

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine Bouchard

Volume 120, Number 1, 2018

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2017

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058341ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058341ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, C. (2018). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES
ENTREPRISES. *Revue du notariat*, 120(1), 149–205.
<https://doi.org/10.7202/1058341ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	151
1. Le statut des sociétés de personnes se précise enfin	152
1.1 La fin du monopole de représentation par avocat devant tout tribunal quasi judiciaire.	153
1.2 La reconnaissance de l'individualité juridique des sociétés de personnes au sein de la <i>Loi sur la qualité de l'environnement</i>	160
2. Les actes de gestion du commanditaire : attention au danger d'immixtion !	162
3. La coentreprise et le flou de son statut juridique	168
3.1 L'octroi d'un contrat par un organisme public : le cafouillage entourant la société en participation et le consortium	168
3.2 La coentreprise occulte : l'absence de représentation mutuelle.	173
4. La publicité légale et la transparence des procédures de l'entreprise	175
5. Les avancées surprenantes du contrat de franchise	179
5.1 Le contrat d'affiliation : attention aux mariages malheureux <i>ad vitam aeternam</i>	179

* Notaire ; professeure, Faculté de droit, Université Laval.

5.2	Le paradoxe du contrat de franchise verbal	185
5.3	Le franchisé : contre toute attente un « consommateur » aux fins de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	190
6.	L'escompte pour personne-clé : le prix de la perte d'un collaborateur essentiel	193
7.	Le mandat apparent : l'obligation pour le tiers de bonne foi de consulter le registre des entreprises	197
	CONCLUSION	203

INTRODUCTION

L'année 2017 a été un tournant en droit de l'entreprise. Après des années de surplace dans bien des secteurs, nous avons droit à une véritable avancée en droit des sociétés de personnes. La Cour du Québec tranche enfin la question de la représentation des sociétés de personnes devant les cours administratives et les tribunaux sont de plus en plus ouverts à reconnaître leur individualité juridique (1.).

Un cafouillage est, par ailleurs, constaté dans l'application de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹. Le législateur n'a pas assujéti le consortium et la société en participation aux mêmes règles lorsqu'il s'agit de conclure un contrat avec un organisme public, mais en pratique, l'Autorité des marchés financiers (AMF) effectue une application différente de la loi, d'où la difficulté pour les tribunaux de s'y retrouver (3.).

Dans le monde des contrats de distribution, les tribunaux osent s'aventurer sur des terres inexplorées. Une décision de la Cour suprême du Canada consacre la validité des obligations perpétuelles dans le cadre des partenariats commerciaux. Deux décisions de première instance traitent de l'annulation du contrat de franchise pour vice de consentement : l'une par la voie traditionnelle, où l'on recherche les éléments constitutifs du contrat en présence d'un accord verbal de franchise, l'autre par application de la *Loi sur la protection du consommateur*². Toute l'originalité de ce dernier recours tient à ce qu'on y assimile le franchisé au « consommateur ».

À défaut d'être « révolutionnaires », les autres affaires qui ont retenu notre attention illustrent des points de friction, des failles, ou mettent en lumière des zones délicates où la pratique des entreprises doit être évaluée avec doigté.

Au premier chef, la frontière tellement difficile à tracer entre les avis de nature consultative autorisés pour le commanditaire et les

1. RLRQ, c. C-65.1 [ci-après « LCOP »].

2. RLRQ, c. P-40.1 [ci-après « LPC »].

actes de gestion externes (2.). Il s'agit d'un terrain toujours aussi glissant pour les commanditaires sur lequel il s'avère dangereux de s'engager et les conventions doivent être rédigées avec beaucoup de prudence. Ensuite, une décision rappelle l'affaire *Mennillo* de la Cour suprême du Canada³ et l'importance de la transparence des procédures des entreprises pour assurer la fiabilité du registre des entreprises (4.). L'une des dernières affaires que nous analyserons s'intéresse à la différence d'approche entre les méthodes d'évaluation d'une entreprise en présence d'une personne-clé (6.). Le calcul de la valeur des actions d'une telle entreprise doit-il inclure une dépréciation liée au risque que représente le départ possible de cette personne ? Enfin, la Cour du Québec rappelle l'importance de consulter le registre des entreprises non seulement pour l'assujetti, mais aussi pour le tiers de bonne foi qui contracte avec une entreprise (7.).

1. Le statut des sociétés de personnes se précise enfin !

La décision *Ville de Longueuil c. 9198-2405 Québec inc.*⁴ était attendue depuis longtemps au sein de la communauté juridique. Elle met fin à une saga de plusieurs années dont l'enjeu ne saurait être plus important : l'accès à la justice. Il s'agissait de discrimination certaine pour les entreprises exploitées sous la forme d'une société de personnes à la différence de celles constituées en personne morale ou exploitée par un entrepreneur personne physique (1.1).

S'il est clair depuis 2010⁵ que la société de personnes ne constitue pas une personne morale mais qu'elle en possède presque tous les attributs juridiques, la question de l'harmonisation des lois demeure. Il aura fallu attendre encore sept ans pour qu'un tribunal fasse clairement référence à « l'individualité juridique » des sociétés (1.2).

Le droit évolue lentement, mais il évolue... Il faut être patient !

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

4. *Ville de Longueuil c. 9198-2405 Québec inc.*, 2017 QCCQ 2191.

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

1.1 La fin du monopole de la représentation par avocat devant tout tribunal quasi judiciaire

Si nos chroniques jurisprudentielles passées⁶ ont permis de démontrer que les sociétés en nom collectif et en commandite ne pouvaient être représentées par leurs dirigeants devant un tribunal administratif et devaient recourir aux services d'un avocat, un appel de cinq de ces affaires semble porteur d'espoir⁷.

Nous avons dénoncé à plusieurs reprises la discrimination – voire l'improvisation – quant à la représentation des sociétés de personnes devant les tribunaux administratifs. En matière de représentation devant les tribunaux, pourquoi ces entités ne peuvent-elles se prévaloir de la procédure assouplie à laquelle ont pourtant accès les personnes morales ? Pourquoi les sociétés de personnes devraient-elles obligatoirement recourir à la représentation par avocat alors qu'elles pourraient être simplement représentées par leurs dirigeants comme le prévoit la *Loi sur le Barreau*⁸ pour les organismes privés et publics ?

129. Aucune des dispositions de l'article 128 ne limite ou ne restreint :

[...]

c) le droit des organismes publics ou privés de se faire représenter par leurs dirigeants, sauf aux fins de plaidoirie, devant tout organisme exerçant une fonction quasi judiciaire ;

L'une de ces affaires, *Société en commandite Taschereau c. Laval (Ville de)*⁹, a fait l'objet d'un appel d'une décision incidente du Tribunal administratif du Québec (TAQ). Il s'agissait d'une requête en irrecevabilité portant sur la validité des procédures introduites contre une municipalité par des sociétés en commandite, dont « les requêtes introductives [...] étaient signées par monsieur Marc Lupien, qui n'était pas leur commandité à l'époque du dépôt de ces recours, le commandité étant alors une personne morale dont monsieur Lupien était le président »¹⁰.

6. Charlaine BOUCHARD, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des entreprises », (2017) 119 *R. du N.* 129, 151 et « Revue de la jurisprudence 2014 en droit des entreprises », (2015) 117 *R. du N.* 77, 151.

7. *Ville de Longueuil c. 9198-2405 Québec inc.*, préc., note 4.

8. RLRQ, c. B-1.

9. 2015 QCCQ 11837.

10. *Ville de Longueuil c. 9198-2405 Québec inc.*, préc., note 4, par. 92.

Les questions posées à la Cour du Québec portent donc sur l'interprétation et sur l'application de l'article 129c) de la *Loi sur le Barreau*, lequel prévoit une exception au monopole de la représentation par avocat créé par la loi. En ce qui concerne particulièrement les sociétés de personnes, la question est de savoir si le terme « organisme privé » peut comprendre « toute entité de nature privée » n'étant pas un individu et de façon incidente, si la notion de « dirigeant » doit être interprétée de façon large et libérale afin d'y inclure un individu qui est autorisé comme représentant de la société.

Tout d'abord, sur le sens à donner à la notion d'« organisme privé », la Cour du Québec s'exprime ainsi :

Le mot « organisme », n'ayant pas de définition dans la L.B., doit être lu dans son contexte. Nous sommes d'accord que le terme « personne morale de droit privé » doit avoir un sens distinct d'« organisme privé ». Autrement, le législateur n'aurait pas utilisé des expressions différentes aux paragraphes 129c) et d).

Il est intéressant de noter que le terme « personne » à la définition de l'article 1k) L.B. est plus vaste et compréhensif que le sens de ce mot en droit civil. Il n'est cependant pas nécessairement susceptible d'englober toutes sortes de parties pouvant établir des intérêts dans des biens ou d'ester en justice, car il ne semble pas comprendre la fiducie du C.c.Q., cette dernière n'étant ni personne, ni groupement. Lorsque le terme « organisme privé » est employé dans la même loi, suivant l'approche selon laquelle le législateur ne parle pas pour ne rien dire, on est justifié de croire que ce mot a une étendue plus compréhensive des types d'entités qui peuvent exercer des droits que le mot « personne » dans la même loi. Dans cette optique, « organisme privé » peut être plus étendu que « personne », dans le sens large de ce terme tel que défini à l'article 1k). Il pourrait inclure tout ce qui s'y trouve, mais inclure aussi et d'autres parties non définies, comme la fiducie si une fiducie, une relation patrimoniale particulière, le patrimoine d'affectation n'est pas considéré comme étant un groupement.

L'expression « organisme privé » n'est définie dans aucune législation identifiée par les parties.¹¹ (Nos soulignés)

C'est ce qui conduit le tribunal à adopter une interprétation large du concept d'« organisme privé » fondée sur la jurisprudence de la Cour d'appel¹², laquelle a toujours interprété les exceptions au

11. *Ibid.*, par. 199-201 [nous soulignons].

12. *Paube v. Gauvin*, 1953 CanLII 65 (S.C.C.), [1954] S.C.R. 15 ; *Bibeau c. Ordre des ingénieurs du Québec*, 2015 QCCA 360 (CanLII), par. 51-54 ; *Réfri-Ozone inc. c.* (à suivre...)

monopole de façon large et libérale. Il ne faudrait donc pas restreindre la portée d'une exception au point de la vider de son sens normal¹³, mais plutôt suivre les principes interprétatifs de l'article 41 de la *Loi d'interprétation*¹⁴ :

En appliquant le principe, énoncé et réitéré par la Cour d'appel, de la lecture généreuse des exceptions au monopole professionnel [...] le Tribunal ne peut accepter l'imposition des diverses limitations à la notion « d'organisme privé » suggérées par les Villes et le Barreau puisque cette expression se trouve dans une loi qui porte principalement sur le monopole professionnel. Les limitations inspirées par leur lecture du *Code de procédure civile* ne s'appliquent pas, ce code ayant une portée beaucoup plus générale.

Il aurait été d'ailleurs impossible pour le TAQ/SAI ou pour d'autres tribunaux comme le CAI d'inférer de l'emploi du mot « organisme », l'une ou l'autre des théories suggérées par les parties, alors qu'il aurait été très facile pour le législateur, s'il avait voulu restreindre l'exception de l'article 129c) à des entités incorporées ou non incorporées, ou à celles qui sont à but non lucratif, *etc.* de l'écrire.

Il nous semble plutôt que le mot « organisme privé », sans autre qualificatif, est le terme le moins spécifique et le plus générique que le législateur ait pu choisir pour utiliser dans cette exception du monopole de la L.B. Tout comme son prédécesseur « corps », il désigne toute entité collective qui n'est pas une personne physique individuelle. Tous les autres termes, comme « personne morale », « société », « association sans personnalité juridique », « groupement » et « fiducie » sont plus spécifiques et leur emploi aurait donc eu l'effet de limiter la portée de l'exception. Aucun de ces mots n'a été employé. (Nos soulignés)

[...]

(...suite)

Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec (CMMTQ), 2011 QCCA 254 (CanLII), par. 44-49 ; *Biomedco Services inc. c. Ordre des chimistes du Québec*, 2012 QCCA 785 (CanLII), par. 24-26 (autorisation de pourvoi devant la C.S.C. rejetée, 1^{er} novembre 2012, n^o 34893) ; *Thomas c. Chiropraticiens (Ordre professionnel des)*, 2000 CanLII 8222 (QC C.A.), [2000] R.J.Q. 625, par. 31 et s. (C.A.) ; *Charlebois c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 788 (CanLII), par. 23.

13. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, 574.

14. RLRQ, c. I-16. L'article 41 prévoit : « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage. Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin. »

Nous sommes d'avis que les avantages associés à la représentation sans avocat devant un tribunal exerçant une fonction quasi judiciaire ne devraient pas être octroyés exclusivement à une classe particulière de justiciables non individuels, à moins que l'intention législative de le faire soit claire et sans ambiguïté. Autrement, une interprétation large devrait prévaloir selon le principe réitéré maintes fois par la Cour d'appel dans d'autres contextes.

Concluant sur cette question, nous sommes donc d'avis que le terme « organisme privé » est assez large pour inclure les personnes morales, les sociétés n'ayant pas la personnalité juridique, bref, toute entité de nature privée qui n'est pas un individu.¹⁵

Concernant, d'autre part, l'analyse du concept de « dirigeant », le tribunal est d'avis que, considérant la conclusion à laquelle il en arrive relativement à la notion d'« organisme privé », l'interprétation ne peut être ici aussi que large et libérale afin de s'adapter à la réalité propre aux différentes entités comprises sous ce vocable :

Il ne saurait être question de formalisme, en se gouvernant, par exemple, strictement par les inscriptions au registre public. Il est plutôt question d'établir les rôles et responsabilités réelles de l'individu de par son rapport à l'entité dont il voudrait assumer la représentation.

[...] le dirigeant aura le fardeau d'établir son statut et l'autorisation dont il bénéficie, soit de façon implicite ou inhérente, soit par l'octroi d'un pouvoir par les administrateurs de la personne morale ou par les responsables d'une entité n'ayant pas la personnalité juridique. Il se peut que la question ne soit pas controversée dans la plupart des dossiers où l'individu est le seul actionnaire et administrateur d'une personne morale dont il est en quelque sorte l'alter ego, ou lorsque le registre public établi le statut de l'individu qui mène le groupement, mais il se peut, dans des situations plus complexes, qu'il soit nécessaire d'aller plus loin que la preuve présomptive fournie par le registre des entreprises.

Dans chaque cas, le décideur devra appliquer le droit aux faits et, dans l'appréciation des faits, un tribunal d'appel statutaire ou de révision judiciaire n'interviendrait pas sauf en cas de décision déraisonnable. Ce qui importe dans la détermination du décideur, c'est de permettre un débat sur les rôles et responsabilités de l'individu pour déterminer s'il représente l'entité réellement dans sa gestion, comme un dirigeant, ou s'il agit seulement comme un représentant aux fins

15. *Ville de Longueuil c. 9198-2405 Québec inc.*, préc., note 4, par. 208-210, 213-214 [nous soulignons].

de la cause, en usurpant le rôle donné à l'avocat par le monopole établi par l'article 128 L.B.¹⁶

Cette interprétation des termes « organisme privé » et « dirigeant » amène ainsi la Cour du Québec à conclure qu'une société de personnes, comme une société en nom collectif et une société en commandite, constitue un organisme privé et peut donc être représentée par ses dirigeants aux fins de l'article 129c) de la *Loi sur le Barreau* devant un tribunal quasi judiciaire comme le TAQ. Rappelons, de plus, que la qualification d'un individu comme dirigeant d'un organisme privé doit être appréciée par le tribunal en fonction du droit applicable. Dans le cas de la société en commandite, étant donné sa structure particulière, elle ne peut agir que par son commandité. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, l'intervention d'une personne physique comme fondée de pouvoirs est nécessaire. Ainsi, selon la Cour :

[l]e tribunal administratif du Québec a erré en refusant à monsieur 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. Il devait être reconnu comme dirigeant aux fins de l'article 129c) L.B.

