s'agit d'une requête en permission d'appeler, le juge ne peut statuer sur le fond de l'affaire. Il relève cependant la pertinence de la question soulevée qui est d'intérêt général.

Enfin, en ce qui a trait à la distinction entre la représentation d'une personne morale devant les tribunaux de droit commun (art. 128 *Loi sur le Barreau*⁵⁸) et la représentation en matière de recours en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale*⁵⁹ (art. 129c) *Loi sur le Barreau*, la décision 9128-2405 *Québec inc. c. Ville de Longueuil*⁶⁰ invoquée par M. Lupien, est très controversée. La société en commandite n'est pas une personne morale et l'article 129c) *Loi sur le Barreau* pose donc des difficultés d'application, ce qui justifie, selon le tribunal, d'accueillir la requête pour permission d'appeler de la décision du TAQ.

3.2 Le pouvoir de représentation exercé par un dirigeant

Dans l'affaire *Gestion résidentielle Metcap inc.*⁶¹, des locataires, dont Sagal Rashod Omar, sont en retard de plus de trois semaines dans le paiement de leur loyer à l'égard de la société gestionnaire des

57. 2973-4456 *Québec inc. c. Tremblay*, 2002 Can LII 62220 (QC C.A.).

58. Préc., note 55.

59. Préc., note 54.

60. 9128-2405 *Québec inc. c. Ville de Longueuil*, décision du 23 mars 2015, QCTAQ04261 (requête pour permission d'appeler en attente).

61. *Gestion résidentielle Metcap inc. c. Omar*, 2015 QCRDL 31983.

logements. Entre le 6 novembre 2014 et le 10 décembre 2014, des recours en réclamation pour le non-paiement de loyers et la résiliation des baux sont donc entrepris par Gestion résidentielle Metcap inc. auprès de la Régie du logement. Ces recours ont la particularité de faire l'objet d'une demande en intervention de la part de la société en commandite *True North Limited Partnership*. Par une résolution en date du 1^{er} janvier 2015, Nathalie Frenière est nommée assistante au crédit et aux affaires légales de *True North Limited Partnership*. Elle demande donc à intervenir au dossier en sa qualité de représentante de la société en commandite nouvellement locatrice.

La question est de savoir si la société en commandite *True North Limited Partnership*, propriétaire et locatrice des logements concernés, doit procéder par une intervention ou une reprise d'instance pour continuer les causes introduites par Gestion résidentielle Metcap inc. et si Nathalie Frenière est habilitée à représenter *True North Limited Partnership* devant le tribunal. Nous nous limiterons à cette dernière question.

Le juge s'appuie sur les articles 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau*⁶² qui traitent de la question de la représentation devant les juridictions québécoises, mais également sur l'article 72 de la *Loi sur la Régie du logement*⁶³ et sur les dispositions supplétives du *Code de procédure civile* traitant du sort réservé, entre autres, aux sociétés de personnes. Sachant qu'en l'espèce, Nathalie Frenière est devenue l'assistante au crédit et aux affaires légales de True North Limited, le juge cherche à déterminer qui peut être nommé dirigeant ?

Il faut se référer à l'article 121(a) *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) qui fournit une définition très large et libérale de ce qu'on entend par un dirigeant. C'est la toute fin de cette disposition qui retient l'attention du juge : « [...] tout autre particulier nommé à titre de dirigeant en application de l'article 121. » Il suffirait donc, selon la Cour, d'occuper l'un des postes susmentionnés pour être qualifié *de facto* de dirigeant, par exemple président, vice-président, secrétaire, trésorier, etc. Nul besoin, par conséquent, d'une résolution du conseil d'administration. Toutefois, le mandataire devra faire la preuve de sa qualité. En outre, le respect des formalités corporatives est requis, s'agissant de la nomination d'un dirigeant pleinement capable de la société. La doctrine, notamment Paul Mar-

62. Préc., note 55.

63. RLRQ, c. R-8.1.

tel, rappelle que les administrateurs sont libres et ont les coudées franches pour créer selon les besoins du moment des postes de dirigeants⁶⁴. Bien que le dirigeant puisse occuper des fonctions dites accessoires ou de second rang, sa nomination restera néanmoins valide. Toutefois, il faut bien garder à l'esprit que la nomination d'un dirigeant est lourde de conséquences puisqu'il engage la responsabilité de la société par les actes qu'il pose.

L'article 72 *Loi sur la régie du logement* permet aussi au mandataire d'une société d'être également dirigeant d'une autre société. Le rôle du juge est alors de vérifier que le dirigeant a bien été nommé par la société à ce titre. Il s'agit ainsi d'une exception au principe des articles 128 et 129 *Loi sur le Barreau*.

Le juge conclut donc son analyse en reconnaissant à Nathalie Frenière le droit de représenter la société en commandite True North Limited à titre de dirigeante dûment nommée, bien qu'elle dirige aussi la Société de gestion Cogir.

