

## Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership* : une étude de droit comparé canadien

Charlaine Bouchard

Volume 42, numéro 2, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043635ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043635ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bouchard, C. (2001). Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership* : une étude de droit comparé canadien. *Les Cahiers de droit*, 42(2), 155–213. <https://doi.org/10.7202/043635ar>

### Résumé de l'article

En droit civil ainsi qu'en common law, la société est un groupement contractuel de personnes de nature particulière puisque, en plus de la création d'obligations entre les associés, celui-ci engendre une représentation à l'égard des tiers.

Au Québec, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, la majorité, tant en jurisprudence qu'en doctrine, expliquait cette représentation par la personnalité morale. Aujourd'hui, en vertu du *Code civil du Québec*, le débat ne se présente plus de la même façon. L'individualité juridique est maintenue, mais la qualité de personne morale est niée. Dans les autres provinces canadiennes, cette question n'a pas suscité autant d'intérêt. Les tribunaux s'entendent depuis fort longtemps sur le fait que le *partnership* ne constitue pas une entité juridique.

La présente analyse permettra de comparer, dans ses différentes dimensions, la nature juridique du contrat de société dans les deux systèmes de droit canadien.

# Les rapprochements entre la société de personnes et le *partnership* : une étude de droit comparé canadien\*

---

Charlaine BOUCHARD\*\*

*En droit civil ainsi qu'en common law, la société est un groupement contractuel de personnes de nature particulière puisque, en plus de la création d'obligations entre les associés, celui-ci engendre une représentation à l'égard des tiers.*

*Au Québec, sous l'empire du Code civil du Bas Canada, la majorité, tant en jurisprudence qu'en doctrine, expliquait cette représentation par la personnalité morale. Aujourd'hui, en vertu du Code civil du Québec, le débat ne se présente plus de la même façon. L'individualité juridique est maintenue, mais la qualité de personne morale est niée. Dans les autres provinces canadiennes, cette question n'a pas suscité autant d'intérêt. Les tribunaux s'entendent depuis fort longtemps sur le fait que le *partnership* ne constitue pas une entité juridique.*

*La présente analyse permettra de comparer, dans ses différentes dimensions, la nature juridique du contrat de société dans les deux systèmes de droit canadien.*

---

*In the civil law as in the common law systems, society is a conventional grouping of persons of a specific kind, which in addition to the*

---

\* L'étude sur laquelle est basée le présent texte a été réalisée pour le compte du ministère de la Justice du Canada dans le contexte du Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil provincial.

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

creation of obligations between parties, they may create representations with regard to third parties.

Formerly in Quebec, under the Civil Code of Lower Canada, jurisprudential and doctrinal sources both explained such representation on the basis of legal personality. Today, under the Civil Code of Quebec, this issue is no longer presented in the same manner. Juridical individuality is maintained but the quality of legal personality is no longer recognized. In the other Canadian provinces, this issue has not generated comparable interest for it has long been settled before the courts that a partnership does not constitute a legal entity.

This current analysis makes it possible to compare the legal nature of the contract of partnership in its varying dimensions as experienced in both legal systems of Canada.

---

|                                                                                              | <i>Pages</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>1 Le droit commun des sociétés</b> .....                                                  | 157          |
| 1.1 Le contrat de société .....                                                              | 158          |
| 1.1.2 La common law .....                                                                    | 163          |
| 1.2 Les différentes formes de sociétés .....                                                 | 171          |
| 1.2.1 Le <i>Code civil du Québec</i> .....                                                   | 171          |
| 1.2.2 Les <i>Partnerships Acts</i> .....                                                     | 179          |
| 1.3 La <i>joint venture</i> .....                                                            | 184          |
| 1.3.1 Les provinces de common law .....                                                      | 185          |
| 1.3.2 Le droit québécois .....                                                               | 188          |
| <b>2 L'individualité juridique des sociétés</b> .....                                        | 190          |
| 2.1 Le débat sur la personnalité morale des sociétés en droit civil .....                    | 190          |
| 2.1.1 Le <i>Code civil du Bas Canada</i> et la conception de la personnalité morale .....    | 191          |
| 2.1.2 Le <i>Code civil du Québec</i> et la conception du patrimoine d'affectation .....      | 198          |
| 2.2 La négation de la qualité de personne morale aux <i>partnerships</i> de common law ..... | 207          |
| 2.2.1 La firme et la conception de la propriété .....                                        | 207          |
| 2.2.2 Les manifestations de l'autonomie juridique des <i>partnerships</i> .....              | 209          |
| <b>Conclusion</b> .....                                                                      | 211          |