Une requête introductive d'un recours déposée en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale* peut être valablement signée par le dirigeant de la compagnie commanditée. C'est la conséquence de l'interprétation de l'article 129c) L.B. qui reconnaît la possibilité d'une société en commandite de se prévaloir de l'exception de cet article et la nécessité donc d'adapter le concept de « dirigeant » aux contraintes imposées à cette forme d'entité par le C.c.Q.

À cet égard, il y a une distinction à faire entre la représentation d'une personne morale ou d'une entité collective n'ayant pas la personnalité juridique devant les tribunaux de droit commun (article 128 L.B. et article 87 C.p.c.) et la représentation en matière de recours en vertu de la *Loi sur la fiscalité municipale* (article 129c) L.B.), comme l'a conclu le TAQ dans l'affaire *Québec inc.*¹⁷ (Nos soulignés)

Dans une autre affaire, *L.J.L. SENC c. Grillet*¹⁸, pour des raisons similaires à celles qu'on peut lire dans la décision précédente, la Régie du logement a soulevé d'office l'irrecevabilité de la demande de la locatrice en raison de la rédaction et de la signature de la procé-

16. *Ibid.*, par. 225, 227-228 [nous soulignons].

17. *Ibid.*, par. 404 [nous soulignons].

18. 2017 QCRDL 17091.

dure par l'un des employés de la société en nom collectif à titre de « directeur de la société ».

Si la préparation et la rédaction d'une requête ou d'une procédure judiciaire pour le compte d'autrui sont du ressort exclusif de l'avocat selon l'article 128 de la *Loi sur le Barreau* – une disposition d'ordre public de direction qui peut être soulevée d'office –, l'article 129c) crée une exception pour les organismes publics ou privés. Ces derniers peuvent en effet être représentés par leur dirigeant devant un organisme exerçant une fonction quasi judiciaire.

Après avoir rappelé les principes interprétatifs dégagés par la Cour du Québec dans la décision *Ville de Longueuil*, la juge administrative en arrive pourtant à la conclusion suivante :

Le « dirigeant » de la société en nom collectif ne peut être que les associés eux-mêmes ou l'un d'eux mandaté pour agir au nom des autres.

Monsieur Brodeur ne se qualifie pas pour rédiger et signer une demande judiciaire au nom du locateur.¹⁹

En ce qui concerne la représentation devant la Régie du logement, la juge applique les articles 72 et 74 de la *Loi sur la Régie du logement*²⁰ :

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 locale, par un ami.

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

74. Si une partie est représentée par un mandataire autre que son conjoint ou un avocat, ce mandataire doit fournir à la Régie un mandat écrit, signé par la personne qu'il représente et indiquant, dans le cas d'une personne physique, les causes qui empêchent la partie d'agir elle-même. Ce mandat doit être gratuit. [Nous soulignons]

19. *Ibid.*, par. 15-16.

20. RLRQ, c. R-8.1.

Puisque ces dispositions concernent exclusivement la représentation des personnes physiques et des personnes morales et qu'elles ne traitent pas des sociétés de personnes, sur la base de l'article 10 du *Règlement sur la procédure devant la Régie du logement*²¹, la juge conclut que « monsieur Brodeur, en tant qu'employé du locateur devra établir son statut réel auprès de la société et établir qu'il a, en vertu de la Loi, la capacité légale de représentation devant les tribunaux »²².

Il s'agit d'un bien grand détour pris par la juge administrative pour en arriver finalement – et heureusement pour le contribuable – aux mêmes conclusions que dans la décision *Ville de Longueuil*. Ce qui se conçoit bien devrait s'énoncer clairement, et pourtant...

Il nous semble que l'on peut résumer facilement la question de la représentation des sociétés de personnes devant les tribunaux.

La définition du mot « tribunal » prévue par la *Loi sur le Barreau* englobe les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires²³. Par contre, le *Code de procédure civile*, lorsqu'il fait référence au « tribunal », exclut les tribunaux quasi judiciaires²⁴. Par conséquent, selon l'article 87 4^o C.p.c., devant un tribunal judiciaire les sociétés doivent être représentées par avocats « à moins que tous les associés ou membres n'agissent eux-mêmes ou ne mandatent l'un d'eux pour agir ». Cette disposition ne s'applique cependant pas à la justice administrative²⁵. C'est l'article 129c) de la *Loi sur le Barreau* qui s'applique dans ce cas aux sociétés de personnes puisqu'elles constituent des organismes privés, lesquels peuvent être représentés par leurs dirigeants devant un tribunal quasi judiciaire.

21. RLRQ, c. R-8.1, r. 5. L'article 10 prévoit : « Sauf s'il est son conjoint ou un avocat, le mandataire qui représente une partie, que ce soit pour la production d'une demande ou d'une requête ou à l'audience, doit fournir à la Régie le mandat écrit qu'il détient en même temps que la demande ou la requête ou à l'audience, selon l'objet du mandat. À défaut, le mandat peut être produit subséquemment, même en révision, si preuve est faite au régisseur qu'un mandat existait au moment où le mandataire a agi. »

22. *L.J.L. SENC. c. Grillet*, préc., note 18, par. 25.

23. *Loi sur le Barreau*, préc., note 8, art. 11).

24. Art. 8 C.p.c.

25. *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 1.

1.2 La reconnaissance de l'individualité juridique des sociétés au sein de la Loi sur la qualité de l'environnement

Dans l'affaire *Ferme Rompré Brodeur SENC*²⁶, la ferme Rompré est une société en nom collectif composée de deux associés qui exploitent une ferme bovine. En raison de contraventions au *Règlement sur les exploitations agricoles*, un avis de non-conformité est transmis à la société le 27 mai 2014. Ferme Rompré tente de remédier à la situation, mais un deuxième avis est transmis un an plus tard pour les mêmes raisons. Ferme Rompré prend de nouvelles mesures pour corriger le problème, mais rien n'y fait. Un mois plus tard, une sanction administrative pécuniaire de 10 000 \$ lui est transmise. La société conteste la réclamation et demande le réexamen de l'avis.

Bien que la société ne discute pas les faits, elle reproche au Ministère d'avoir considéré son entreprise comme une personne morale et de lui avoir infligé la pénalité d'une personne morale : « Vu que [la ferme du demandeur] est une association entre deux personnes physiques, soit sa femme et lui, qu'ils paient leurs impôts individuellement et que l'exploitation est relativement petite avec moins de 30 têtes, il demande la révision du montant de la sanction à celui prévu pour une personne physique, soit 2 000 \$. »²⁷ Le tribunal n'est pas de cet avis, bien qu'il reconnaisse que la SENC ne soit pas une personne morale. La société « possède une individualité juridique et un patrimoine distinct de ses associés. En d'autres termes, une société en nom collectif n'est ni une personne morale ni assimilable à une personne physique ou une collectivité de personnes physiques »²⁸.

Le tribunal transporte ensuite son analyse sur le terrain de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. L'article 1(9) distingue une personne physique d'une société, et une société d'une personne morale :

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, les mots et expressions qui suivent signifient ou désignent :

26. *Ferme Rompré Brodeur SENC c. Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques*, 2017 QCTAQ 06761.

27. *Ibid.*, par. 12.

28. *Ibid.*, par. 14.

[...]

9^o « personne » : une personne physique, une société, une coopérative ou une personne morale autre qu'une municipalité ;

Quant à l'article 43.7(2) [du *Règlement sur les exploitations agricoles*], il prévoit que :

43.7 Une sanction administrative pécuniaire d'un montant de 2 000 \$ dans le cas d'une personne physique ou de 10 000 \$ dans les autres cas peut être imposée à quiconque fait défaut :

[...]

2^o de prendre les mesures nécessaires pour empêcher que les déjections animales atteignent les eaux de surface ou souterraines ou de prendre les mesures requises pour mettre fin au rejet, au dépôt, au stockage ou à l'épandage de déjections animales qui sont faites de manière non conforme pour éliminer ces matières ou pour remettre le terrain dans son état antérieur, conformément à l'article 5 ;

Par conséquent, étant donné que FRB n'est pas une personne physique, le _____ montant de la sanction administrative pécuniaire qui lui est applicable correspond à celui prévu dans les autres cas, soit 10 000 \$²⁹.

Le tribunal reconnaît par ailleurs que les avis de non-conformité transmis à la société font référence à une sanction administrative visant une personne morale et que dans sa décision, le Bureau de réexamen des sanctions administratives pécuniaires commet la même erreur en assimilant la SENC à une personne morale. Malgré ces erreurs et les manquements :

[...] force est de constater que cela n'entraîne pas la nullité de l'avis de réclamation. En effet, en vertu des articles 43.7(2) et 5 al.1 [du *Règlement sur les exploitations agricoles*], le montant de la sanction administrative pécuniaire applicable à une société en nom collectif comme FRB et à une personne morale est le même, soit 10 000 \$.³⁰

Cette décision est extrêmement importante pour deux raisons : premièrement, elle reconnaît expressément « l'individualité juridique » des sociétés de personnes. Deuxièmement, elle offre une solution législative valable et qui remplit le vide juridique dans

29. *Ibid.*, par. 15-17.

30. *Ibid.*, par. 23.

lequel baigne la société de personnes depuis la transformation de son statut juridique en 1994. Ainsi, bien que la société de personnes ne soit pas une personne morale, elle n'en possède pas moins des attributs juridiques qui lui permettent d'interagir sur la scène juridique. Il s'agit de son individualité juridique qui la caractérise en matière de droits et d'obligations.

Par ailleurs, à la différence de la *Loi sur la Régie du logement*, selon laquelle seules les personnes morales et les personnes physiques sont sujets de droit, la *Loi sur la qualité de l'environnement* assimile la société de personnes à une personne. Quant au *Règlement sur les exploitations agricoles*, il prévoit des sanctions administratives, d'une part, pour les personnes physiques et, d'autre part, pour « les autres cas », ce qui inclut les sociétés et pallie tout problème d'interprétation. La *Loi sur la qualité de l'environnement* devrait donc constituer un exemple d'harmonisation à généraliser !

2. Les actes de gestion du commanditaire : attention au danger d'immixtion !

L'article 2244 C.c.Q. est particulièrement important pour les sociétés en commandite :

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.

Le Code civil interdit donc à un commanditaire d'être préposé de la société et d'agir pour elle à d'autres titres. Il lui interdit même de s'intéresser activement à son propre placement. S'il le fait, le commanditaire est susceptible d'encourir une responsabilité solidaire avec les associés commandités, non seulement en ce qui a trait aux actes qu'il a posés, mais à toutes les obligations de la société si la nature et l'importance de ces actes le justifient. Par conséquent, ce commanditaire perdrait le bénéfice de la responsabilité limitée. En résumé, la capacité du commanditaire d'engager la société est nulle.

Les décisions qui suivent illustrent la frontière souvent poreuse entre les avis de nature consultative et les actes de gestion externe ainsi que les dangers, pour le commanditaire, de sauter la clôture !

Dans la première affaire, *Papillon et Fils Ltée c. Enerkem Alberta Fuels*³¹, la demanderesse, Papillon et Fils Ltée (Papillon), est une entreprise qui se spécialise dans la fabrication de modules de procédés pour l'industrie lourde et de composantes industrielles à base de tuyauterie. La défenderesse, Enerkem inc., est l'associée commanditaire de la défenderesse Enerkem Alberta Biofuels LP (Enerkem LP), une société en commandite qui, en 2012, par l'entremise de son commandité, la défenderesse Enerkem GP, a conclu un contrat de fabrication d'équipement de tuyauterie avec la demanderesse. Papillon réclame solidairement aux défenderesses le solde contractuel et ses honoraires extrajudiciaires. La commanditaire Enerkem inc. plaide l'absence de lien de droit entre elle et Papillon, alors que les défenderesses Enerkem LP et Enerkem GP invoquent le retard dans la livraison ainsi que la non-conformité des modules afin de retenir le solde réclamé.

Après avoir analysé les contrats et les ententes intervenues entre les parties, le tribunal conclut qu'il y a eu immixtion de la commanditaire Enerkem inc. dans la gestion externe de la société en commandite Enerkem LP. Le tribunal constate tout d'abord l'omniprésence de la société commanditaire Enerkem inc., bien que le contrat initial ait été conclu entre Enerkem LP et Papillon. D'autre part, la Cour constate que la commanditaire Enerkem inc. était la seule responsable des travaux en vertu de l'entente du 17 décembre 2011 intervenue entre Enerkem LP et Enerkem inc. Selon la Cour, la société commanditaire avait aussi le pouvoir de conclure des contrats avec des sous-entrepreneurs et des fournisseurs et ce sont ses employés qui faisaient affaire avec Papillon et qui apportaient des modifications aux échéanciers. De plus, l'entente de décembre 2011 prévoyait que la commanditaire Enerkem inc. prendrait fait et cause dans toute contestation contre la société en commandite Enerkem LP. Le tribunal souligne enfin qu'il n'existe aucune présomption d'immixtion du commanditaire lorsqu'une personne physique est à la fois à la tête du commanditaire et du commandité.

31. 2017 QCCS 1242.

Dans la deuxième décision, *Vinet c. Sous-ministre du Revenu du Québec*³², la société en commandite Ferme aux portes de la nature est fondée pour que ses associés puissent « limiter les risques de l'exploitation d'une entreprise agricole aux apports qu'elles ont convenu de faire ». Denis Vinet est désigné comme « commanditaire fondateur » et la société 9137-5048 Québec inc. comme commandité. Denis Vinet est aussi l'un des administrateurs de la société commanditée. Il y occupe également le rôle de président. L'actionnaire majoritaire du commandité, 9137-5048 Québec inc., est la société 9133-4128 Québec inc. et les administrateurs de celle-ci sont les mêmes que ceux de la société 9137-5048 Québec inc.

Le demandeur Denis Vinet conteste l'impôt minimum de remplacement établi dans l'avis de cotisation de 2008 par le ministère du Revenu du Québec. Vinet estime qu'il n'est pas un membre à responsabilité limitée et que, par conséquent, la perte agricole déclarée qui lui a été attribuée ne devrait pas être incluse dans le calcul de son revenu imposable modifié. Il allègue en effet s'être immiscé dans les affaires de la société conformément à l'article 2244, al. 2 C.c.Q. et le ministre du Revenu commet donc une erreur en déterminant qu'il était un membre à responsabilité limitée de la SEC conformément à l'article 613.6 de la *Loi sur l'impôt* (L.I.). Pour sa part, le ministre soutient que les conditions de l'article 613.6 L.I. sont satisfaites et qu'en vertu de l'article 2246 C.c.Q., la responsabilité du demandeur est limitée à son apport dans la société. De ce fait, la perte agricole déclarée en 2005 devait être incluse dans le calcul du revenu imposable. M. Vinet est donc assujéti à l'impôt minimum de remplacement.