Comme nous l'expliquions dans notre Chronique de 2015, alors que nous commentions la requête pour jugement déclaratoire mettant en scène *Société L.R.M. c. Régie du logement*⁶⁵ : « Si certaines interrogations demeurent aujourd'hui en matière de sociétés de personnes, elles visent non pas la reconnaissance ou non d'attributs juridiques – elles possèdent presque tous les attributs juridiques d'une personne morale –, mais plutôt l'harmonisation de leur régime avec le droit statutaire, lequel n'a pas été adapté pour prendre acte de ce changement de paradigme dans l'analyse des sociétés de personnes ; voilà ce qui conduit à des incohérences et à des injustices pour les parties concernées. »⁶⁶.

Alors qu'il n'y a plus de doute, depuis l'affaire *Ferme CGR*⁶⁷, qu'agir pour une société de personnes ne passe plus par le moule de la personnalité morale, il est anormal que ces sociétés se retrouvent encore dans un vide juridique aux yeux du droit statutaire. Il s'avère urgent de trouver une façon de combler ce fossé dans l'ensemble de

64. P. MARTEL, *La société par actions au Québec : les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, par. 25.

65. *Société L.R.M. c. Régie du logement*, 2014 QCCS 3916.

66. C. BOUCHARD, « Revue de la jurisprudence 2015 en droit des entreprises », (2016) 118 R. du N. 85, 100. Nos italiques.

67. *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*, 2010 QCCA 719.

la législation afin d'éviter que les sociétés ne soient sans cesse discriminées. Dans le cadre d'une requête pour jugement déclaratoire portant sur ce problème, la juge Johanne April, de la Cour supérieure, écrivait d'ailleurs ceci en 2014 :

Le Tribunal constate que le chapitre 4 de la *Loi sur la Régie du Logement*, RLRQ, c. R-8.1, édicte ses propres règles de procédures.

À titre d'exemple, à l'article 72 :

« **72.** Une personne physique peut être représentée par son conjoint ou par un avocat.

Si une telle personne ne peut se présenter elle-même pour cause de maladie, d'éloignement ou toute autre cause jugée suffisante par un régisseur, elle peut aussi être représentée par un parent ou un allié ou, à défaut de parent ou d'allié sur le territoire de la municipalité local, par un ami.

Une personne morale peut être représentée par un administrateur, un dirigeant, un employé à son seul service, ou par un avocat. »

Le Tribunal adhère à la vision de la professeure Bouchard lorsqu'elle soutient que les sociétés de personnes ne sont pas des « *personnes morales* ». C'est dire qu'elles pourraient être représentées par un parent ou un allié par exemple, au sens de l'article 72 LRL.

Par conséquent, on s'interroge sur les motifs qui feraient en sorte que les gestionnaires (Logisco), chargés de l'administration des immeubles détenus par les demandresses, ne sauraient agir à titre de mandataires ou d'alliés devant la Régie du logement.

Il appert que la Régie du logement, un tribunal administratif indépendant, a prévu l'établissement des règles concernant sa procédure, afin de faciliter à la fois la préparation et la représentation des parties en vue de l'audition.

La portée de cette loi milite pour l'adoption d'une forme de « souplesse administrative » facilitant la recherche d'une solution davantage qu'une confrontation entre les parties en présence. À preuve, le contenu des articles 63, 63.1 et 72 de la *Loi sur la Régie du logement*.

L'article 63.1 fait mention d'une obligation pour les parties de « s'assurer que toutes demandes ou requêtes choisies sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnées à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige ; le régisseur doit faire de même à l'égard d'une demande qu'il autorise ou de toute ordonnance qu'il rend ». (soulignement ajouté)

Or, les régisseurs qui, de façon aléatoire, choisissent d'appliquer soit les règles de la *Loi sur la Régie du logement* soit les règles du *Code de procédure civile du Québec* (art. 61(e)), concernant la représentation des parties, passent outre à l'exigence du respect de la proportionnalité pourtant souhaitée par la loi constitutive de la Régie :

- en obligeant les parties à se présenter de nouveau devant le Régisseur lorsqu'ils obligent les sociétés par actions à être représentées par avocat ;
- à engager des frais qui, tôt ou tard, devront être supportés par les locataires.⁶⁸

Cela avait amené la juge April à conclure que « la *Loi sur la Régie du logement* "se suffit" à elle-même et dans les circonstances, la référence à l'article 61(e) du *Code de procédure civile* pour des fins de représentation des sociétés de personnes n'est pas justifiée »⁶⁹.

La même logique est applicable à l'ensemble des tribunaux administratifs. Déjà, en 1987, le *Groupe de travail sur les tribunaux administratifs*⁷⁰ écrivait : « La raison d'être d'un tribunal comme la Régie du logement réside dans la volonté du législateur de procurer au citoyen un processus décisionnel accessible, rapide, et moins coûteux que celui des cours, qui offre l'avantage de la dépolitisation, de la rigueur quasi judiciaire, de l'expertise et de l'interdisciplinarité. » Les règles de preuve du Titre III de la *Loi sur la Régie du logement*⁷¹ s'inscrivent ainsi en pleine filiation avec la philosophie du législateur et ce serait *dénaturer* la pensée du législateur que d'imposer aux seules sociétés de personnes d'être représentées par avocat à moins que tous les associés n'agissent eux-mêmes ou ne mandatent l'un d'eux.