---

En 1994, le législateur québécois a réorganisé le droit des sociétés de personnes avec l'idée de l'adapter aux réalités contemporaines. Ainsi, la distinction désuète entre les sociétés particulières et universelles a été abolie, tout comme celle entre les sociétés civiles et commerciales. Les conditions de formation du contrat ont été clairement établies et les règles de publicité renouvelées avec le souci de la protection des tiers.

La question de la personnalité juridique des sociétés a aussi été complètement rebalisée : la société n'est pas une personne morale, mais ses attributs juridiques sont plus importants qu'en vertu de l'ancien Code. Comment expliquer un tel paradoxe au regard de l'analyse traditionnelle, alors même que la Cour d'appel, par un jugement élatant<sup>1</sup>, vient renforcer la controverse ?

La référence au *partnership* de common law est intéressante. Le *partnership* ne constitue pas une personne morale, non plus qu'une indivision. Cependant, les tribunaux lui ont depuis longtemps reconnu une certaine individualité juridique différente de celle d'un *corporate body*, puisque les associés demeurent responsables personnellement des dettes sociales.

Nous effectuons dans ce qui suit une analyse comparative de la société de personnes de droit civil et du *partnership* de common law. Pour ce faire, nous présenterons, dans la première partie, le droit commun des sociétés (section 1), avant de nous arrêter, dans la seconde partie, sur la problématique entourant leur individualité juridique (section 2).

## 1 Le droit commun des sociétés

Chacune des provinces canadiennes a sa propre loi sur les sociétés de personnes<sup>2</sup>. Les neuf provinces de common law ainsi que les territoires ont des lois similaires qui ont été calquées sur la *British Partnership Act* de

- 
1. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).
  2. *Code civil du Québec* (C.c.Q.), art. 2186 suiv. (Québec); *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, c. P.5 (Ontario); *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.M. 1987, c. P.30 (Manitoba); *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.N.B. 1998, c. P-4 (Nouveau-Brunswick); *Loi sur les sociétés de personnes*, L.R.Y. 1986, c. 127 (Yukon); *Loi sur les sociétés de personnes*, L.R. 1990, c. P-1 (Territoires du Nord-Ouest); *Partnership Act*, R.S.B.C. 1996, c. 348 (Colombie-Britannique); *Partnership Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-1 (Île-du-Prince-Édouard); *Partnership Act*, R.S.N.S. 1989, c. 334 (Nouvelle-Écosse); *The Partnership Act*, R.S.S. 1978, c. P-3 (Saskatchewan); *An Act Respecting Partnership*, R.S.N. 1990, c. P-3 (Terre-Neuve et Labrador) *Partnership Act*, R.S.A., c. P-2. Aux fins du présent travail, la loi de l'Ontario servira de loi modèle (ci-après citée : « L.R.O. »).

1890<sup>3</sup>. Quant au droit québécois, bien qu'il s'apparente sur plusieurs points à celui des provinces anglaises, il s'en distingue aussi sur plusieurs aspects fondamentaux.

Nous exposerons ainsi, dans une perspective de droit comparé, les conditions de formation du contrat de société et du *partnership* (1.1). Par la suite, les formes de sociétés reconnues en droit civil et en common law seront survolées (1.2), suivies des conditions de formation de la *joint venture* et de son statut dans les différents systèmes juridiques (1.3).