S'appuyant sur l'article 613.6 L.I. et sur le *Bulletin d'interprétation* du ministre du Revenu, le tribunal conclut que le commanditaire d'une société en commandite est un membre dont la responsabilité est limitée par la loi au sens de l'article 613.6 L.I. puisque cette responsabilité est limitée par l'article 2246 C.c.Q. Les dettes et obligations de la société doivent donc être acquittées à même son patrimoine. De plus, lorsque les biens de la société sont insuffisants, le commandité est tenu solidairement des dettes de la société alors que le commanditaire est tenu seulement jusqu'à concurrence de son apport dans la société.

32. 2017 QCCQ 3957.

Le tribunal indique de plus qu'une présomption de validité existe lorsqu'il est question d'un avis de cotisation. Ainsi, le fardeau de preuve repose sur le demandeur qui doit prouver que l'avis de cotisation est erroné. En l'espèce, le demandeur ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. Le tribunal analyse donc le contrat de société en commandite et conclut que l'objectif du demandeur, à l'époque de la création de la SEC, était de profiter de la protection qu'offrait au commanditaire la société en commandite en contrepartie de son apport.

Le tribunal estime par ailleurs que la preuve ne permet pas de conclure que les actes du demandeur étaient suffisamment importants ou nombreux pour conclure à des actes faits pour le compte de la SEC ou à titre de mandataire de celle-ci. Le tribunal est donc d'avis que M. Vinet a plutôt agi comme représentant du commandité.

Au sein d'une société en commandite, seuls les commandités sont autorisés à administrer les affaires de la société et à l'obliger. Le mandat présumé d'un commanditaire n'existe donc pas. Il ne faut pas sous-estimer le danger. Le risque est réel au sein des petites sociétés, particulièrement lorsqu'elles éprouvent des difficultés. Le commanditaire peut alors être tenté de mettre la main à la pâte³³ et d'aider les commandités. Pourtant, les règles sont claires : la frontière ne doit être jamais franchie, même si l'on est toujours convaincu que personne ne le saura !

En pratique, l'article 2244 C.c.Q. pose deux problèmes d'interprétation reliés. D'abord, qu'est-ce qu'un « avis de nature consultative » et dans quelle mesure cette disposition est-elle d'ordre public ? Ensuite, quels sont les actes pour lesquels les commanditaires sont susceptibles d'encourir une responsabilité relativement aux obligations de la société ? Ces deux questions découlent respectivement de l'interprétation du premier et du deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q. On doit toutefois comprendre qu'elles ne sont pas indépendantes l'une de l'autre puisque la réponse qu'on donnera à la première est susceptible d'influencer celle qu'il conviendra de donner à la seconde.

33. *Gagnon, de Billy, Cantin, Dionne, Martin, Beaudoin & Lesage c. Beaulieu*, [1977] C.P. 250 : une personne peut raffermir la situation financière d'une société, y injecter une somme d'argent au départ, toutefois, par la suite, elle doit respecter les dispositions applicables aux commanditaires et n'effectuer aucune ingérence directe.

L'article 2238 C.c.Q. prévoit que seuls les commandités ont les pouvoirs de gestion de la société et qu'ils en sont les seuls représentants à l'égard des tiers. Qui plus est, « les clauses limitant les pouvoirs des commandités sont inopposables aux tiers de bonne foi »³⁴. Les associés commanditaires, outre qu'ils sont tenus de fournir l'apport convenu³⁵, ont le droit de consulter les livres et registres de la société³⁶ et de donner des avis de nature consultative. Le législateur trace donc une ligne bien claire entre les pouvoirs des commandités, auxquels on confère le monopole de gestion et de représentation de la société, et les commanditaires qui, la plupart du temps, se cantonnent au rôle de bailleurs de fonds.

Cette bipartition n'est toutefois pas totalement étanche selon la jurisprudence³⁷. Le premier alinéa de l'article 2244 C.c.Q. n'est pas d'ordre public. Rien n'empêcherait donc les commanditaires et les commandités de constituer conventionnellement, à même le contrat de société ou dans un acte distinct, un conseil d'administration constitué de commanditaires. On peut imaginer de nombreux autres arrangements conventionnels que pourraient conclure les associés. La décision *Papillon* en constitue une belle illustration. Rappelons-le, le contrat de société constitue avant tout une convention comme une autre ; de ce fait, une place prépondérante doit être laissée au consensualisme³⁸. L'organisation de la gestion interne de la société s'avère donc l'affaire des associés, les règles du Code civil n'étant ici que supplétives. On verra qu'il en est autrement des

34. Art. 2238, al. 3 C.c.Q. Voir les commentaires relatifs à cet article, EYB2013DCQ1620.

35. *Ibid.*, art. 2198, par le renvoi de l'art. 2249 C.c.Q. Voir aussi *Ferme Avimapp, s.e.c. (Syndic de) c. 9137-4215 Québec inc.*, 2012 QCCS 5863, EYB 2012-214400.

36. Art. 2238, al. 1 C.c.Q.

37. Voir, par exemple, *Janelle c. Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q.)*, 2010 QCCS 3418, EYB 2010-177417 ; Paul MARTEL, « Société en commandite : immixtion des commanditaires dans la gestion de la société est-elle vraiment source de responsabilité ? », (2006) 66 *R. du B.* 247. Cet article, cité avec approbation par la jurisprudence, propose notamment un historique des dispositions de droit civil concernant la responsabilité des commanditaires. L'auteur s'y livre aussi à une analyse comparative détaillée des droits canadien et américain. Bien qu'elle ait été écartée par la Cour supérieure dans l'affaire *Janelle*, on pourra lire une opinion divergente dans Maxime B. RHÉAUME, « La responsabilité du commanditaire. Le commanditaire qui contrôle le commandité corporatif est-il à l'abri de la responsabilité découlant de l'art. 2244 du *Code civil du Québec* ? », (2006) 40 *R.J.T.* 429.

38. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^{os} 79 et s.

règles d'opposabilité qui, elles, sont d'ordre public. Les précisions qui précèdent quant au rôle des associés commanditaires influent nécessairement sur l'interprétation à donner au deuxième alinéa de l'article 2244 C.c.Q.

Nous avons vu que les pouvoirs des commanditaires de donner des avis de nature consultative ne sont pas limitatifs. Ils peuvent contractuellement se voir conférer certains pouvoirs de gestion interne. Toutefois, ces conventions ne sont pas opposables aux tiers. Cela tient à deux raisons. Tout d'abord, à la différence des sociétés en nom collectif, les associés commanditaires n'ont pas de mandat présumé³⁹. Le Code prévoit que seuls les associés commandités ont le pouvoir de représenter la société⁴⁰. Ce faisant, si un commanditaire contracte avec un tiers, il n'engage pas la société, mais encourt sa responsabilité personnelle puisque les commanditaires ne sont pas réputés être mandataires de la société. Les commandités sont aussi les seuls autorisés à introduire des procédures judiciaires pour le compte de la société en commandite, les commanditaires n'ayant pas la capacité juridique requise dans ce cas⁴¹. De plus, seuls les commandités sont connus des tiers (avec les trois principaux commanditaires) puisque leur nom doit apparaître dans la déclaration d'immatriculation de la société déposée au registre des entreprises du Québec⁴². Il apparaît donc logique que les commandités soient les seuls représentants de la société à l'égard des tiers. En pratique, il n'est pas rare qu'une société en commandite compte un nombre de commanditaires si élevé qu'il peut être difficile de les identifier. Par conséquent, ne disposant d'aucune information quant à leur statut juridique réel, les tiers sont dans une position inconfortable advenant le cas où ils voudraient conclure un acte avec la société représentée par un commanditaire.

Enfin, concernant les situations où, par l'effet d'un montage juridique, le commandité, constitué en société par actions pour faire échec à la responsabilité illimitée, est dirigé, ou contrôlé ou les deux par un ou des commanditaires de la S.E.C., nous référons le lecteur

39. *Entreprises Gamelec inc. c. Consortium Berthier Tremblay inc.*, [1993] R.D.I. 443 (C.S.).

40. Voir les commentaires relatifs à l'article 2236 C.c.Q., EYB2013DCQ1618.

41. Voir la décision 2973-4456 *Québec inc. c. Tremblay*, 2002 CanLII 62220 (QC C.A.).

42. *Loi sur la publicité légale des entreprises*, RLRQ, c. P-44.1, art. 34, al. 1, par. 1^o et 98, al. 1, par. 12^o [ci-après « LPLE »].

à notre chronique jurisprudentielle de 2013 où cette question a été discutée⁴³.

3. La coentreprise et le flou de son statut juridique

Les deux décisions retenues au chapitre des sociétés en participation permettent de constater que la communauté juridique méconnaît la coentreprise. S'agit-il d'une société en participation ou encore d'une coentreprise ? Comment définir ce véhicule juridique ?

Dans la première affaire, *CRT-Hamel c. Société de transport de Montréal*⁴⁴ (3.1), le juge constate à quel point il peut s'avérer difficile de concilier les exigences de la *Loi sur les contrats des organismes public*⁴⁵ en ce qui concerne une société en participation qui constitue un consortium. À la décharge du tribunal, l'opinion de l'Autorité des marchés financiers, qui est pourtant responsable d'accorder les autorisations, ajoute à la confusion. Quant à la deuxième décision, *Forestier SL inc. c. Gestion Unibec inc.*⁴⁶ (3.2), elle permet d'illustrer le régime juridique de la coentreprise exploitée sous la forme d'une société en participation et d'insister sur un point focal : l'existence ou non de la coentreprise à l'égard des tiers. S'agit-il, comme en l'espèce, d'une coentreprise occulte où les associés ne détiennent aucun pouvoir de représentation mutuelle ?

3.1 L'octroi d'un contrat par un organisme public : le cafoillage entourant la société en participation et le consortium

CRT-Hamel, une société en nom collectif, recherche la délivrance d'une injonction interlocutoire pour suspendre l'exécution d'un contrat accordé par la STM à EDT (une société en participation immatriculée) pour des travaux d'excavation et de bétonnage. Selon Hamel, la soumission déposée par EDT ne remplirait pas les conditions d'admissibilité de l'appel d'offres imposées par la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

Le litige porte donc sur l'interprétation des articles 21.17 et 21.18 LCOP, soit les exigences imposées aux sociétés en participa-

43. Charlaïne BOUCHARD, « Revue de la jurisprudence 2012 en droit des entreprises », (2013) 115 R. du N. 127, 147.

44. 2017 QCCS 1711.

45. Préc., note 1.

46. 2017 QCCA 998.

tion au regard de celles déterminées pour un consortium lorsqu'il s'agit d'obtenir une autorisation préalable de l'Autorité des marchés financiers. Le demandeur prétend qu'étant une société en participation, EDT devrait se conformer à l'article 21.17, alors que les défendeurs sont plutôt d'avis que c'est l'article 21.18 qui doit recevoir application en l'espèce. EDT étant un consortium, chacune des entreprises qui le composent doit individuellement être autorisée et non pas la société en participation.

Après avoir tenté de tracer la frontière entre la société en participation et le consortium, le tribunal conclut que le texte des articles 21.17 et 21.18 n'est pas clair :

[...] si, dans le cas d'une société en participation qui est aussi un consortium, les entreprises qui la composent doivent obtenir, en plus de leur autorisation individuelle, une autorisation pour la société elle-même. Il est intéressant de constater que l'AMF exprime l'opinion suivante sur cette question :

Si le consortium prend la forme d'une société en participation, aucune autorisation ne serait exigée pour cette société. Toutefois, chacune des entreprises composant ce type de consortium devrait détenir une autorisation délivrée par l'Autorité.⁴⁷

Organisation mise en place dans la foulée des travaux de la Commission Charbonneau, la LCOP prévoit la création d'un Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics qui recense toute entreprise ayant commis l'une des infractions prévues à l'annexe 1. Ce registre est public⁴⁸ et sa consultation préalable obligatoire pour tout organisme public⁴⁹ qui veut octroyer un contrat à un soumissionnaire⁵⁰. Par ailleurs, en ce qui a trait aux conditions et obligations entourant l'obtention d'une autorisation préalable à l'attribution d'un contrat public, les articles 1, 21.17 et 21.18 LCOP se lisent ainsi :

1. La présente loi a pour objet de déterminer les conditions applicables en matière de contrats publics qu'un organisme public peut conclure avec un contractant qui est une personne morale de droit privé, une société en nom collectif, en commandite ou en participation ou une personne physique qui exploite une entreprise individuelle.

47. *CRT-Hamel c. Société de transport de Montréal*, préc., note 44, par. 23-24.

48. Art. 21.10 LCOP.

49. Art. 4 LCOP.

50. Art. 21.11 LCOP.

Elle a également pour objet de déterminer certaines conditions applicables aux sous-contrats qui sont rattachées, directement ou indirectement, à un contrat visé au premier alinéa.

En outre, elle a pour objet de déterminer certaines conditions applicables à tout autre contrat rattaché à un contrat ou à un sous-contrat visé au premier ou au deuxième alinéa.

[...]

21.17 Une entreprise qui souhaite conclure avec un organisme public tout contrat comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement doit obtenir à cet effet une autorisation de l'Autorité des marchés financiers. Ce montant peut varier selon la catégorie de contrat.

Une entreprise qui souhaite conclure tout sous-contrat comportant une dépense égale ou supérieure à ce montant et qui est rattaché directement ou indirectement à un contrat visé au premier alinéa doit également être autorisée. De tels sous-contrats sont des sous-contrats publics.

Aux fins du présent chapitre, le mot « entreprise » désigne une personne morale de droit privé, une société en nom collectif, en commandite ou en participation ou une personne physique qui exploite une entreprise individuelle.

21.18 L'entreprise qui conclut un contrat avec un organisme public ou qui conclut un sous-contrat public doit être autorisée à la date de la conclusion de ce contrat ou de ce sous-contrat. Dans le cas d'un consortium, chaque entreprise le composant doit, à cette date, être individuellement autorisée.

En outre, l'entreprise qui répond à un appel d'offres en vue de la réalisation d'un contrat public ou d'un sous-contrat public doit être autorisée à la date du dépôt de sa soumission sauf si l'appel d'offres prévoit une date différente, mais antérieure à la date de la conclusion du contrat.

Une autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du sous-contrat. [Nos soulignés]

L'obligation de détenir une autorisation de l'AMF s'applique aux contrats ou sous-contrats publics d'une valeur supérieure à 1 000 000 \$.

Il est pour le moins surprenant que le législateur définisse des termes dans la LCOP et qu'il n'en tire finalement aucune

conséquence. Ainsi, dans cette affaire nous avons une société en participation immatriculée, laquelle a obtenu un contrat de l'administration, mais n'a jamais reçu l'autorisation exigée par l'article 21.17. Pourtant, l'argumentaire des parties, auquel adhère la Cour – bien qu'elle souligne aussi l'absence de clarté des dispositions –, est fondé sur une opinion de l'AMF contraire au libellé même de la loi.

Ainsi, selon le premier alinéa de l'article 21.17 LCOP, une entreprise qui désire conclure un contrat avec un organisme public doit obtenir une autorisation. Les véhicules juridiques visés par la définition d'entreprise sont décrits au 3^e alinéa de l'article. Ils comprennent la société en participation, mais le consortium est exclu de la définition, ce qui est par ailleurs logique puisque le consortium ne constitue pas une entreprise. Toutefois, l'article 21.18 LCOP, qui traite du moment où l'autorisation doit être obtenue, précise que, dans le cas du consortium, chaque entreprise le composant doit, à la date de la conclusion du contrat être individuellement autorisée. C'est ce qui conduit l'AMF à ne pas exiger d'autorisation dans l'hypothèse d'un consortium qui prendrait la forme d'une société en participation. Selon nous, cette conclusion est erronée parce que l'AMF a confondu consortium et coentreprise.