Selon M^e Joël Simard, expert de la compétence, de la preuve, des procédures et des sanctions devant la Régie du logement : « Les règles de procédure doivent tenir compte d'une autre particularité de la Régie du logement : les parties n'y sont généralement pas représentées par avocat »⁷². Ainsi, la portion des dossiers à l'inté-

68. *Société L.R.M. c. Régie du logement*, préc., note 65, par. 33-40.

69. *Ibid.*, par. 41.

70. GROUPE DE TRAVAIL SUR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, *Les tribunaux administratifs (Rapport Ouellette)*, Québec, Publications du Québec, 1987, p. 3. Nos italiques.

71. Préc., note 63.

72. J. SIMARD, « Régie du logement : compétence, preuve, procédure et sanctions (infractions pénales) » *Jurisclasseur*, Contrat nommé I, IV Le louage, fascicule 32, p. 32/9, par. 13.

rieur desquels une partie se représente seule s'élève à plus de 85 %. Cela n'empêche toutefois pas l'application des règles de justice naturelle comme le droit à l'avocat, puisque le formalisme et la procédure assouplis n'empêchent aucunement le tribunal de respecter les principes de justice naturelle. En effet, le défaut de les respecter donne ouverture à l'appel⁷³.

Le droit à l'avocat n'est toutefois pas un droit absolu⁷⁴ puisque l'article 73 empêche l'avocat d'agir lorsque la demande a pour seul objet le recouvrement d'une créance qui n'excède pas la compétence de la Cour du Québec en matière de petites créances (15 000 \$)⁷⁵. À cet effet, il est important de rappeler que devant la Cour du Québec, division des petites créances, il est interdit aux parties, sauf autorisation du tribunal, d'être représentées par avocat⁷⁶. Et même dans un tel cas, une partie ne peut abuser de ce droit afin d'allonger indûment les délais.

Si la personne physique peut être représentée par un parent ou un ami et la personne morale par un administrateur, un dirigeant et même un employé, *pour quelle raison sérieuse une société de personnes ne pourrait-elle pas être représentée par son gestionnaire professionnel mandaté par les associés, la personne la mieux placée pour exploiter l'entreprise de la société ?* En outre, il est certain que l'intention du législateur n'était pas de créer une discrimination entre les parties au chapitre de la représentation. Il n'y a aucune raison objective qui permet de soutenir une telle interprétation.

4. Les sociétés de personnes et la Loi concernant les droits sur les mutations immobilières : taxées, mais jamais exonérées

Pourquoi les sociétés immobilières exploitées sous la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite, à la différence de celles exploitées par une personne physique et par une personne morale, ne peuvent-elles bénéficier d'aucune exonération lorsqu'un transfert intervient entre les membres d'un même groupe ? La question est importante et mérite d'être posée eu égard aux objectifs de la *Loi concernant les droits sur les mutations*

73. *Landreville c. Gestion Calixa-Lavallée s.e.n.c.*, 2007 QCCQ 2497, p. 32/9.

74. *Ibid.*, p. 32/10, par. 3.

75. C.p.c., art. 536.

76. *Ibid.*

*immobilières*⁷⁷ (LDMI). L'accès à la justice des sociétés de personnes en dépend !

Dix ans après la décision *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville inc.*⁷⁸, qui devait mettre un terme à toute question entourant l'application des exonérations à la LDMI aux sociétés de personnes, la Cour d'appel du Québec se prononce une nouvelle fois sur une iniquité du droit des sociétés de personnes : les exonérations à la LDMI dont ne peut se prévaloir aucune société de personnes. Sans remettre en question sa jurisprudence sur l'autonomie patrimoniale des sociétés (*Ferme CGR*⁷⁹) et sa décision d'interpréter restrictivement les exonérations prévues aux paragraphes 19a) et c) LDMI, le plus haut tribunal de la province s'exprime toutefois sur l'interprétation à donner à l'article 14 de la loi relativement aux pouvoirs du fonctionnaire municipal chargé de la perception des taxes⁸⁰. L'analyse de la Cour est intéressante à cet égard et pourrait ouvrir la porte à des décisions « surprenantes » de fonctionnaires municipaux comme nous avons pu le voir par le passé en matière de société de personnes. Nous reviendrons sur cette conclusion après avoir présenté l'argumentaire des parties en Cour du Québec et devant la Cour d'appel.