## 1.1 Le contrat de société

La société est, tant en droit civil qu'en common law, un groupement contractuel de personnes où l'autonomie de la volonté est fondamentale. Au-delà de ce tronc commun, des distinctions importantes existent entre les éléments de formation des contrats. En fait, l'accent n'est pas mis sur les mêmes éléments dans les deux systèmes juridiques. La présente partie permettra de comparer la définition du contrat de société en droit civil (1.1.1) avec celle de la common law (1.1.2).

### 1.1.1 Le droit civil

La société du *Code civil du Québec* est avant toute chose un contrat et, à cet égard, elle est soumise aux conditions générales de validité des contrats<sup>4</sup> et aux règles concernant l'ordre public<sup>5</sup>. La société est aussi un contrat formé par le seul consentement des parties. Aucun formalisme n'y est rattaché. Il peut être oral, et la société commence ses activités dès la conclusion du contrat, si une autre époque n'y est pas indiquée<sup>6</sup>. La société est finalement un contrat nommé dont le régime juridique est prévu par les articles 2186 et suivants du Code.

Le contrat de société est ainsi défini à l'alinéa 1 de l'article 2186 :

**2186.** Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent.

Trois conditions transparaissent de cette définition : la mise en commun d'apports (1.1.1.1), le partage de bénéfices pécuniaires (1.1.1.2) et l'esprit de collaboration (1.1.1.3).

3. *British Partnership Act*, Vict. c. 39 1890, 53 & 54.

4. C.c.Q., art. 1385 suiv.

5. *Id.*, art. 8, 9, 1373 et 1413.

6. *Id.*, art. 2187.

### 1.1.1.1 La mise en commun d'apports

L'apport de biens est essentiel à la formation de la société. Sans cette injection d'argent, de biens ou de moyens, la société ne pourra exercer ses activités. Il s'agit d'une obligation qui pèse sur chacun des associés, mais qui peut être variable en genre et en nombre. La seule condition est la « réalité » de l'apport, aussi minime soit-il ! En droit civil, l'obligation d'effectuer un apport est étroitement liée à la constitution d'un patrimoine autonome affecté à l'atteinte du but commun des associés. L'apport est ainsi translatif de propriété<sup>7</sup> ; l'apporteur recevant en contrepartie la qualité d'associé, matérialisée par une part sociale — droit personnel à caractère mobilier — avec les droits et obligations qui y sont rattachés : droits pécuniaires, d'une part, qu'il s'agisse du « droit aux bénéfices réalisés, qu'ils soient distribués en fin d'exercice ou affectés aux réserves, droit au remboursement du capital au cours de la vie sociale ou lors de la liquidation et aux éventuelles plus-values réalisées sur les différents éléments d'actifs<sup>8</sup> » ; droits sociaux, d'autre part, pensons notamment au droit de se renseigner sur les affaires de la société<sup>9</sup> ou encore de participer aux décisions importantes concernant celle-ci<sup>10</sup>.

Ainsi, le Code civil est très souple en ce qui concerne le régime juridique des parts sociales. Il peut exister autant de catégories de parts sociales dans une société de personnes que de types d'actions dans le cas d'une société par actions. Toutefois, à la différence de cette dernière, où la négociation des actions n'est soumise à aucun formalisme, la cession de la part sociale est subordonnée à l'accord de tous les associés<sup>11</sup>. En effet, compte tenu de l'obligation conjointe ou solidaire au passif, il est normal que chaque associé puisse s'assurer de l'intérêt et de la solvabilité de chacun. Pour être opposable aux tiers, la publicité de la cession doit être effectuée conformément à la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*<sup>12</sup>. De plus, la société de personnes ne peut, à la différence de la société par actions, faire publiquement appel à l'épargne<sup>13</sup>.

7. *Id.*, art. 2199, al. 1.