Les coentreprises constituent des accords de collaboration entre entreprises en vue de la réalisation d'un projet commun⁵¹. Ces accords peuvent être de courte durée ou encore s'échelonner sur plusieurs années. Plusieurs raisons poussent les entreprises à collaborer : le partage des risques et des expertises, les exigences étatiques de certains pays, la rationalisation des coûts, les conditions de financement plus avantageuses, etc. Toutefois, peu importe les motifs qui les amènent à se regrouper, *ces entreprises désirent conserver leur identité propre et leur entière liberté dans tous les domaines qui ne sont pas visés par l'entente*. Il s'agit de l'une des caractéristiques fondamentales de ces regroupements.

Le concept de coentreprise est une création des tribunaux américains. Il a été importé, avec certaines variantes, dans de nombreux pays de droit civil et de common law. Au Québec, la coentreprise n'est ni un contrat nommé ni une entité juridique distincte. En fait, les entreprises peuvent revêtir l'une ou l'autre des trois structures juridiques suivantes : elles peuvent constituer une filiale com-

51. Pierre-A. COSSETTE, « Les groupements momentanés d'entreprises (*joint ventures*) : nature juridique en droit civil et en common law », (1984) 44 *R. du B.* 463.

mune (société par actions) ; former une société en participation ou tout simplement se tailler un contrat innommé sur mesure (consortium). Chacune de ces formules a ses avantages et ses inconvénients.

La coentreprise de type contrat innommé (le consortium) a l'avantage de la confidentialité, de la souplesse et de l'absence de formalisme. Elle présente toutefois un risque d'insécurité juridique pour les projets de grande ampleur : « [p]eu d'États ayant adopté une loi consacrée aux coentreprises [...], leur statut demeure en général imprécis en droit fiscal, pour les sûretés, face au droit de propriété, pour les droits et les obligations des parties, pour leurs rapports avec les tiers, etc. »⁵². Ainsi, les tribunaux doivent rechercher l'intention des parties pour régler un litige non prévu par la convention. Ils tenteront alors de qualifier le contrat selon des modèles connus. Et c'est généralement à cette étape que le parallèle avec la société en participation sera établi.

C'est ce qui explique qu'au Québec, pour pouvoir contracter directement avec un organisme public selon la LCOP, l'entreprise désirent réaliser un ouvrage déterminé doit être soit une personne morale, soit une société en nom collectif, soit une société en commandite ou encore une société en participation (art. 1 et 21.17). Par conséquent, dans l'hypothèse où les membres de la coentreprise font le choix de ne pas se constituer en société, mais d'adopter une forme innommée, ils ne pourront décrocher un contrat auprès d'un organisme public québécois. C'est l'interprétation qui apparaît la plus plausible⁵³.

Par contre, si l'on retient l'interprétation de l'AMF, à laquelle la Cour adhère ici, la coentreprise exploitée sous la forme d'une société en participation n'aurait pas à obtenir l'autorisation. De plus, par

52. Nicole LACASSE, « La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : le choix de la forme juridique », dans Nicole LACASSE et Louis PERRET (dir.), *La coentreprise à l'étranger*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 43, 50.

53. Vincent KARIM, *Le consortium d'entreprise. Joint Venture*, 2^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel ltée, 2016, p. 25, n^o 79 : « Advenant le cas où les membres du consortium font le choix de ne pas constituer une société en participation dans leur entente de consortium d'entreprises, ils ne pourront donc obtenir un contrat avec un organisme public québécois. » Pour plus d'informations sur la société en participation, voir Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 567 et s. ; Charlaïne BOUCHARD, *Le contrat de société et le contrat d'association (Art. 2186 à 2279 C.c.Q.)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 403 et s.

souci d'équité, les coentreprises exploitées sous la forme d'une société en nom collectif ou d'une société par actions devraient aussi être exemptées. On peut donc s'interroger sur l'intention du législateur. S'agissait-il d'éviter que les coentreprises, peu importe leur forme, n'aient pas à obtenir une double autorisation, ou s'agissait-il plutôt de s'assurer que l'entreprise avec qui l'État contracte soit assujettie à un régime juridique connu plutôt qu'à des règles innommées ?

3.2 La coentreprise occulte et l'absence de pouvoir de représentation mutuelle

Dans l'autre décision qui a retenu notre attention, *Forestier SL inc. c. Gestion Unibec inc.*⁵⁴, l'appelante et Unibec sont des entreprises d'exploitation forestière. Pour sa part, CDW est une société qui offre des services de soutien aux entreprises. Le 30 avril 2013, Unibec et CDW s'associent dans une coentreprise afin de reprendre l'exploitation d'une scierie. Le 20 juin 2013, l'appelante et Unibec s'entendent verbalement afin que l'appelante procède à l'abattage d'arbres pour Unibec. Vers le 10 octobre, Unibec doit plus de 200 000 \$ à l'appelante. Cette dernière exige donc d'être payée avant de poursuivre les travaux. En mars 2014, l'appelante intente une action sur compte contre Unibec. En août, elle modifie sa procédure et ajoute CDW comme défenderesse, ayant appris l'existence du contrat de coentreprise lors de l'interrogatoire après défense du représentant d'Unibec. CDW invoque l'absence de lien de droit avec l'appelante.

La Cour supérieure rejette l'action contre CDW puisque les partenaires ont agi dans le cadre d'une société en participation occulte et que, jusqu'à la tenue de l'interrogatoire après défense, l'appelante ignorait l'existence du contrat de coentreprise. Le Code civil prévoit que chaque associé d'une société en participation occulte contracte en son nom personnel et qu'il est seul obligé à l'égard des tiers. La Cour d'appel confirme ainsi les conclusions de première instance et conclut qu'Unibec n'a pas agi ostensiblement en qualité de coassocié de CDW à la connaissance de l'appelante :

Tel que le souligne la juge de première instance [...], la preuve révèle qu'Unibec a contracté directement et en son nom avec l'appelante, sans toutefois révéler à cette dernière le lien contractuel qui la liait à

54. Préc., note 46.

CDW. L'appelante a donc exécuté ses obligations sans savoir qu'il existait un lien entre CDW et Unibec, et, par voie de conséquence, sans connaître l'existence du contrat de coentreprise qui les liait.

Comme l'appelante le reconnaît, tant dans sa requête introductive d'instance amendée [...] que dans son mémoire d'appel, elle a appris l'existence de l'association d'Unibec et de CDW ainsi que du contrat de coentreprise pour l'exploitation de la scierie Nabakatuk, lors de l'interrogatoire après défense du représentant d'Unibec.

Selon l'appréciation faite par la juge d'instance, la preuve n'établit pas la connaissance par l'appelante de l'existence d'un contrat de coentreprise ou d'une société en participation entre Unibec et CDW à l'époque où elles ont fait des affaires ensemble.⁵⁵

Ainsi, en concevant naturellement la société en participation comme une société occulte, le législateur a voulu exprimer qu'aucun associé ne devait se prévaloir du lien qui l'unissait à ses coassociés pour agir en leur nom et encourir leur responsabilité. Voilà pourquoi l'article 2253, al. 1 C.c.Q. dispose que « [c]haque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé à l'égard des tiers ». En pratique, les tiers ne sont donc en relation qu'avec le gérant de la société – son mandataire – qui agit sous son nom personnel.

Dans la présente affaire, la situation était particulière puisque deux entreprises se sont associées au sein d'une société en participation pour former une coentreprise occulte pour la reprise d'une scierie. Hors les activités de la coentreprise, l'un des associés a sollicité personnellement les services de l'appelante dans des activités connexes à celles de la coentreprise, l'abattage d'arbres, et a fait défaut de paiement. Ayant appris ultérieurement l'existence de la société en participation, l'appelante a cherché à tenir l'autre associé responsable en invoquant la société ostensible selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 2253 C.c.Q. ; ce que n'acceptent à bon droit ni la juge de première instance ni la Cour d'appel.

Dans cette affaire, il est clair que CDW, l'autre associé, ne s'est jamais comporté à l'égard de l'appelante comme s'il était un associé, c'est-à-dire comme s'il disposait d'un pouvoir de représentation. En effet, selon 2253, al. 2 C.c.Q., les associés doivent agir comme des associés à la connaissance des tiers pour qu'il y ait révélation de la société et solidarité entre les associés.

55. *Ibid.*, par. 29-31.

4. La publicité légale et la transparence des procédures de l'entreprise

La requérante Mouhad et la mise en cause Mouri sont actionnaires en parts égales des actions de la société « Graine d'éveil inc. », une société constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec. Le 12 novembre 2012, Mouri est mise en demeure de se retirer de la société puisqu'elle aurait contrevenu à la convention d'actionnaires. Le 16 novembre 2012, la requérante Mouhad procède au dépôt de la mise à jour courante au registre des entreprises, mais sans qu'y figure le nom de Mouri. Cette déclaration aurait été produite, selon la requérante, à la suite d'une entente verbale intervenue entre les actionnaires relativement à la vente des actions de Mouri. Cette dernière allègue, pour sa part, que la déclaration a été faite sans droit.

S'appuyant sur l'affaire *Piciacchia*⁵⁶ entendue par la Cour du Québec en 2011 impliquant des faits semblables, les juges administratives⁵⁷ confirment la décision du registraire des entreprises et concluent que la déclaration de mise à jour courante a été effectuée sans droit. La requérante Mouhad n'a produit aucun document légal démontrant le transfert d'actions et la cessation des fonctions d'administrateur et de dirigeante de la mise en cause.

La *Loi sur la publicité légale des entreprises*⁵⁸ a pour but d'assurer la protection du public en lui permettant d'accéder à des informations fiables sur les entreprises avec lesquelles il entre en contact pour affaires. C'est donc un souci de transparence qui est à la base de l'obligation d'immatriculation. L'objectif ici est donc d'assurer la sécurité des transactions et la confiance des acteurs dans le système. La LPLE constitue donc une loi d'ordre public économique de direction dont l'objectif est de protéger les acteurs du marché en imposant une direction économique à la collectivité.

L'administration du registre est confiée au registraire des entreprises. En plus de la saisie des informations prescrites⁵⁹, le registraire peut, de son propre chef ou sur demande d'un assujetti, corriger une erreur⁶⁰. Il a aussi le pouvoir discrétionnaire d'annuler

56. *Piciacchia c. Doroudian*, 2011 QCCQ 1843.

57. *Mouhad c. Registraire des entreprises*, 2017 QCTAQ 01676.

58. Préc., note 42.

59. *Ibid.*, art. 90-91.

60. *Ibid.*, art. 93-94.

d'office une inscription ou le dépôt au registre d'une déclaration déposée sans droit⁶¹ ou encore lorsque les informations qu'elle contient n'ont pas été déclarées conformément à la loi⁶². Dans la présente affaire, le rôle du registraire consistait à statuer sur la présentation d'une déclaration de mise à jour au registre. Pour trancher, le registraire devait suivre le cadre juridique établi pour l'immatriculation et la mise à jour des informations relatives aux assujettis.

La LPLE prévoit que, lors de l'immatriculation, l'assujetti doit notamment fournir « le nom et le domicile de chaque administrateur avec mention de la fonction qu'il occupe »⁶³ ainsi que « le nom et le domicile des trois actionnaires qui détiennent le plus de voix, par ordre d'importance, avec mention de celui qui en détient la majorité absolue »⁶⁴. Par la suite, les informations contenues au registre doivent être mises à jour annuellement⁶⁵ et lorsque des changements ponctuels surviennent. Dans ce dernier cas, l'assujetti doit produire des déclarations modificatives pour corriger les déclarations inexactes ou incomplètes⁶⁶ et aussi mettre à jour les informations énumérées à l'article 41 :

41. L'assujetti doit mettre à jour les informations visées aux articles 33 à 35.1 le concernant...

33.

[...]

2° les nom et domicile de chaque administrateur avec mention de la fonction qu'il occupe ou, si tous les pouvoirs ont été retirés au conseil d'administration par une convention unanime des actionnaires conclue en vertu d'une loi du Québec ou d'une autre autorité législative du Canada, les nom et domicile des actionnaires ou des tiers qui assument ces pouvoirs ;

[...]

61. *Ibid.*, art. 96.

62. *Ibid.*, art. 97.

63. *Ibid.*, art. 33, al. 4(2).

64. *Ibid.*, art. 35, al. 5°.

65. *Ibid.*, art. 45 et s.

66. *Ibid.*, art. 40.

4° les nom et domicile du président, du secrétaire et du principal dirigeant, lorsqu'ils ne sont pas membres du conseil d'administration, avec mention des fonctions qu'ils occupent ;

[...]

La loi oblige l'assujetti à vérifier⁶⁷ les informations contenues dans les déclarations déposées au registre et le registraire doit en assurer la garde et le maintien⁶⁸. Le registraire peut, d'office ou sur demande, corriger des informations non conformes ou annuler le dépôt de déclarations faites « sans droit »⁶⁹. Enfin, les renseignements contenus à l'état des informations de chaque entreprise font preuve de leur contenu en faveur des tiers de bonne foi, mais peuvent être contredits par un tiers par tout moyen. Cela inclut les informations concernant les « administrateurs », le président, le secrétaire et le principal dirigeant :

98. Sont opposables aux tiers à compter de la date où elles sont inscrites à l'état des informations et font preuve de leur contenu en faveur des tiers de bonne foi les informations suivantes relatives à l'assujetti :

[...]

6° les nom et domicile de chaque administrateur en mentionnant la fonction qu'il occupe ou, si tous les pouvoirs ont été retirés au conseil d'administration par une convention unanime des actionnaires conclue en vertu d'une loi du Québec ou d'une autre autorité législative du Canada, les nom et domicile des actionnaires ou des tiers qui assument ces pouvoirs ;

7° la date de l'entrée en fonction des personnes visées aux paragraphes 6° et 10° et, s'il y a lieu, la date de la fin de leur charge ;

8° les nom et domicile du président, du secrétaire et du principal dirigeant, lorsqu'ils ne sont pas membres du conseil d'administration, avec mention des fonctions qu'ils occupent ;

[...]

Les tiers peuvent, par tout moyen, contredire les informations contenues dans un document qui est produit au registraire ou lui est transféré en application d'une entente conclue conformément à l'un des articles 117 ou 118.

67. *Ibid.*, art. 39.

68. *Ibid.*, art. 12, 15.

69. *Ibid.*, art. 93, 96, 132-133.

Toutes ces obligations prescrites par la LPLE ont pour objectif d'assurer la fiabilité du registre. On comprend dès lors pourquoi il est essentiel que la personne ou l'entité qui produit une déclaration de mise à jour courante – la requérante en l'espèce – puisse faire la preuve que les exigences de la *Loi sur les sociétés par actions* et de ses règlements et celles de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*⁷⁰ ont été respectées. Or, en l'espèce, la preuve démontre que les documents légaux pouvant attester le transfert d'actions n'avaient pas été présentés au soutien de la déclaration de mise à jour. Le registraire des entreprises ne pouvait donc conclure autrement en tant que gardien de l'intégrité du registre.