Le 27 mars 2007, Gerry Bonneau et Josée Debien constituent une société en nom collectif (SENC) dont le champ d'activité est l'exploitation de bâtiments non résidentiels. La société est exploitée sous le nom d'« Immobilier Gerry et Josée » jusqu'au 11 septembre 2007, date à partir de laquelle ils poursuivent leurs activités sous le nom d'« Immobilier Debien Bonneau ». Le 13 juillet 2007, ils hypothèquent deux immeubles situés à Terrebonne en déclarant agir collectivement comme étant les seuls associés faisant affaires sous les nom et raison sociale d'« Immobilier Debien Bonneau ». Le 25 septembre 2007, ils achètent, en déclarant encore agir sous le nom de la société, les deux immeubles situés à Terrebonne.

Gerry Bonneau et Josée Debien sont aussi les deux actionnaires d'une société par actions : 9197-6837 Québec inc. Le 1^{er} janvier 2009, Josée Debien cède 41 des 50 actions qu'elle possède dans le capital-actions de la société 9197 à son associé Gerry Bonneau. Ce

77. *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, RLRQ, c. D-15.1.

78. *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville inc.*, 2007 QCCA 426.

79. *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*, préc., note 67.

80. *9197-6837 Québec inc. c. Terrebonne (Ville de)*, préc., note 8.

dernier possède à ce moment 91 % des actions ordinaires de catégorie « A » de 9197. Le même jour, Gerry Bonneau cède, par un acte sous seing privé, la demie indivise des deux immeubles de Terrebonne à 9197. Le 2 janvier 2009, il rétrocède 82 actions à son associée, ce qui fait d'elle la propriétaire de 91 % des actions ordinaires de catégorie « A » de 9197. Le jour même, Josée Debien cède, par une convention sous seing privé, la demie indivise des immeubles à la société 9197. Le lendemain, soit le 3 janvier 2009, Josée Debien rétrocède 41 des 91 actions qu'elle détient dans 9197, ce qui fait de chacun des deux associés les détenteurs de 50 % des actions de 9197.

Le 20 avril 2009, les actes de vente des deux immeubles sont publiés au registre foncier. Les deux actes viennent attester des transferts découlant des actes sous seing privé conclus les 1^{er} et 2 janvier 2009. Les transactions successives effectuées par les deux associés sont destinées à rendre 9197 admissible à l'exonération prévue à l'article 19, al. 1a) *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* (LDMI). Toutefois, dans chaque acte, et ce, contrairement à ce qu'ils ont fait lors de leur acquisition, Gerry Bonneau et Josée Debien cèdent une demie indivise des immeubles à 9197 séparément, et ce, sans déclarer qu'ils agissent collectivement comme étant les seuls associés faisant affaires sous les nom et raison sociale de « Immobilier Debien Bonneau ».

Le 24 août 2009, la Ville de Terrebonne procède à l'étude du transfert des immeubles en vertu de l'article 14 LDMI et considère que 9197 ne peut pas se prévaloir de ladite exemption. En effet, la cession des immeubles à 9197 est impossible, car ils n'étaient pas dans le patrimoine de Josée Debien et Gerry Bonneau, mais dans celui de leur société en nom collectif. De plus, le 20 avril 2009, à la date de publication des actes de vente, aucun des deux associés ne détenait au moins 90 % des actions de 9197. D'où la revendication le 24 août 2009 par la Ville de Terrebonne du paiement de 37 890 \$ à titre de taxes sur les droits de mutation et droits supplétifs excluant les intérêts et les frais.

Le 21 octobre 2010, un paiement sous protêt de 46 231,66 \$ est effectué à la Ville de Terrebonne par 9197. Un montant additionnel de 8 251,66 \$ à titre d'intérêts et de frais est ajouté à la première réclamation de 37 890 \$. C'est dans ce contexte que 9197 revendique à son tour le paiement de 46 231,66 \$.

En Cour du Québec, la question est de savoir si les immeubles ont été transférés à 9197 par des personnes physiques et, dans l'affirmative, si le transfert des immeubles à 9197 a été fait au bénéfice d'une personne morale dont au moins 90 % des actions du capital-actions émis et ayant plein droit de vote étaient la propriété de la personne physique ayant transféré l'immeuble.

La Ville de Terrebonne soutient que 9197 ne peut bénéficier de l'exonération prévue à l'article 19, al. 1a) LDMI parce que les immeubles n'ont pas été cédés par des personnes physiques. Elle plaide également que le transfert des immeubles n'est pas fait au bénéfice d'une personne morale dont au moins 90 % des actions du capital-actions, émises et ayant plein droit de vote, sont la propriété de la personne physique qui transfère les immeubles, immédiatement après le transfert.

Le tribunal rappelle en s'appuyant sur une jurisprudence constante que, par personne physique, la LDMI renvoie aux individus, aux êtres humains, ce qui écarte les personnes morales, les groupements, les structures juridiques, à l'instar des sociétés par actions, sociétés des personnes ou autres entités empruntant une forme s'y apparentant. À ce sujet, la Cour d'appel dans *Polyclinique médicale Fabreville*⁸¹ a interprété la portée de l'exonération.