8. P. DESMOTES, « Part sociale », (1971) *Répertoire Dalloz des sociétés*, n° 17.

9. C.c.Q., art. 2218.

10. *Id.*, art. 2216.

11. *Id.*, art. 2209.

12. *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 33-34, 62 (ci-après citée : « L.P.L. »).

13. *Id.*, art. 2224.

Pour ce qui est de l'apport à la société, il peut se présenter sous trois formes distinctes : l'apport en numéraire, l'apport en biens et l'apport en connaissances ou en activités.

La première forme, l'apport en numéraire ou en espèces est certainement la plus simple et la plus facile à quantifier pour la société. L'associé verse immédiatement ou à terme une somme d'argent ou encore s'engage à la verser ultérieurement<sup>14</sup>.

La deuxième forme, soit l'apport en biens, peut se présenter sous trois formules différentes : en propriété, en usufruit ou encore en jouissance. L'apport en propriété, c'est-à-dire la première formule, est réalisé par le transfert des droits de propriété de l'associé en faveur de la société. Dans les sociétés en nom collectif et en commandite, le transfert de propriété suppose que la société soit dotée d'un patrimoine autonome. La situation est différente pour les sociétés en participation. L'apport est, dans ce cas, effectué par la mise des biens à la disposition de la société<sup>15</sup>, puisque ces groupements ne bénéficient pas d'un patrimoine autonome. L'apport en propriété est assimilé à la vente. L'associé est ainsi tenu de la garantie contre l'éviction et de celle qui concerne les vices cachés.

Deuxième des trois formules, l'apport en usufruit ressemble à celui en propriété. La société bénéficie d'un droit réel dans la chose apportée et les mêmes garanties lui sont applicables.

Quant à la troisième et dernière formule, l'apport en jouissance, il n'emporte pas transfert de la propriété du bien à la société. Le bien est mis à la disposition de la société, mais l'associé conserve son droit de propriété. L'apporteur est donc ici garant de la même façon que le locateur envers le locataire<sup>16</sup>.

Enfin, dans la troisième forme, l'apporteur peut très bien s'obliger à exécuter un engagement continu de travail pour le compte de la société, en mettant à son service son expérience, ses connaissances techniques ou professionnelles, son talent et sa notoriété. Cet apport a un caractère successif ; l'associé est ainsi tenu des bénéfices réalisés de façon continue pendant qu'il demeure membre de la société.

#### 1.1.1.2 Le partage des bénéfices pécuniaires

Tout comme pour la mise en commun des biens, il est de l'essence de la société d'être pour le bénéfice des associés et aucun d'entre eux ne peut

14. *Id.*, art. 2198.

15. *Id.*, art. 2199, al. 1.

16. *Id.*, art. 2199, al. 2.

être exclu de la participation aux profits. Les sociétés constituent des groupements à but lucratif. L'objectif principal recherché par les associés qui se lancent dans une telle aventure est d'acquérir un bénéfice patrimonial par opposition à un avantage de nature morale qui est la vocation recherchée par les groupements à but non lucratif. Les bénéfices retirés de la société doivent donc être de nature pécuniaire, c'est-à-dire contribuer à l'enrichissement positif du patrimoine de chacune des parties. Cette qualification effectuée en 1994 de la nature des bénéfices vient mettre un terme au débat sur l'extension du concept de bénéfice aux économies effectuées<sup>17</sup>.

La réalisation ou non de bénéfices pécuniaires est le critère retenu par le Code civil pour distinguer la société de l'association. L'assimilation de la notion d'économie à celle de bénéfice aurait erronément entraîné la réunion de deux types de groupements ayant des vocations divergentes en une seule catégorie. En pratique, confondre les notions d'économie et de bénéfice aurait eu pour effet d'imposer les règles relatives aux sociétés à un nombre important d'associations, ce qui aurait alourdi indûment leur structure simple, souple et peu onéreuse. De plus, un tel résultat aurait sans doute entravé la liberté des personnes de s'associer et de former sans autorisation ni déclaration particulière un tel groupement<sup>18</sup>.