Un parallèle peut certainement être tracé entre cette décision et l'arrêt *Mennillo* rendu en 2016 par la Cour suprême du Canada⁷¹. La transparence des procédures de l'entreprise est concrétisée par la tenue des livres et registres et surtout par la *Loi sur la publicité légale des entreprises*. Indispensable, le respect de telles formalités est la condition *sine qua non* sur laquelle repose la validité des actes faits par la société et des organes qui la composent : administrateurs et actionnaires. Comme le mentionne à juste titre la juge dissidente Côté, le respect de ces obligations est essentiel 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.⁷²

La juge Côté insiste aussi sur le fait que dans la situation d'une petite société, le respect de ces principes est encore plus important 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, l'importance des formalités corporatives doit demeurer prépondérante. La juge cite un arrêt que la Cour suprême

70. RLRQ, c. T-11.002.

71. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 3.

72. *Ibid.*, par. 156.

a rendu en 1976, *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures*⁷³, arrêt suivant lequel « la taille, la nature et la structure de la société constituent [...] des facteurs pertinents dans l'appréciation d'une attente raisonnable » et qu'« [i]l est possible que les tribunaux accordent une plus grande 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 (par. 74) »⁷⁴. La juge rappelle enfin 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 »⁷⁵.

5. Les avancées surprenantes du contrat de franchise

Les décisions retenues dans cette section sont à la fois surprenantes et rafraichissantes.

Rafraichissantes, parce que les tribunaux osent s'aventurer hors des sentiers battus et offrir de nouvelles voies aux franchisés en sanctionnant un contrat de franchise verbal (5.2) et en assimilant le franchisé à un consommateur aux fins de l'article 229 LPC (5.3). Quant à l'affaire *Uniprix* de la Cour suprême du Canada et sa consécration des obligations perpétuelles en matière commerciale, elle est peut-être moins heureuse et plus étonnante, mais la décision n'en est pas moins intéressante à plusieurs égards (5.1).

5.1 Le contrat d'affiliation : attention aux mariages malheureux *ad vitam aeternam*

Gestion Gosselin, Bérubé inc., Manon Gosselin et Bernard Bérubé, pharmaciens, S.E.N.C. (les pharmaciens-membres) ont conclu un contrat d'affiliation avec Uniprix inc. (Uniprix). Le contrat, d'une durée de cinq ans, contient une clause de renouvellement automatique pour une période additionnelle de cinq ans. La clause prévoit toutefois que les pharmaciens-membres peuvent éviter le renouvellement en transmettant un avis de non-renouvellement à Uniprix six mois avant l'arrivée du terme. Le contrat est réputé renouvelé si aucun avis n'est transmis.

73. 2008 CSC 69.

74. *Mennillo c. Intramodal inc.*, préc., note 3, par. 183.

75. *Ibid.*, par. 162.

Le contrat est ainsi renouvelé automatiquement à deux reprises. Or à l'approche du troisième terme de cinq ans, Uniprix transmet un avis de non-renouvellement aux pharmaciens-membres. Ces derniers s'y opposent et introduisent une demande en Cour supérieure afin que celle-ci déclare le contrat d'affiliation renouvelé pour une période additionnelle de cinq ans. La demande est accueillie et le pourvoi porté en Cour d'appel par Uniprix est rejeté, d'où l'appel auprès du plus haut tribunal du pays⁷⁶.

Alors que les pharmaciens-membres estiment que le contrat d'affiliation ne permet clairement pas à Uniprix d'empêcher son renouvellement, Uniprix est plutôt d'avis que le contrat lui donne implicitement le droit de s'y opposer. En effet, elle soutient que la clause de renouvellement impose une exigence aux pharmaciens-membres de donner un préavis de leur intention de renouveler ou non le contrat ; cette exigence serait donc stipulée à son bénéfice. L'avis étant seulement une expression de l'intention des pharmaciens-membres, Uniprix pourrait refuser le renouvellement. De plus, selon Uniprix, la durée du contrat ne peut être hybride, c'est-à-dire qu'elle ne saurait s'y trouver liée à perpétuité alors que les pharmaciens-membres ne le seraient que pour une durée fixe de cinq ans. Subsidiairement, Uniprix prétend que l'interprétation des pharmaciens-membres suppose que les effets du contrat pourraient être perpétuels, ce qui irait à l'encontre de l'ordre public québécois. Elle soutient donc que les modalités de renouvellement doivent être écartées et que le contrat doit être considéré comme étant à durée indéterminée. Uniprix pourrait dès lors y mettre un terme moyennant préavis raisonnable.

Après avoir analysé l'intention des parties et les caractéristiques de la convention, les juges Wagner et Gascon, qui rédigent l'opinion pour la majorité, sont d'avis qu'il s'agit bien d'un contrat d'affiliation. Même si ce contrat comporte certaines caractéristiques s'apparentant au contrat de franchise, par exemple la fourniture par Uniprix aux pharmaciens-membres de services centralisés, de produits et de mise en marché, il s'en distingue, d'une part, par la relation étroite entre les parties ; Uniprix a été fondée dans l'unique but de servir ses membres, les pharmaciens-propriétaires, qui doivent d'ailleurs tous être actionnaires d'Uniprix (elle-même formée par l'association des pharmaciens-propriétaires) ; d'autre part, il s'en

76. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

distingue aussi parce qu'Uniprix n'a pas elle-même développé une marque et des méthodes d'affaires.

Le contrat ayant été qualifié, les juges Wagner et Gascon passent à l'interprétation de la clause de renouvellement. Selon eux, la clause est claire et ne souffre d'aucune ambiguïté ; elle n'a donc pas à être interprétée. Suivant cette clause, l'appelante ne pourrait s'opposer au renouvellement du contrat de franchise. Les juges considèrent que cette volonté, exprimée par les termes de la clause, s'accorde avec les autres dispositions du contrat et avec le contexte dans lequel il a été conclu. En effet, Uniprix aurait été fondée dans l'unique but de servir ses membres, les pharmaciens-proprétaires ; il serait donc logique qu'Uniprix soit au service de ces derniers jusqu'à ce qu'ils décident eux-mêmes de se retirer du regroupement. De plus, les juges Wagner et Gascon sont d'avis que la conduite des parties, en renouvelant automatiquement le contrat deux fois, appuie l'interprétation selon laquelle il était de leur intention de laisser le renouvellement à la discrétion des pharmaciens-membres. Par ailleurs, les juges remarquent aussi que la clause prévoit que le contrat est *réputé* renouvelé si aucun avis n'est envoyé par les pharmaciens-membres dans le délai prescrit, ce qui constitue une présomption absolue et irréfragable selon l'article 2847 C.c.Q.

D'après les juges, le fait qu'aux termes du contrat d'affiliation, la durée des obligations d'Uniprix dépende de la volonté des pharmaciens-membres de le renouveler ne transforme pas le contrat en un contrat à durée indéterminée. En effet, il aurait été de l'intention des parties, en prévoyant un terme clair et fixe de cinq ans ainsi qu'un mécanisme de renouvellement automatique clair et précis, que celui-ci soit à durée déterminée. Cette interprétation s'accorderait aussi avec les autres clauses du contrat, en plus d'être compatible avec la nature même de la relation entre les parties. Les juges indiquent qu'en raison des investissements initiaux importants que cette relation requiert, elle doit nécessairement s'inscrire dans une perspective plus longue, ce qui est plus difficile dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, en raison de la possibilité de le résilier moyennant un préavis raisonnable. Par ailleurs, toujours selon les juges, rien ne suggère qu'une stipulation expresse soit requise pour donner effet aux termes d'un contrat susceptible de produire ses effets à perpétuité. La volonté de s'obliger de cette façon pourrait être implicite et s'inférer des termes du contrat.

Les juges Wagner et Gascon estiment donc qu'une telle clause n'est pas contraire à l'ordre public québécois. Selon eux, aucune disposition du Code civil ni aucune règle d'ordre public n'empêche qu'un contrat d'affiliation soit susceptible de produire ses effets de façon perpétuelle. Donc, dans le contexte d'un partenariat d'entreprise commerciale, cette clause n'irait pas à l'encontre des valeurs fondamentales de la société. Il en irait toutefois fort différemment si la clause était analysée dans le cadre d'un contrat *intuitu personæ*, puisqu'elle violerait le droit fondamental d'une personne à la protection de sa liberté individuelle.

À l'opposé des juges Wagner et Gascon, la juge Côté, dissidente, soutient que la détermination de la durée du contrat – déterminée ou indéterminée – constitue une question centrale concernant l'ensemble de la convention, laquelle ne relève pas du domaine des modalités. Cette question doit donc être analysée à l'étape de la qualification du contrat. L'exercice de qualification doit aussi s'effectuer de façon discrétionnaire par le juge en attribuant des conséquences juridiques suivant les effets recherchés par les parties, tels qu'ils ressortent d'un examen du libellé du contrat. La juge précise que le vocabulaire utilisé ne lie pas le juge et que l'intention subjective des parties ne devrait pas être prise en compte.

La juge Côté affirme que puisque seuls les pharmaciens-membres peuvent s'opposer au renouvellement, l'effet juridique du terme de cinq ans ne s'applique qu'à eux. L'effet juridique de la clause, quant à Uniprix, serait de la lier potentiellement à perpétuité. Il s'agirait donc d'un terme hybride, ce qui ne serait pas possible légalement, car le terme d'un contrat doit fonctionner de façon symétrique pour les deux parties. Par conséquent, la juge Côté estime que le contrat est soit d'une durée déterminée perpétuelle – avec l'option périodique pour les pharmaciens-membres de se retirer –, soit d'une durée indéterminée. D'après elle, étant donné que, pour Uniprix, la date à laquelle le contrat prend fin est totalement incertaine, il n'y a pas de terme extinctif clair, ce qui fait que le contrat doit être qualifié de contrat à durée indéterminée. De plus, la juge Côté soutient que conformément à la jurisprudence, il ne faut pas inférer la perpétuité d'un contrat en l'absence d'une stipulation expresse de perpétuité. Le contrat étant à durée indéterminée, il peut, selon elle, être résilié moyennant un préavis raisonnable.

Cette importante décision soulève plusieurs questions.

Tout d'abord, quel serait le parallèle à tracer entre le contrat d'affiliation et le contrat de franchise ? Dans sa décision, la Cour suprême dit peu de choses sur le contenu du premier, si ce n'est qu'il présente plusieurs des caractéristiques du contrat de franchise et qu'il s'en distingue aussi sur plusieurs points.

Le contrat d'affiliation a été peu étudié⁷⁷ en droit québécois dans le cadre de la typologie des contrats de distribution. Jamais ses tenants et aboutissants n'ont été précisément tracés. Tout comme le contrat de franchise, il s'agit d'un contrat innommé qui peut revêtir plusieurs formes. De façon générale, les contrats de franchise et d'affiliation sont des contrats-cadres qui organisent la distribution de produits et de services en réseau, lesquels s'accompagnent de l'utilisation de marques et d'autres droits de propriété intellectuelle. Il est courant que l'affiliation constitue une première étape vers l'intégration des entreprises. Toutefois, alors que le contrat de franchise se caractérise par la transmission d'un savoir-faire et par le soutien technique du franchiseur, ces éléments sont presque inexistants en matière de contrat d'affiliation.

Dans le cadre du contrat d'affiliation, les entrepreneurs affiliés contractent habituellement avec une entreprise grossiste – dont ils peuvent aussi être actionnaires ou membres – dont la mission principale est d'assurer leur approvisionnement en marchandises. En achetant un volume important de marchandises auprès de fournisseurs, l'entrepreneur grossiste obtient des prix concurrentiels pour les entrepreneurs affiliés, des ristournes, et peut ainsi effectuer des remises⁷⁸. À l'instar du contrat de franchise, les entrepreneurs affiliés sont soumis à une discipline de réseau ; toutefois, l'intégration n'est absolument pas la même. Par exemple, les entrepreneurs affiliés ne supportent pas les mêmes risques que les franchisés. L'affilié n'est tenu qu'aux obligations relatives à la vente des produits par le grossiste. Dans certains cas, les affiliés ne sont même pas propriétaires des marchandises ; ils n'en déterminent pas les prix et ne

77. François ALEPIN et Lucie BOITEAU, « Alternatives au franchisage et stratégies d'affaires », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 285, *Développements récents en droit de la franchise et des groupements 2008*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 45, 49 ; Pierre. F. DELORME, avec la collab. de Nancy GENEST « Les contrats de licence, de distribution et de concession », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 307.

78. Voilà pourquoi en France l'entrepreneur grossiste est souvent une coopérative : M. BEHAR-TOUCHAIS, « De Lefebvre à Macron : la valse des contrats d'affiliation devant l'Assemblée nationale et le Sénat », (2015) 3 *Revue des contrats* 532.

gèrent pas les stocks. Il s'agit donc essentiellement d'un regroupement de marchands, sous une même marque, dont l'association va contribuer à augmenter la visibilité, le pouvoir d'achat et la force d'attraction.

Outre la qualification du contrat d'affiliation, la décision consacre la validité des obligations perpétuelles dans les contrats commerciaux.

Il faut faire preuve de prudence lors de l'introduction dans les contrats commerciaux de clauses de renouvellement automatique. Il faut d'emblée se rappeler que les tribunaux les appliqueront, même si cela ne fait plus l'affaire des parties et même si elles créent des obligations perpétuelles. Il est vrai qu'en matière commerciale, il est souvent souhaitable d'établir des relations à long terme, mais la perpétuité c'est autre chose et elle est rarement souhaitable. Les relations et les parties évoluent, et une convention qui est avantageuse à un moment donné peut cesser de l'être au fil du temps. Les contrats devraient donc permettre aux parties de mettre un terme à leur relation d'une façon raisonnable sur le plan des affaires, ce qui veut dire limiter le nombre de renouvellements automatiques et accorder aux parties la possibilité de mettre un terme au cycle de renouvellements sans cause, sous réserve d'un préavis raisonnable. Comme le mentionne à juste titre la juge Côté dans la dissidence de la décision :

Je reconnais que les mécanismes du droit civil applicables en l'espèce sont assez complexes. Mais, comme toujours, le raisonnement sous-jacent est simple. Un tribunal devrait éviter de maintenir deux parties dans un mariage malheureux lorsqu'une seule des parties a une porte de sortie, en l'absence de vœux exprès à cet effet. Autrement dit, au moment de qualifier la durée d'un contrat, on ne doit pas inférer la perpétuité.⁷⁹

Selon l'opinion majoritaire de la Cour, il ne serait pas nécessaire de prévoir la perpétuité de façon expresse puisqu'elle peut résulter, d'une part, d'une clause de renouvellement automatique, même unilatérale comme dans l'affaire qui nous occupe et, d'autre part, d'un usage comme dans l'affaire *BMW*⁸⁰, d'où la prudence dont devrait faire preuve le rédacteur du contrat. Ne devrait-on pas se poser la question de savoir si un contrat expressément perpétuel

79. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, préc., note 76, par. 167 [nous soulignons].

80. *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068.

appelle le même traitement qu'un contrat à durée déterminée pouvant être prorogé indéfiniment par la seule volonté des parties ?