Le juge revient ainsi sur la notion de patrimoine objectif prévue par le *Code civil du Québec*. Bien que la personnalité morale soit l'apanage de la société par actions, la société en nom collectif dispose d'un patrimoine autonome et distinct. Par l'article 2199 C.c.Q., l'associé effectue un apport de bien et en contrepartie reçoit des parts sociales, soit un bien mobilier, pouvant être hypothéqué ou cédé⁸². Par conséquent, comme affirmé dans l'arrêt *Ferme CGR enr., s.e.n.c (Syndic de)*⁸³, une société de personnes, telle la société en nom collectif, est dotée d'un patrimoine autonome et distinct pouvant être composé de biens affectés à son usage et faire l'objet d'une liquidation qui lui est propre. Au terme de son analyse et faute d'une preuve contraire, le juge de la Cour du Québec considère que c'est bien la société en nom collectif Debien-Bonneau qui a fait l'acquisition des deux immeubles de Terrebonne. Ainsi, le transfert des

81. *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville inc.*, préc., note 78.

82. C.c.Q., art. 2202, 2210, 2211 et 907.

83. *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*, préc., note 67.

immeubles à 9197 par les deux associés ne pouvait être possible au regard de leur statut de personne physique.

Le tribunal conclut donc qu'il est superflu de répondre à la question de la validité du transfert des immeubles à 9197 compte tenu de sa position au regard de la première question de droit.

En Cour d'appel, l'appelante 9197 change de stratégie. Elle plaide que depuis 2007 les actes relatifs aux immeubles, et notamment les actes de vente du 25 septembre 2007, ont « été signés personnellement par Gerry Bonneau et Josée Debien ». Les deux associés prétendent qu'ils ont mis les immeubles à la disposition de la société pour qu'elle les exploite, sans transférer pour autant leur droit de propriété dans ceux-ci. En outre, l'appelante souligne qu'au moment des transactions, soit la vente par Bonneau et Debien de leur moitié indivise dans les immeubles, ils étaient respectivement propriétaires d'au moins 90 % des actions émises et ayant plein droit de vote de l'appelante, conformément à la loi.

Malgré le nouvel argumentaire, la Cour d'appel conclut que le juge de la Cour du Québec n'a pas erré en droit :

D'abord, l'article 14 LDMI confère au fonctionnaire municipal chargé de la perception des taxes la latitude nécessaire pour refuser ou accepter une demande d'exonération. Il a le pouvoir de requalifier la transaction à la base de la demande d'exonération et de remettre en question, le cas échéant, les mentions contenues dans la réquisition d'inscription de l'acte de transfert. Cette disposition doit recevoir une interprétation libérale permettant au fonctionnaire chargé de la perception des taxes de la municipalité de faire adéquatement son travail. La municipalité a le devoir de déterminer notamment s'il y a exonération ou non du paiement du droit de mutation.⁸⁴

Selon l'article 14 LDMI, la Ville de Terrebonne dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a exonération ou non du droit de mutation. La Cour d'appel maintient donc la qualification de la société en nom collectif qui n'est en aucun cas une personne physique en vertu de la LDMI et conclut que l'article 19, al. 1a) ne s'applique pas aux sociétés de personnes.

Dans cette affaire, il revenait à l'appelante de faire la preuve qu'elle satisfaisait les critères de la LDMI relativement à l'exoné-

84. 9197-6837 Québec inc. c. Terrebonne (Ville de), préc., note 8, par. 13.

ration des droits de mutation. L'appelante a échoué en argumentant que les cédants, c'est-à-dire Bonneau et Debien, possédaient au moins 90 % des actions du capital-actions de l'appelante immédiatement après le transfert. La date du transfert était la pierre angulaire des prétentions des parties. Plusieurs formalités n'ont pas été accomplies par l'appelante concernant la signature des actes sous seing privé pour les ventes des immeubles de Terrebonne. Ces actes de vente n'ont jamais été produits et prouvés. L'appel est donc rejeté.

En réalité, le paiement des droits de mutation n'avait pas sa raison d'être dans cette affaire, car il n'y a pas eu de mutations d'immeubles. Les immeubles appartenaient à la société en nom collectif et ne pouvaient, par conséquent, être cédés par les associés. On ne peut céder ce qui ne nous appartient pas. Les parties ont été mal conseillées (ou n'ont pas consulté de juriste) avant de prendre des décisions importantes concernant la détention de leurs immeubles. N'empêche, ce litige illustre bien le problème auquel est confrontée la société de personnes face à la LDMI : la société est taxée lorsqu'elle fait l'acquisition d'un immeuble, mais elle ne peut se prévaloir d'aucune exonération *même si l'immeuble est transféré entre les mêmes contribuables, et ce, contrairement aux objectifs de la loi.*

L'objectif visé par la LDMI est la perception d'un impôt sur le transfert des immeubles. En ce qui concerne plus particulièrement les exceptions que l'on retrouve à l'article 19, le principe qui les sous-tend est qu'il ne doit pas y avoir double taxation pour le même immeuble entre les mêmes contribuables lors d'un transfert. Il s'agit donc d'une loi fiscale dont les exceptions constituent de pures mesures d'équité. La question en litige concerne, de façon générale, l'exonération du paiement de droits de mutation que l'on trouve à l'article 19 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁸⁵ :

19. Il y a exonération du paiement du droit de mutation dans les cas suivants :

- a) le transfert est fait par un *cédant, qui est une personne physique*, à un cessionnaire qui est une personne morale dont au moins 90 pour cent des actions de son capital-actions, émises et ayant plein droit de vote, sont la propriété de ce cédant immédiatement après le transfert.