En droit québécois, il faut considérer que les contrats de franchise sont, pour la plupart, des contrats à durée déterminée. Il s'agit aussi souvent de contrats d'adhésion. La perpétuité est donc difficilement envisageable et peu conseillée dans ce type de contrat. Il faut par ailleurs souligner le danger de la perpétuité au sein des contrats d'adhésion ; l'obligation perpétuelle pourrait être qualifiée de clause abusive. Quoi qu'il en soit, en présence d'un contrat à durée déterminée, les tribunaux autoriseront la résiliation avant échéance seulement si les défauts imputables à une partie sont réels, sérieux et récurrents, à moins que la résiliation sans cause ne soit prévue au contrat. Dans le cadre de contrats à durée indéterminée, lesquels, rappelons-le, constituent une exception dans les contrats de franchise et de concession⁸¹, la résiliation sera possible moyennant préavis raisonnable. Quant à la « raisonabilité » du préavis, elle sera évaluée en fonction des investissements effectués par la partie adverse, de la période de temps pendant laquelle les parties ont fait des affaires et en fonction de la période d'amortissement des investissements. Concernant ce dernier élément – qui est d'ailleurs relevé par la majorité de la Cour dans son opinion –, soulignons que, contrairement à l'idée reçue, des études ont démontré que la durée prévue dans les contrats est bien supérieure à ce qui est nécessaire pour l'amortissement des investissements effectués par les parties⁸².

5.2 Le paradoxe du contrat de franchise verbal

Bien que le contrat de franchise soit un contrat non formaliste, nous n'aurions jamais pu imaginer, en raison de la complexité de la convention – il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'une toile de contrats –, qu'il soit possible de faire la preuve des éléments constitutifs du contrat de franchise hors le support d'un écrit, et pourtant ! C'est la conclusion à laquelle en arrive la Cour supérieure dans la décision *Duchesneau c. Gestion Milsa*⁸³.

81. *Ibid.* Selon la Cour d'appel, un contrat de concession à durée indéterminée constitue une exception.

82. Voir par exemple AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*.

83. 2017 QCCS 1593.

Duchesneau est un homme d'affaires qui désire ouvrir un restaurant en tant que franchisé sous la bannière *Le Milsa*. Il entreprend des pourparlers à cet effet avec Tadros (codéfendeur), actionnaire, administrateur et président de *Gestion Le Milsa inc.* (codéfenderesse), une société formée pour chapeauter les franchises *Le Milsa* et recevoir les redevances. En raison des déclarations de Tadros, qui soutient notamment avoir tout un système de franchises, Duchesneau croit que tous les restaurants *Le Milsa* constituent des entreprises franchisées. La plupart sont toutefois des restaurants « corporatifs » appartenant à des sociétés contrôlées par Tadros et son épouse Farias (codéfenderesse). On n'observe aucune uniformité entre les pratiques des restaurants, même entre les franchises. De plus, en raison des déclarations de Tadros, Duchesneau le perçoit comme un homme d'affaires d'expérience ; c'est ce que recherche le franchisé en faisant l'acquisition de ce type d'établissement. Il lui inspire confiance.

Les négociations s'enclenchent donc sérieusement entre les parties et l'état des résultats non vérifiés de deux restaurants *Le Milsa* est transmis à Duchesneau, qui s'en déclare satisfait. Or il s'agit de l'état des résultats des restaurants « corporatifs » et non des établissements franchisés, ce qui n'est pas révélé à Duchesneau. De plus, le coût de la main-d'œuvre dont il est fait état dans ces documents ne reflète pas la réalité puisque des salaires ont été versés au noir. Malgré ces déclarations mensongères, une entente de principe intervient entre *Gestion Le Milsa inc.* et Duchesneau suivant quoi ce dernier effectue un premier versement sur le prix de vente. Les parties poursuivent ensuite les négociations en vue de la conclusion d'un contrat de franchise, Duchesneau étant très actif en posant des questions et en formulant des suggestions.

Avant même la signature de l'entente finale, Duchesneau fait des démarches et engage des dépenses pour l'ouverture du restaurant. Tadros exprime toutefois certaines exigences quant à l'aménagement du restaurant, exigences auxquelles Duchesneau se plie tout en posant des questions pour bien s'y conformer. La collaboration de Tadros est toutefois irrégulière : il ne répond pas aux notes, commentaires et suggestions de Duchesneau au sujet du projet de convention. C'est ce qui explique que la convention de franchise tarde à être conclue, les parties ayant des différends sur certains points.

Même si, en raison des déclarations de Tadros, un manuel d'exploitation – qui décrit le savoir-faire transmissible du franchi-seur – est longtemps espéré par Duchesneau, aucun document n'est fourni, l'expertise, les exigences et l'équipement utilisé par Tadros n'étant consignés dans aucun document. Duchesneau doit donc se débrouiller seul en s'informant notamment auprès d'un autre franchisé pour connaître les produits à acquérir, la façon d'exploiter l'entreprise, etc. Les informations qu'il obtient sont cependant parcellaires et plusieurs produits sont acquis tardivement, après l'ouverture du restaurant. Plusieurs autres problèmes relatifs au manque d'assistance se présentent. Ainsi, Tadros ne fournit pas suffisamment d'uniformes pour tous les employés ; Duchesneau paie pour de la publicité qu'il n'obtient pas, etc. Enfin, Duchesneau met en place plusieurs initiatives pour son restaurant, lesquelles sont mal reçues par Tadros. Duchesneau commence à se sentir isolé, notamment lors des réunions ; Tadros évite même de le rencontrer. La tension augmente entre les deux hommes.

Bien que la convention n'ait pas été formalisée par écrit, la Cour supérieure juge que les éléments caractéristiques du contrat de franchise sont présents et que l'intention des parties de conclure un tel contrat était claire. La Cour rappelle que, même si l'entente n'énumère pas toutes les obligations et les modalités d'exécution, l'article 1434 C.c.Q. fait en sorte que des obligations implicites découlant de la nature du contrat, de l'usage et de la loi comblent ce vide.

Indépendamment des déclarations fausses ou incomplètes du franchiseur, la Cour juge qu'il ne peut y avoir annulation de l'entente puisqu'en continuant d'exploiter le restaurant sous la bannière *Le Milsa* pendant plusieurs années, en poursuivant les négociations et en payant certaines redevances, les demandeurs ont renoncé implicitement à invoquer la nullité.

Cependant, le tribunal reconnaît que le franchiseur est tenu de respecter ses obligations de bonne foi, de loyauté et de collaboration envers le franchisé. En l'espèce, il y a eu absence de véritable communication et la collaboration du franchiseur a été déficiente. Il y a donc faute contractuelle. De plus, Tadros est actionnaire, administrateur et l'un des principaux dirigeants de Gestion Milsa inc. Un administrateur peut encourir sa responsabilité s'il ne se conduit pas de la manière dont se serait conduite une personne raisonnablement prudente et diligente dans la mesure où cette conduite cause

un dommage à autrui. Tadros a donc transgressé ses obligations, notamment en raison de ses déclarations mensongères lors de la négociation de l'entente et pour toute la durée de son exécution ; de ses dénigrement et des menaces à l'endroit de Duchesneau ; de son mutisme face aux suggestions de ce dernier ; de l'isolement qu'il a pratiqué à l'endroit de Duchesneau et de sa société ; sans oublier les conditions qu'il lui a imposées en ce qui a trait à l'aménagement du restaurant après les investissements du franchisé à cet égard.

La Cour est cependant d'avis que la transmission de l'état de résultats d'autres restaurants ne constitue pas une promesse ou une garantie de rentabilité. Le fait de ne pas avoir atteint le seuil de rentabilité projeté dans une période anticipée n'est pas en soi la démonstration de déclarations mensongères ou d'une faute, car plusieurs impondérables peuvent affecter une entreprise en démarrage.

Que conclure d'une telle preuve ? Un autre juge en serait-il arrivé à la même décision ? Quels sont les éléments qui transcendent l'analyse de ce type de contrat eu égard au droit applicable ?

- À l'analyse de la jurisprudence récente en droit de la franchise, il est possible de constater qu'au moment de la conclusion du contrat, il arrive que le franchisé soit trompé par des manœuvres dolosives du franchiseur, ce qui vicie son consentement et donne ainsi ouverture à un recours en annulation. Dans une telle situation, le franchisé se retrouve démuné et ne peut assurer sa défense puisqu'il a englouti toutes ses économies dans l'acquisition de la franchise ; d'autant plus qu'il a un lourd fardeau de preuve pour obtenir réparation à la suite du dol :

Le franchisé doit [alors] prouver que l'erreur provoquée par le dol a été déterminante dans le choix du franchisé de contracter [...]. Il doit aussi démontrer que l'omission du franchiseur de le renseigner adéquatement a vicié son consentement au moment de la signature de la convention de franchise [...]. Enfin, le franchisé ne doit pas avoir ratifié le défaut du franchiseur de l'informer en attendant la terminaison de la convention de franchise avant de le soulever [...].⁸⁴

84. Pascale CLOUTIER, Marie-Hélène GAY, avec la collab. de Vanessa LEBLANC, « La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du franchiseur à l'égard des franchisés et des tiers », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la franchise et des groupements (2008)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 123, 128-129.

C'est exactement ce qui s'est passé dans l'affaire *Duchesneau*. Il s'agit d'une illustration classique d'un franchisé victime de manœuvres dolosives lors de la conclusion d'un contrat de franchise, mais dont la convention ne peut être annulée en raison de la poursuite des opérations par le franchisé. Il est donc indubitable que le franchisé québécois profiterait grandement d'une obligation de divulgation⁸⁵ accompagnée d'un droit de résolution qui contraindrait le franchiseur, comme cela existe dans plusieurs autres provinces canadiennes. Les relations franchiseur-franchisé n'en seraient que plus transparentes et stables.

- Concernant le caractère verbal du contrat, la Cour d'appel, dans la décision *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, définit ainsi la convention de franchise :

C'est un contrat à titre onéreux, synallagmatique et d'exécution successive. C'est aussi, parfois, un contrat d'adhésion, parce qu'il regroupe des clauses types dont le contenu n'est pas ouvert à discussion. La convention d'affiliation est, en outre, souvent conçue et rédigée par le franchiseur et est à prendre ou à laisser. Enfin, il s'agit d'un contrat innommé et mixte qui participe, par certaines de ses dispositions, à la fois aux contrats de société, de mandat, de vente et de louage.⁸⁶

Ainsi, la difficulté d'analyser sur le plan juridique la relation existant entre les membres d'un réseau de franchises tire son origine de la pluralité de liens contractuels à la base du contrat : il s'agit d'un contrat complexe. Trois formes de liens tissent principalement la toile du contrat : une convention de licence de savoir-faire, qui permet au franchiseur de réitérer sa réussite commerciale ; une convention de services, l'assistance technique par laquelle les franchisés vont profiter de l'expérience du franchiseur, lequel va les conseiller dans la gestion de leur entreprise et une convention innommée de regroupement entre entreprises juridiquement indépendantes.

Le savoir-faire désigne un ensemble d'habiletés acquises par l'expérience et de connaissances pratiques et techniques ayant une

85. CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur les franchises*, 2005, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/loisuniformes-courantes/671-franchises/1441-loi-uniforme-sur-les-franchises>>. *Franchises Act*, R.S.A. 2000, chap. F-23 ; *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, ch. 3.

86. *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, J.E. 98-39 (C.A.), REJB 1997-03777, par. 47.

valeur économique. La valeur économique de ces éléments, pour lesquels une personne est prête à verser une somme d'argent, correspond au temps qu'il n'aura pas à investir afin de l'acquérir par lui-même. Cette valeur économique repose sur trois attributs : le caractère substantiel, secret et transmissible du savoir-faire.

Pour que le savoir-faire soit transmissible, il doit être matérialisé, d'une quelconque façon, afin que l'exécution du contrat qui y réfère soit possible. La transmission du savoir-faire constitue l'élément essentiel du contrat de franchise : il doit pouvoir être communiqué. En l'absence de transmission d'un certain savoir-faire, on ne saurait être en présence d'un contrat de franchise, mais plutôt d'un accord-cadre de distribution. Puisque son apport constitue la cause du contrat et qu'il en est l'objet principal, la transmission de connaissances qui ne répondent pas aux critères de savoir-faire peut entraîner la nullité du contrat faute d'objet.

En résumé, l'objet de la franchise est de permettre à un entrepreneur, le franchisé, de démarrer une entreprise dans un domaine où il n'a pas d'expérience ou très peu. La transmission du savoir-faire pallie cette inexpérience et lui fait gagner du temps, économiser de l'argent et lui épargne nombre d'essais infructueux. Ainsi, ce savoir-faire doit avoir fait l'objet, de la part du franchiseur, d'une certaine expérience préalable attestant son utilité et son efficacité. Dans le cadre de l'accord de franchise, le savoir-faire doit par conséquent être décrit d'une façon suffisamment détaillée pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité, ce qui renvoie au critère de transmissibilité du savoir-faire.

Le contrat de franchise oblige par ailleurs le franchiseur à fournir une assistance technique continue durant toute la durée du contrat. Cette assistance se caractérisera par une mise à jour du savoir-faire, des conseils, des techniques, etc.

Suivant l'analyse de la preuve dans l'affaire *Duchesneau*, peut-on véritablement croire que tous ces éléments sont présents ?

5.3 Le franchisé : contre toute attente, un consommateur aux fins de la Loi sur la protection du consommateur

La dernière décision retenue en matière de contrat de franchise, *Khalil c. Nordic Maintenance inc.*⁸⁷, permet l'annulation du

87. 2017 QCCQ 5540.

contrat de franchise pour vice de consentement, mais dans un cas bien particulier. L'intérêt de cette affaire et l'originalité du recours résident dans la qualification du contrat. Le franchisé n'est plus un commerçant ou un entrepreneur conformément à l'analyse traditionnelle ; il s'agit d'un consommateur lésé aux fins de l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*⁸⁸. La question est donc de savoir si le franchisé répond aux conditions des articles 1e) et 2 LPC, ce qui lui permettrait de bénéficier de l'application de la loi :

L'article 1e) LPC définit par la négative ce qu'est un consommateur :

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

e) « consommateur » : une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ;

2. La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service.

Transposant cette disposition sous forme positive, le juge conclut « qu'un consommateur peut parfois être un commerçant s'il ne se procure pas un bien ou un service aux fins de son commerce »⁸⁹. Il rappelle cependant que la jurisprudence traite le consommateur comme une personne physique, peu expérimentée dans l'art des pratiques commerciales et que la recherche du profit⁹⁰ n'est pas exclue. Ce qui conduit le tribunal sur le terrain de l'article 229 LPC qui fournirait un éclairage utile au concept de consommateur :

229. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, à l'occasion de la sollicitation ou de la conclusion d'un contrat, faire une fausse représentation concernant la rentabilité ou un autre aspect d'une occasion d'affaires offerte à un consommateur.

Le juge cite ensuite le professeur Claude Masse sur l'interprétation à donner à la disposition et sur la possibilité d'y associer le franchisé. Selon ce dernier :

L'article 229 doit être considéré comme une exception au champ d'application de la L.P.C. (art. 2) et à la définition de consommateur

88. Préc., note 1.

89. *Khalil c. Nordic Maintenance inc.*, préc., note 87, par. 19.

90. *eBay Canada Ltd. c. Mojo Moko*, 2013 QCCA 1912.

(art. 1e)) qui sont limités, en règle générale, aux personnes qui se portent partie à un contrat pour des fins de consommation personnelle seulement et non pour des fins commerciales.⁹¹

Ce qui conduit le juge à conclure qu'une personne physique – comme le franchisé – qui contracte dans le but de se lancer en affaires constitue un consommateur protégé par la LPC :

Si le Tribunal considérait le franchisé, une personne inexpérimentée qui décide de se lancer en affaires, comme un commerçant, l'article 229 L.p.c. deviendrait vide de sens contrairement aux principes d'interprétation qui commande que la loi parle toujours [*Loi d'interprétation*, RLRQ, chap. I-16, art. 41, 41.1 et 49] plutôt qu'elle ne donne aucun effet.