85. *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, préc., note 77.

- b) le transfert est fait par *un cédant qui est une personne morale*, en faveur d'une personne physique, si cette dernière est propriétaire, immédiatement avant le transfert, d'au moins 90 pour cent des actions émises, ayant plein droit de vote, du capital-actions du cédant ;
- c) *Le cessionnaire est une nouvelle personne morale* suite à la fusion de plusieurs personnes morales ;
- d) Le transfert est effectué *entre deux personnes morales* étroitement liées ;
- e) (paragraphe abrogé)
- f) (paragraphe abrogé)
- g) le transfert est fait par un cédant qui est une personne morale à but non lucratif à un cessionnaire qui est une personne morale à but non lucratif lorsque 90 pour cent des membres de l'une de ces personnes morales sont, au moment du transfert, membres de l'autre.

Pour l'application du paragraphe d) du premier alinéa, une personne morale est étroitement liée à une personne morale donnée si, au moment du transfert, au moins 90 % des actions émises, ayant plein droit de vote, sont la propriété de la personne morale donnée, d'une filiale déterminée de la personne morale donnée, d'une personne morale dont la personne morale donnée est une filiale déterminée, d'une filiale déterminée ou d'une personne dont la personne morale donnée est une filiale déterminée ou d'une pluralité de telles personnes morales ou filiales. Est une filiale déterminée d'une personne morale donnée une autre personne morale dont au moins 90 % des actions émises ayant plein droit de vote sont la propriété de la personne morale donnée⁸⁶.

En 2007, dans une chronique préparée pour le journal *Entracte*⁸⁷, nous commentons une décision de la Cour du Québec, *9137-1096 Québec inc. c. Montréal (Ville de)*⁸⁸, où le juge Michel Desmarais proposait, à notre avis, une application « rafraîchissante » de la LDMI aux sociétés, laquelle réconciliait la nature juri-

86. Nos italiques.

87. C. BOUCHARD, « La société en nom collectif et l'exonération des droits de mutation : est-il possible qu'un tribunal règle enfin la question ? », *Entracte*, 14 avril 2007.

88. *9137-1096 Québec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2006 QCCQ 5136.

dique de la société de personnes avec l'esprit de la loi sur les mutations. Prémonition, flair, peu importe, la Cour d'appel fournissait une réponse le 27 mars de l'année suivante sur la possibilité d'appliquer aux sociétés de personnes les exonérations prévues à l'article 19 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*. Rappelons quelle était sa réponse !

En premier lieu, tant dans l'affaire de la Cour du Québec que dans celle portée devant la Cour d'appel, les tribunaux s'entendaient pour nier la qualité de personne morale à la société en nom collectif et à la société en commandite tout en leur reconnaissant des droits et des obligations. À ce chapitre, *l'avancée de la Cour d'appel était remarquable* : « [u]ne société en commandite comme tout autre société, a un patrimoine propre qui, tant qu'il est suffisant, est distinct de celui des personnes dont elle est constituée ; elle jouit alors d'une entité propre, sans pour autant être une **personne morale** au sens de la Loi. »⁸⁹

En deuxième lieu, si la société n'a pas la nature d'une personne morale, peut-on malgré tout lui accorder l'une des exonérations prévues à l'article 19 de la loi dans la mesure où les individus qui forment la société possèdent au moins 90 % du patrimoine, comme requis par la loi ? En d'autres termes, comme l'a si bien exprimé le juge Desmarais dans *9137-1096 Québec inc. c. Montréal (Ville de)*⁹⁰, la question fondamentale, celle qui constitue la frontière entre l'interprétation stricte de la LDMI et l'interprétation large, se pose ainsi : est-ce que l'exonération que l'on retrouve à l'article 19d) de la loi s'applique à toutes les structures juridiques et non simplement à la société par actions, dans la mesure où il s'agit d'un transfert d'un seul patrimoine entre les mêmes personnes pour au moins 90 % de la valeur ?

La Cour d'appel a répondu par la négative à cette question : « [m]algré toute la sympathie que peut engendrer la situation des intimées il ne relève pas des tribunaux de légiférer. Si le législateur considère que les exonérations énumérées à l'article 19 de la Loi devraient être élargies, il lui appartient d'agir. »⁹¹.

89. *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville inc.*, préc., note 78, par. 24.