La L.p.c. est une loi réparatrice qui doit recevoir une interprétation large et libérale [...] visant à rétablir le déséquilibre des forces, pouvoirs et savoirs entre le consommateur et le commerçant.

Cette loi vise à reconnaître des droits propres aux consommateurs, d'imposer des obligations spécifiques aux commerçants, de favoriser l'exercice des droits des consommateurs, de remédier à de possibles abus des commerçants et de procurer certains avantages aux consommateurs [...]. Une interprétation ayant le potentiel de supprimer de possibles abus subis par des consommateurs ne peut être mise de côté.

La jurisprudence a déjà reconnu qu'une personne physique qui contracte dans le but de se lancer en affaires est alors un consommateur protégé par cette Loi.⁹²

Un tel recours est extrêmement intéressant en droit québécois pour les nouveaux franchisés à qui l'on fait souvent miroiter la fortune assurée, alors qu'il ne s'agit pas de véritables réseaux de franchises, mais de coups montés pour profiter de leur crédulité. Ces nouveaux entrepreneurs voient alors les économies d'une vie disparaître sans qu'ils aient le temps de réagir et surtout sans qu'ils aient les moyens de les récupérer. Malgré l'intérêt du recours, la question demeure de savoir si une telle interprétation est valable en droit québécois et acceptable eu égard à la philosophie du droit de la consommation. En doctrine, seul le professeur Masse s'est exprimé,

91. Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 872.

92. *Khalil c. Nordic Maintenance inc.*, préc., note 87, par. 27-30.

en 1999, sur l'article 229 LPC et le sens exceptionnel qu'il commanderait pour la définition du terme « consommateur ».

Quant aux tribunaux, par la voix de la juge Chantal Gosselin dans l'affaire *Khalil*, elle s'inspire de l'interprétation développée par le juge Meyer de la Cour supérieure dans la décision *Québec (Procureur général de la province de) c. Putterman*⁹³ en 1983, laquelle a été suivie en 1986 par la juge Aline Desjardins dans les affaires *Zannis* et *Sauvé*⁹⁴ et par le juge Yves Mayrand en 1991 dans la décision *Office de la protection du consommateur c. 139561 Canada ltée*⁹⁵. Dans toutes ces décisions, la Cour supérieure conclut que l'article 229 LPC doit être considéré comme une exception à la définition de « consommateur » de l'article 1e) et au champ d'application de l'article 2 et que sans une telle interprétation, l'article 229 n'aurait aucun sens.

Il faut enfin souligner que c'est la première fois que la disposition est appliquée à un franchisé.

6. L'escompte pour personne-clé : le prix de la perte d'un collaborateur essentiel

Cloutier et Lortie exploitent ensemble plusieurs entreprises liées au domaine de l'aviation. Ils ont chacun des tâches importantes dans la gestion de ces entreprises (l'entreprise), dont ils sont propriétaires en parts égales. Le talent, les connaissances et l'expérience pratique de Lortie comme pilote, mais aussi comme mécanicien, sont toutefois largement mis à contribution dans l'entreprise.

À la suite de leur séparation, Cloutier et Lortie négocient pour que Lortie acquière les actions. Ces négociations n'aboutissent toutefois pas et Cloutier introduit un recours en oppression contre Lortie. En cours d'audience, les parties s'entendent pour s'en remettre au tribunal pour la fixation de la valeur des actions. La question est de savoir s'il faut prévoir, dans ces calculs, une dépré-

93. C.S.P. Montréal, n° 500-27-012860-815, 19 janvier 1983, j. Tarasofsky ; C.S. Montréal, n° 36-000035-835, 6 juillet 1983, j. Meyer.

94. *Zannis c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 847 (C.S.) ; *Sauvé c. Service sanitaire de la Rive-sud inc.*, [1986] AZ-86021415 (C.S.) (appels principal et incident rejetés, C.A. 1992-06-17, n° 500-09001032-861 ; requêtes pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetées, C.S.C., 1993-02-04, 23143).

95. [1991] AZ-91021547 (C.S.).

ciation de la valeur des actions, soit un escompte pour personne-clé⁹⁶.

Alors que l'expert de Cloutier prétend que la valeur de ses actions doit être établie exclusivement selon leur juste valeur, comme si elles étaient déjà entre les mains de Lortie, l'expert de Lortie croit au contraire que cette valeur doit être établie selon la juste valeur marchande et comprendre une dévaluation.

Selon le tribunal, le calcul de la valeur des actions doit se faire selon la juste valeur marchande, c'est-à-dire en fonction de ce qu'un tiers bien informé et sans contrainte serait prêt à payer pour acquérir les actions. Il faut donc tenir compte de certains désavantages et facteurs de risques et appliquer des escomptes à la valeur des actions. L'un de ces désavantages est la possibilité qu'un employé-clé, comme Lortie, quitte l'entreprise alors qu'il y joue un rôle essentiel. En effet, le risque qu'un acheteur éventuel courrait en faisant l'acquisition des actions de Cloutier serait plus grand puisque, advenant le départ de Lortie, la continuité d'exploitation de l'entreprise serait compromise.

Le tribunal estime donc que si, dans certains cas, la valeur des actions doit être déterminée simplement selon la juste valeur lorsqu'on a démontré, par exemple, l'oppression ou la position d'infériorité d'un actionnaire par rapport aux autres, tel n'est absolument pas le cas ici. Le tribunal avait seulement le mandat d'établir la valeur des actions de Cloutier et non de rétablir l'équilibre entre deux actionnaires afin qu'une dépréciation de la valeur des actions ne soit pas imposée à un actionnaire forcé de vendre.

Le juge Pierre C. Bellavance a, dans cette affaire, bien saisi la différence d'approche entre les experts des parties qui divergent essentiellement d'opinion sur l'application ou non d'un escompte pour personne-clé dans la détermination de la valeur de l'entreprise. Alors que la juste valeur est privilégiée lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur des actions détenues par un associé opprimé ou obligé de vendre, la juste valeur marchande consiste plutôt à rechercher

[...] le prix le plus élevé, exprimé en équivalent de trésorerie, pouvant être obtenu dans le cadre d'une transaction, sur un marché où la concurrence peut librement s'exercer, entre un acheteur et un ven-

96. *Cloutier c. Lortie*, 2017 QCCS 1855.

deur hypothétiques, consentants, aptes à transiger, sans lien de dépendance, libres de toute contrainte et raisonnablement informés des faits pertinents.⁹⁷

Le contexte n'est donc absolument pas le même.

Les décisions des tribunaux en matière de situation d'oppression ou d'autres obligations de vente obligent les juges à rétablir l'équilibre entre les actionnaires en recherchant la juste valeur des actions soumises au rachat. Par exemple, dans la décision *Desjardins c. Desjardins*⁹⁸, le juge Clément Gascon, aujourd'hui à la Cour suprême du Canada, avait très bien expliqué pourquoi il s'avérait impossible d'imposer une dépréciation à la valeur des actions d'un actionnaire forcé de vendre. Conclure autrement, en imposant un escompte à un rachat d'actions forcé, constituerait un non-sens et pénaliserait indûment l'actionnaire exclu de la société :

344 Lorsqu'un tribunal doit procéder à l'évaluation d'actions, les circonstances propres à l'espèce sont déterminantes. Ici, ce que doit rechercher d'abord et avant tout le Tribunal, c'est une valeur qui soit juste et équitable dans les faits.

345 En effet, en matière de conflit entre actionnaires, le concept d'expectative légitime est aussi important au niveau de l'application du remède. Or, dans le cas de la famille Desjardins, on ne peut ignorer qu'une expectative légitime de tous demeure une égalité de traitement entre chacun. C'est ce que voulait d'ailleurs feu Anatole.

346 Dans cette mesure, l'approche préconisée par Danièle, Claude et Jacques voulant que l'on doive s'en remettre à l'établissement d'une juste valeur marchande et, partant, appliquer des escomptes de minoritaire ou de faible négociabilité ne s'inscrit simplement pas dans le sens de ces expectatives légitimes.

347 Dans les circonstances de ce dossier, le rôle du Tribunal est plutôt de rechercher ce qui serait la juste valeur des actions, par opposition à leur juste valeur marchande.⁹⁹

Tel n'est cependant pas le cas dans la présente affaire où, bien que l'un des ex-conjoints ait introduit un recours en oppression, les parties se sont par la suite entendues pour s'en remettre au tribunal

97. *Ibid.*, par. 25.

98. 2008 @CCS 4577, par. 357.

99. *Ibid.*, par. 344-347.

pour la fixation de la valeur des actions. Le mandat de la Cour était donc très clair :

Ainsi, même si le Tribunal conçoit bien que l'on doit rechercher la juste valeur et non la J.V.M. dans un contexte où l'on a démontré l'oppression ou la position d'infériorité d'un actionnaire par rapport aux autres, il se refuse à adopter une telle approche dans un cas comme celui-ci où on a limité son mandat à déterminer la valeur d'une entreprise sans tenir compte d'une situation potentielle d'oppression et des arguments qui auraient pu en découler.¹⁰⁰

Le tribunal n'avait donc aucun équilibre à rétablir puisque « toute preuve permettant de voir si un actionnaire aurait agi de mauvaise foi ou pour opprimer l'autre a été évincée du dossier par une décision commune des parties »¹⁰¹. Il n'avait aucune raison de ne pas se fier « aux données issues du marché, c'est-à-dire à ce qu'un tiers, ayant toutes les informations nécessaires, serait prêt à payer sans contrainte, et que représente justement le concept de « J.V.M. » »¹⁰².

Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur de l'entreprise sans égard à la présence ou non d'une situation d'oppression, la recherche de la juste valeur marchande constitue la seule approche appropriée puisqu'elle permet de déterminer ce qu'un tiers bien informé, et sans contrainte, serait prêt à payer pour l'acquisition de l'entreprise. À ce titre, il faut considérer qu'un acheteur éventuel paierait moins pour cette entreprise s'il craignait, par exemple, que l'actionnaire puisse quitter l'entreprise, en raison de son rôle au sein de l'entreprise.

Ainsi, lorsque la destinée d'une entreprise est étroitement associée à la présence d'une personne, la valeur de cette entreprise doit être déterminée en considérant cet élément puisqu'un acquéreur prudent tiendra nécessairement compte de la perte possible de cette personne dans l'évaluation de l'entreprise. Cette dévaluation de l'entreprise s'effectuera en imposant un escompte pour personne-clé à la valeur globale de l'entreprise. Cet escompte est la conséquence de la notion d'achalandage personnel, lequel, à la différence de l'achalandage commercial, n'est pas associé à l'entreprise

100. *Cloutier c. Lortie*, préc., note 96, par. 46.

101. *Ibid.*, par. 48.

102. *Ibid.*, par. 47.

et ne peut donc être transféré à l'acquéreur. Il constitue donc une perte de valeur pour l'entreprise.

C'est la raison pour laquelle il s'avère extrêmement important pour une entreprise de bien mesurer le rôle de la personne-clé au sein de l'entreprise, l'incidence de son retrait, la possibilité et le coût associés à son remplacement. Voilà pourquoi afin de faciliter la vente d'une entreprise où l'achalandage personnel est prépondérant, il est possible de convenir d'une clause de non-concurrence par laquelle la personne-clé s'engage à demeurer à l'emploi de l'entreprise pour une période de temps raisonnable afin de permettre aux nouveaux actionnaires de développer des liens d'affaires avec la clientèle.

7. Le mandat apparent : l'obligation pour le tiers de bonne foi de consulter le registre des entreprises

Englobe Corporation¹⁰³ réclame une somme de plus de 13 300 \$ pour des services professionnels rendus au défendeur Giguère (faisant affaire sous le nom de Beauce Émondage) mais que ce dernier n'a pas payée. L'offre de services aurait été acceptée par le fils du défendeur, pour le compte de Beauce Émondage, alors qu'il n'était apparemment pas autorisé à engager l'entreprise.

L'article 2163 C.c.Q. est au cœur du litige. Selon les parties, trois conditions doivent être satisfaites pour conclure à l'existence d'un mandat apparent : « 1) l'absence de pouvoirs de représentation ; 2) l'erreur de bonne foi commise par le tiers ; 3) les motifs raisonnables donnés par le mandant de croire au mandat »¹⁰⁴. Toutefois, dans la décision *London Life Insurance Company c. Long*¹⁰⁵, bien qu'elle réitère la pertinence des trois critères, la Cour d'appel du Québec raffine l'analyse en subdivisant la condition relative à la bonne foi en deux volets, l'un subjectif et l'autre objectif :

Bref, pour vérifier si la théorie du mandat apparent bénéficie à celui qui poursuit en responsabilité civile délictuelle pour la faute commise par un mandataire apparent, tenant en compte tous les enseignements qui précèdent, il y a lieu de faire usage d'une grille d'analyse en quatre points : (1) l'absence de mandat ou de pouvoir de représentation du mandataire apparent ; (2) la bonne foi du réclamant (le volet

103. *Englobe Corporation (LVM) c. Giguère (Beauce Émondage)*, 2017 QCCQ 3001.

104. *Ibid.*, par. 25.

105. 2016 QCCA 1434, par. 203 (J. St-Pierre).

subjectif de la bonne foi) ; (3) une croyance légitime chez le réclamant voulant que le mandataire apparent ait été mandataire ou qu'il ait réellement détenu le pouvoir de représentation (le volet objectif de la bonne foi) ; (4) une croyance légitime qui découle d'actions ou d'omissions du mandant apparent.

Par conséquent, en appliquant cette nouvelle grille d'analyse en quatre volets aux faits de l'espèce, la Cour du Québec est d'avis que si les ingénieurs de la demanderesse croyaient de bonne foi que le fils Giguère pouvait engager la responsabilité contractuelle de Beauce Émondage – ils ignoraient donc son absence de mandat –, une simple vérification au registre des entreprises leur aurait permis de constater que Beauce Émondage constituait une entreprise individuelle, propriété exclusive du père, et que cette entreprise ne comptait aucun salarié. Un tiers peut donc être subjectivement de bonne foi – comme les ingénieurs de la demanderesse en l'espèce –, mais commettre une faute en ne vérifiant pas les pouvoirs du mandataire. C'est ce qui ressort d'ailleurs de la preuve dans la présente affaire.

En raffinant en 2016 la condition de la bonne foi prévue expressément à l'article 2163 C.c.Q., la Cour d'appel consacrait l'interprétation qui prévalait en doctrine depuis presque 40 ans. En effet, déjà en 1980, dans un texte publié dans la *Revue juridique Thémis*, Claude Fabien et Anne-Marie Morel écrivaient :

La bonne foi s'apprécie *in concreto*, en rapport avec la croyance subjective et véritable du tiers, tandis que les motifs raisonnables s'apprécient *in abstracto*, en référence à un standard juridique externe. Les deux critères sont utiles et complémentaires : la protection du mandant exige qu'ils soient réunis. En effet, il peut survenir des situations où il existe des motifs raisonnables de croire à un mandat, alors que, de fait, le tiers croit le contraire parce qu'il a eu accès à une information secrète et privilégiée sur le défaut de pouvoir du mandataire apparent. À l'inverse, un tiers peut être absolument convaincu de la qualité du mandataire apparent, mais être victime d'un excès de crédulité, de naïveté, d'ignorance ou d'inexpérience. Dans les deux cas, le bénéfice de la règle de l'article 1730 C.c. [maintenant 2163 C.c.Q.] sera refusé au tiers.

On doit toutefois reconnaître que la frontière entre la bonne foi et les motifs raisonnables est délicate à tracer. Nous avons étudié dans la section consacrée à la bonne foi l'obligation du tiers de vérifier les pouvoirs du mandataire apparent. Il semble bien que cette obligation s'apprécie également *in abstracto*. Il y a obligation de vérifier lorsqu'une personne normalement prudente et diligente est placée devant

des apparences telles qu'elles créent chez lui un doute sur l'étendue véritable des pouvoirs du mandataire et qu'elles l'incitent à faire une vérification raisonnable. À notre avis, il serait possible de soutenir que « l'obligation de vérifier » n'est que le corollaire des « motifs raisonnables » et qu'il existe un lien logique entre les deux éléments, fondé sur leur critère commun d'appréciation *in abstracto*. Toutefois, la jurisprudence a traditionnellement fait de l'obligation de vérifier les pouvoirs une condition de la bonne foi du tiers, et dans la mesure où nous avons voulu présenter une image fidèle de la jurisprudence, nous avons suivi cette approche.¹⁰⁶

En 1993, au moment de la réforme du Code civil, le professeur Fabien écrivait encore :

En premier lieu, la situation visée est bien celle où le mandataire a agi sans pouvoir. On l'apprend à la dernière ligne, en lisant le mot « erreur » : la croyance du tiers est erronée et il n'y a pas véritablement mandat.

En second lieu, le tiers doit être de bonne foi. Il faut y voir d'abord une exigence de bonne foi subjective (le tiers doit ignorer l'absence de pouvoirs) et aussi une exigence de bonne foi objective (la croyance erronée du tiers ne doit pas être la conséquence d'une faute de sa part). Cette notion objective de bonne foi est celle-là même qui est introduite en force au Code par les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.

En troisième lieu, bien que le nouveau texte fasse disparaître les termes « motifs raisonnables de croire au mandat » auxquels l'article 1730 C.c.B.C. nous avait habitués, on peut en retrouver la substance par interprétation de la « bonne foi » objective. Lorsqu'on applique le test de la « raison » aux « motifs raisonnables » de l'article 1730 C.c.B.C., on se demande en réalité si le tiers a commis une faute dans l'appréciation des faits qui l'ont conduit à croire au mandat, faute que n'aurait pas commise la personne normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances externes. Le test de la bonne foi objective imposé par l'article 2163 C.c.Q. est de même nature. Il écartera, du bénéfice du mandat apparent, le tiers crédule ou négligent.

Le quatrième élément de 1730 C.c.B.C., relatif à la source des apparences, semble avoir été modifié dans le sens indiqué par la jurisprudence. L'article 1730 C.c.B.C. vise le mandant qui « a donné » des motifs raisonnables, mais erronés de croire au mandat. L'article 2163 C.c.Q. vise le mandant qui « laisse croire » erronément qu'une personne est son mandataire. Ce terme est plus large. Il ne suppose pas de rapport de causalité étroit et direct. Il englobe les cas où le mandant

106. Claude FABIEN et Anne-Marie MOREL, « Le mandat apparent », (1980-81) 15 *R.J.T.* 319, 340 et 341 [nous soulignons].

tient un rôle mineur, partiel, voire même passif. Il recouvre les cas où le rôle du mandant s'est limité à créer une discordance entre les pouvoirs réels qu'il donne à son mandataire et les pouvoirs inhérents au titre ou à la fonction qu'il lui attribue.¹⁰⁷

Ces propos trouvent écho, selon la Cour d'appel, dans les obligations jurisprudentielles de renseigner et de se renseigner consacrées en 1992 par le plus haut tribunal du pays dans *Banque de Montréal c. Bail Ltée*. À ce sujet, le juge Gonthier écrivait :

[...] cependant, j'ajouterais qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires.¹⁰⁸

Dans la présente affaire, le juge Christian Brunelle de la Cour du Québec arrive à la conclusion qu'une simple vérification du registre des entreprises aurait permis à la demanderesse de constater que Beauce Émondage était une entreprise individuelle appartenant à Jean-Marc et non à Stéphane Giguère ; que ses activités se limitaient aux services forestiers et à l'émondage et que par conséquent, ces activités n'avaient aucun lien avec les services professionnels escomptés ; enfin, que cette entreprise ne comportait aucun salarié :

Forte de ces informations publiques, une personne raisonnablement prudente et diligente aurait vraisemblablement entretenu un doute l'incitant à se renseigner davantage.

Elle aurait ainsi cherché à savoir quel est le rôle plus précis que joue, le cas échéant, Stéphane Giguère dans cette entreprise, d'une part, et en quoi la mise en place d'une tour de télécommunication s'inscrit dans les activités de cette même entreprise, d'autre part.

« Cela aurait dû sonner une cloche », plaide, à bon droit, le procureur de Jean-Marc Giguère¹⁰⁹.

Cette affaire met en exergue l'enjeu essentiel d'un système de publicité légale – les effets de l'immatriculation – aussi important

107. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 881, 916-917 [nous soulignons].

108. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 587.

109. *Englobe Corporation (LVM) c. Giguère (Beauce Émondage)*, préc., note 103, par. 43-45.

pour les tiers que pour les assujettis, soit les articles 98 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises*¹¹⁰ et 2195 C.c.Q., qui traitent de l'opposabilité, du caractère probant et du caractère authentique des déclarations déposées au registre.

Les déclarations sont, tout d'abord, opposables aux tiers. 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 entreprises. Ce principe d'opposabilité a pour principal objectif de protéger l'entreprise. En effet, comme le souligne le ministre dans ses Commentaires, « [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 »¹¹¹. L'assujetti qui a produit ses déclarations peut considérer que les tiers ont été dûment informés.

Les déclarations font d'autre part preuve de leur contenu, ce qui implique que les tiers peuvent utiliser l'information déclarée au registre à leur profit. Ils doivent, par conséquent, pouvoir se fier à l'information déposée au registre indépendamment de sa véracité, de son intégrité. Si la déclaration comporte des erreurs ou si elle n'est plus à jour, ce n'est pas aux tiers d'en subir les conséquences, mais aux assujettis responsables en vertu de l'article 2196 C.c.Q.¹¹².

Enfin, le troisième et dernier principe qui découle des articles 2195 C.c.Q. et 98 LPLE est le caractère authentique du registre des entreprises :

2814 C.c.Q. : Sont authentiques, notamment les documents suivants, s'ils respectent les exigences de la loi :

[...]

5° Les registres à caractère public dont la loi requiert la tenue par des officiers publics ;

[...]

110. Préc., note 42.

111. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 2195, EYB1993CM2196.

112. C. BOUCHARD, préc., note 53, voir les commentaires relatifs à l'article 2196 C.c.Q., EYB2013DCQ1578.

9 LPLE : Un document provenant du registraire ou d'un employé visé à l'article 4, de même que toute copie de ce document, est authentique si le document est signé ou la copie est certifiée conforme par une personne visée au premier alinéa de l'article 8.

Comme l'exprimait l'un des premiers commentateurs de la réforme de la publicité légale en 1994 :

L'authenticité vise à assumer la protection des tiers de bonne foi. Ces derniers pourront se fier aux informations déclarées au registre. Cela permet d'éviter les problèmes, les coûts et les délais inhérents à l'élaboration d'une preuve suffisante en cas de poursuite judiciaire. Il en découle également un climat de confiance qui émane de la sécurité juridique assurée par l'authenticité. Le tiers peut consulter le registre et se fier entièrement aux informations qui s'y trouvent, d'où un meilleur fonctionnement du milieu économique. Par ailleurs, le tiers peut toujours contredire ces informations par tous les moyens.¹¹³

Les tribunaux appliquent ces principes avec rigueur. Ainsi, a-t-il été jugé qu'un ex-associé est responsable envers les tiers des dettes sociales tant que son nom apparaît dans la déclaration d'immatriculation¹¹⁴. La protection n'est toutefois offerte qu'aux tiers de bonne foi qui, par exemple, en l'absence de déclaration de dissolution, ignoraient les changements intervenus dans la composition de la société. Ainsi, les associés sont libérés de leur responsabilité, si la dissolution de la société était connue des tiers ou si ceux-ci n'ont pas été induits en erreur, malgré l'absence de déclaration¹¹⁵.

Le deuxième alinéa des articles 2195 C.c.Q. et 98 LPLE vient nuancer l'effet du premier alinéa. Bien que les informations contenues au registre des entreprises soient opposables aux tiers, ceux-ci peuvent les contredire suivant les méthodes prévues par la loi. Le tiers peut, par exemple, utiliser un témoignage pour démontrer qu'un associé occulte ou non inscrit au registre a laissé croire qu'il

113. Marc-André LABRECQUE, « Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 257, à la p. 268.

114. *Jean-Rock Dodier inc. c. Champagne*, 2002 CanLII 14808 (QC C.Q.) ; *Duval-Hesler c. Lalande*, J.E. 97-8 (C.Q.), EYB 1996- 87802.

115. *Standard Tobacco Company v. Desgagnés*, [1958] C.S. 390 ; *The B.V.D. Company Limited c. Bergeron*, [1962] R.L. 414.

était associé et il pourra le tenir pour responsable des obligations contractées dans ces circonstances¹¹⁶.

CONCLUSION

Il aura fallu attendre presque un quart de siècle pour que le statut de la société de personnes se précise enfin. Après une analyse rigoureuse de la législation, la Cour du Québec conclut que rien ne fait obstacle à ce qu'une société de personnes constitue un « organisme privé » et puisse être représentée par ses « dirigeants » devant un tribunal quasi judiciaire. De plus, la *Loi sur la qualité de l'environnement*, qui assimile la société de personnes à une « personne » afin d'éviter toute disparité de traitement entre les entités juridiques et le *Règlement sur les exploitations agricoles*, qui utilise un libellé inclusif pour prévoir des pénalités en privilégiant les termes « dans les autres cas » plutôt que « personne morale », constituent deux exemples d'harmonisation qui auraient avantage à être connus et étendus à l'ensemble de la législation québécoise.

Et, pour sceller l'avancée des sociétés, nous avons appris en décembre 2017 que le législateur¹¹⁷ introduisait enfin des exonérations de paiement du droit de mutation lorsqu'une société de personnes prend part au transfert d'un immeuble au même titre qu'une personne morale. Ainsi, les exonérations prévues aux paragraphes a), b) et d) s'appliquent aux sociétés de personnes depuis le 21 décembre 2017. Cette réforme est extrêmement importante pour les sociétés de personnes. Elle les soulage d'un fardeau discriminatoire pour toute entreprise exploitée sous la forme d'une société de personnes. Heureusement, cette épée de Damoclès, qui menaçait de s'abattre sur la tête de toute société lors de transactions immobilières

116. Art. 2222, al. 1 C.c.Q. Cela revient à l'interprétation *a contrario* de la décision *Duval-Hesler c. Lalande*, J.E. 97-8 (C.Q.), EYB 1996- 87802. Les moyens disponibles pour le tiers sont donc tous ceux mentionnés aux articles 2811 à 2856 C.c.Q., soit l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu ou la présentation d'un élément matériel, conformément aux règles énoncées dans le présent livre et de la manière indiquée par le *Code de procédure civile* ou par quelque autre loi.

117. FINANCES QUÉBEC, *Bulletin d'information – Modifications apportées à diverses mesures à caractère fiscal et harmonisation à certaines mesures fiscales fédérales*, 2017-14, 20 décembre 2017, en ligne : <http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/bulletins/fr/BULFR_2017-14-f-b.pdf>. La loi n'est pas encore écrite, mais ces modifications s'appliquent au transfert d'un immeuble effectué après le jour de la publication (p. 14 du document), donc à partir du 21 décembre 2017.

res, puisque la taxation était laissée à la discrétion des municipalités, est enfin disparue !

Dans un tout autre secteur, les développements en matière de contrats de franchise ne peuvent non plus être passés sous silence. La décision *Uniprix* est particulièrement importante dans l'évolution de la théorie générale des contrats de distribution en sol québécois. Les mariages *ad vitam aeternam* sont tout à fait légaux selon la Cour suprême, mais nous sommes d'avis qu'ils ne devraient pas être conseillés. Les contrats de franchise, par exemple, sont dans la plupart des cas, des contrats à durée déterminée où le renouvellement doit être négocié. Il devrait être possible aux parties de mettre un terme à leur relation d'affaires d'une façon raisonnable pour tous. Par conséquent, si les parties souhaitent adopter une clause de renouvellement automatique, le renouvellement devrait être limité et les parties devraient avoir la possibilité de mettre un terme au contrat avec un préavis raisonnable. Il n'est jamais sain pour une entreprise de garder prisonnier un cocontractant qui désire se retirer.

Toujours en matière de franchise, la décision *Khalil* est porteuse d'espoir pour l'évolution de ce contrat innommé en droit québécois et particulièrement pour la protection du nouveau franchisé, personne physique, qui se verrait flouer à l'occasion d'une occasion d'affaires qui n'en est pas une.

Les décisions portant sur la coentreprise illustrent le flou de leur statut juridique. Le Québec n'ayant adopté aucune disposition pour les encadrer, leur statut demeure imprécis. Les tribunaux doivent donc s'en rapporter aux contrats rédigés par les parties et rechercher leur intention pour régler un litige non prévu par la convention. Les juges tenteront de qualifier le contrat, et c'est souvent à cette étape que la coentreprise sera assimilée à la société. Mais la coentreprise n'est pas toujours une société, très souvent un contrat innommé, un consortium, dont l'insécurité du régime juridique conduira tant le législateur que les tribunaux à préférer la gouvernance des sociétés, quitte à dénaturer la relation. Seul le législateur pourra définitivement mettre un terme à la confusion.

La décision *Cloutier c. Lortie* rappelle que lorsqu'on doit procéder à l'évaluation d'une entreprise, les circonstances ayant conduit à la vente sont extrêmement importantes puisque les parties, l'expert ou encore le tribunal doivent établir une valeur pour

l'entreprise qui soit juste et équitable « dans les faits » pour les parties.

Enfin, dans la décision *Englobe c. Giguère*, même si l'entreprise tiers réclamante était de bonne foi et qu'elle ignorait que le fils de l'entrepreneur – le mandataire apparent – n'avait pas la capacité d'engager l'entreprise, la vérification du registre des entreprises lui aurait permis de constater que le mandataire apparent n'avait pas les pouvoirs nécessaires. Par conséquent, bien qu'Englobe était subjectivement de bonne foi au départ, elle aurait dû consulter le registre des entreprises avant de conclure le contrat. Ce volet objectif du critère de la bonne foi s'avérait fondamental pour la protection du mandant (Beauce Émondage). Ces deux dimensions de la bonne foi devaient être respectées pour conclure à l'application du mandat apparent selon 2163 C.c.Q.

Au-delà des conclusions propres à chacune de ces décisions, ce que plusieurs de ces affaires mettent en exergue, c'est la possibilité pour les tribunaux d'être créatifs afin de faire évoluer le droit. Nous en avons plusieurs excellents exemples dans cette cuvée 2017, dont la représentation des sociétés de personnes par leurs dirigeants devant les tribunaux administratifs et le recours en vertu de l'article 229 LPC qui définit, contre toute attente, le franchisé comme un consommateur.