90. Préc., note 88.

91. *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville inc.*, préc., note 78, par. 29.

Comme l'exprimait si justement le juge Desmarais dans l'affaire *9137-1096 Québec inc. c. Montréal (Ville de)*, « accepter un tel principe est peut-être suivre l'intention du législateur mais occulter ce qu'il a promulgué »⁹². Comment accepter, en s'appuyant sur l'objectif poursuivi par la loi – l'équité –, cette interprétation qui attribue à une société en nom collectif – qui n'est pas une personne morale – un traitement différent de celui des autres entités ?

La loi sur les mutations est une loi fiscale dont l'objectif est d'offrir une source de revenus additionnelle aux municipalités. Par conséquent, la décision de prélever ou non cette taxe appartient aux municipalités qui bénéficient d'une complète autonomie en la matière, comme l'a d'ailleurs rappelé récemment la Cour d'appel⁹³. C'est ce qui explique pourquoi, face à une même situation factuelle, une municipalité puisse décider d'accorder une exonération alors qu'une autre refusera.

Comme le reconnaissent d'ailleurs Me Marie-Pier Cajolet et Me Caroline Marion dans la deuxième édition de leur ouvrage sur *Les droits sur les mutations immobilières* en 2011 :

La pratique nous permettait également de constater que les municipalités n'adoptaient pas toutes la même approche relativement à un transfert impliquant une société du *Code civil du Québec*. En effet, certaines municipalités ne semblaient pas s'opposer à l'exonération du paiement du droit de mutation lorsque le transfert était effectué en faveur d'une société en commandite et qu'il était clairement démontré que le cédant détenait au moins 90 % des parts de la société immédiatement après le transfert.⁹⁴

La relation des sociétés en nom collectif et en commandite avec la LDMI est depuis longtemps controversée, mais surtout inéquitable pour les personnes qui exploitent leur entreprise par le biais d'une société de personnes. Il n'est pas de notre intention de reprendre ici l'inlassable débat qui a entouré les sociétés de personnes depuis l'avènement du *Code civil du Québec*. Heureusement, le temps a fait son œuvre et les sociétés ont presque complété leur

92. *9137-1096 Québec inc. c. Montréal (Ville de)*, préc., note 88, par. 29.

93. *9197-6837 Québec inc. c. Terrebonne (Ville de)*, préc., note 80.

94. Marie-Pier CAJOLET et Caroline MARION, « Les droits sur les mutations immobilières », dans *Répertoire de droit, nouvelle série*, Chambre des notaires du Québec, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, par. 407-408.

chemin de Damas. Leur traversée, dans leur quête d'émancipation juridique, a été houleuse, mais elles émergent aujourd'hui, émancipées, avec une nouvelle identité, qui a requis le renouvellement des conceptions juridiques, mais surtout, la nécessité d'adapter le droit à la réalité. Malheureusement, cette réforme est inachevée et les sociétés s'en trouvent désavantagées.

S'il est clair que la décision rendue par la Cour d'appel en 2010 dans *Ferme CGR*⁹⁵ a réglé 50 % des problèmes des sociétés de personnes (il est reconnu maintenant que les SENC et les SEC ne sont pas des personnes morales, mais bénéficient tout de même d'un patrimoine autonome et des principaux attributs juridiques d'une personne morale), l'autre 50 % n'est pas encore acquis. Pourquoi ? Le statut juridique des sociétés de personnes demeure incomplet, indéfini. Un peu à l'image d'un gruyère parsemé de trous... Malgré l'objectif d'équité à la base des exonérations, il n'est plus possible, comme par le passé, d'appliquer aux sociétés de personnes les exonérations prévues pour les personnes morales, ce que la société n'est plus depuis 1994. Si le souci d'éviter la double taxation doit être considéré, il ne peut l'être en dénaturant les concepts, comme ce fut le cas en matière de sociétés depuis de nombreuses années. De telles interprétations ne peuvent conduire qu'à de l'insécurité juridique.

Même si les sociétés en nom collectif et en commandite ne sont pas des personnes morales, il n'empêche qu'elles sont titulaires d'un patrimoine. L'opération d'apport a, en matière de société, un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'indivision. La mise en commun de biens, qu'implique le contrat de société, transforme le droit individuel de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. Ce droit personnel, la part sociale, donne à l'associé un droit tant dans les bénéfices que dans l'actif de la société. À ce titre et comme le juge Desmarais le mentionnait⁹⁶, les associés sont les « propriétaires » du patrimoine social et pourraient, peut-être, bénéficier de l'exonération prévue au paragraphe a) de l'article 19. Cette situation est évidemment loin d'être idéale. Seul le législateur pourra définitivement clore le débat.

95. Préc., note 67.

96. 9137-1096 *Québec inc. c. Montréal (Ville de)*, préc., note 88.

CONCLUSION

Cette revue de la jurisprudence 2016 aura permis de constater l'importance des formalités corporatives en sociétés par actions comparativement à celles des sociétés de personnes. La négligence à cet égard pourra coûter très cher comme l'illustre l'affaire Mennillo qui a cheminé jusqu'en Cour suprême⁹⁷. Comme le reconnaît, en effet, la majorité de la Cour suprême du Canada, il s'avère impossible d'annuler rétroactivement une émission d'actions au moyen d'un consentement verbal. Le respect des formalités relatives au maintien du capital est d'ordre public, puisque le capital-actions constitue le gage commun des créanciers. Toutefois, contrairement à la conséquence qu'en tirent les juges majoritaires du plus haut tribunal du pays, nous sommes d'accord avec le fait que « pareille omission [invalide] le transfert intervenu entre les deux hommes »⁹⁸. Avec tout le respect que nous avons pour la Cour suprême, nous croyons, au même titre que la juge dissidente, que « les formalités prévues par les lois corporatives ne relèvent pas que de la forme »⁹⁹. Par conséquent, considérer, d'une part, qu'il est impossible d'annuler rétroactivement une émission d'actions au moyen d'un consentement verbal, mais n'en tirer, d'autre part, aucune conséquence sur le plan juridique est « irréconciliable » avec les principes [les plus] élémentaires du droit des sociétés »¹⁰⁰.

On ne peut faire le choix de la société par actions – des avantages conférés par la personnalité morale – et faire fi de son encadrement formaliste mis en place précisément pour assurer la protection des tiers. Au sein d'une société par actions, le respect des formalités corporatives constitue la condition *sine qua non* de la validité des actes posés par la société et des organes qui la composent : administrateurs et actionnaires¹⁰¹. Par conséquent, et contrairement à la décision majoritaire à laquelle arrivent les juges de la Cour suprême du Canada, nous sommes d'avis – là encore comme la juge dissidente – que l'un des actionnaires a utilisé sa position de majoritaire pour dépouiller le minoritaire de son statut d'actionnaire, alors que

97. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1

98. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 15, par. 69, les juges majoritaires écrivent : « Pareille omission ne peut en soi invalider un transfert intervenu entre les deux hommes. »

99. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 1, par. 156.

100. *Ibid.*, par. 93.

101. *Ibid.*, par. 156.

c'est précisément pour mettre un frein à ce genre d'abus que le recours pour oppression a été créé. On ne peut imaginer un comportement plus abusif que celui d'une société qui entérine un transfert d'actions sans aucune vérification et surtout qui confond ses intérêts avec ceux de l'actionnaire majoritaire. Ce n'est pas parce qu'à un certain moment l'actionnaire minoritaire a exprimé son intention de se retirer de la société qu'il faille considérer qu'il y a eu entente quant aux modalités de ce retrait.

Cette revue de jurisprudence a aussi permis de constater qu'avant de conclure, dans le cadre d'un contrat de franchise, au partage illégal des honoraires découlant de la vente de médicaments entre le franchisé et son franchiseur, il faut vérifier, dans chaque situation, la juste valeur marchande de la contrepartie qui est attribuée au pharmacien en lieu et place de la redevance qu'il doit verser. Indépendamment de la prohibition du partage des honoraires émanant de la vente de médicaments à un non-pharmacien, le pharmacien a toujours la possibilité d'être lié par un contrat de franchise et de verser une redevance découlant des revenus d'exploitation de sa pharmacie en échange de biens et services. La redevance exigée du franchisé doit toutefois être en adéquation avec les services rendus au franchisé.

Enfin, cette chronique a encore permis de mesurer l'instabilité dans laquelle baigne le statut des sociétés de personnes en droit québécois. Bien que le législateur ait clairement reconnu en 2010 qu'il ne s'agit ni d'une personne morale ni d'une indivision, les tenants et les aboutissants de leur régime juridique demeurent imprécis. Ainsi, chaque fois qu'une société désire faire valoir un droit devant un tribunal administratif, on s'interroge sur la nature de cette entité et sur la possibilité de lui appliquer la procédure assouplie prévue pour les personnes morales. Un autre exemple peut être fourni avec la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹⁰². Alors que l'objectif de la législation est la perception d'un impôt sur le transfert d'un immeuble et qu'il ne doit pas y avoir double taxation pour le même immeuble entre les mêmes contribuables lors d'un transfert ; les sociétés de personnes ne peuvent se prévaloir du régime d'exception et sont souvent l'objet d'une double taxation.

102. Préc., note 77.

Vingt ans après la réforme du Code civil, il est clair que la situation ne se réglera pas seule et que les tribunaux ne pourront combler le fossé qu'au cas par cas. Seul le législateur pourra définitivement solutionner le problème. Dans l'intervalle, le fardeau est extrêmement lourd à porter et inéquitable pour toutes les entreprises qui sont exploitées sous la forme d'une société en nom collectif et en commandite et ce fardeau a des conséquences à tous les jours dans les études notariales : est-ce qu'on devra recourir aux tribunaux chaque fois qu'une société de personnes voudra faire valoir un droit en vertu d'une loi particulière ?