Si la participation aux profits est de l'essence de la société — et la stipulation qui l'exclut sans effet<sup>19</sup> —, l'égalité du partage n'est pas par contre d'ordre public : « 2202, al. 1 La part de chaque associé dans l'actif, dans les bénéfices et dans la contribution aux pertes est égale si elle n'est pas déterminée par le contrat. »

Ainsi, les associés peuvent répartir les profits comme ils l'entendent. À défaut de disposition sur cette question, la loi prévoit que la détermination de règles de partage à l'égard d'un élément (par exemple les bénéfices) vaudra aussi pour les autres (les pertes et l'actif)<sup>20</sup>.

Enfin, l'article 2201 prévoit que « la participation aux bénéfices d'une société emporte l'obligation de partager les pertes ». Ainsi, à défaut de stipulation contraire dans le contrat de société, la contribution aux pertes se répartit à égalité entre les associés<sup>21</sup>. Un associé pourrait même être exclu

17. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 344 et suiv.

18. G. SOUSI, *Les associations*, Paris, Dalloz, 1985, p. 20.

19. C.c.Q., art. 2203, al. 1.

20. *Id.*, art. 2202, al. 2.

21. *Id.*, art. 2202, al. 1.



complètement de la contribution. Une telle clause serait cependant inopposable aux tiers<sup>22</sup>, puisque tous les associés sont tenus conjointement ou solidairement des dettes sociales<sup>23</sup>.

### 1.1.1.3 L'esprit de collaboration

La mise en commun d'apports et le partage des bénéfices ne suffisent pas toujours à distinguer le contrat de société d'autres actes juridiques comme l'association<sup>24</sup> et l'indivision<sup>25</sup>. La jurisprudence et la doctrine ont alors ajouté un critère subjectif indispensable : l'intention de participer à une société ou l'*affectio societatis* consacrée dans le nouveau Code civil par l'expression « esprit de collaboration ».

L'esprit de collaboration peut ainsi être traduit comme l'intention des associés de collaborer à une entreprise commune. La société est un contrat collectif caractérisé par une volonté d'union ou une convergence d'intérêts. Tous les associés ont ainsi intérêt à la bonne marche de la société, alors qu'en principe, dans les contrats synallagmatiques, les intérêts des cocontractants sont souvent opposés.

L'esprit de collaboration est un élément variable et utilitaire. Variable, d'une part, puisque le degré de l'intention différera d'une société à l'autre et d'une catégorie d'associés à l'autre à l'intérieur d'une même société. Utilitaire, d'autre part, puisque les tribunaux sont amenés à scruter l'intention pour savoir si les parties sont associées lorsque le contrat qui les lie doit être qualifié ou interprété :

Il [faut] rechercher, pour s'assurer qu'il y a *affectio societatis*, s'il résulte des faits qu'il y a « un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place à un certain doute ».

[...] Je suis d'accord avec l'intimé que si l'apport de l'un est hors de proportion avec celui de l'autre le juge du fond doit en tenir compte et considérer que ce fait pèse grandement à l'encontre de l'existence de l'*affectio societatis*<sup>26</sup>.

Récemment encore, dans une décision rendue en vertu du Code civil, la Cour supérieure a réaffirmé cette position :

C'est l'intention qui se dégage des faits et des attitudes des parties qui est importante pour conclure au contrat de société [...].

22. *Id.*, art. 2203, al. 2.

23. *Id.*, art. 2221.

24. *Id.*, art. 2186, al. 2.

25. *Id.*, art. 1012 et suiv.

26. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

Les parties doivent avoir une intention commune d'être en société. Le nouveau Code civil parle d'« esprit de collaboration ». Voilà ce qui cimente principalement le contrat de société : l'affectio societatis de la plus ancienne et la plus constante jurisprudence en matière de société<sup>27</sup>.

### 1.1.2 La common law

La société en nom collectif (*general partnership*) est définie de la façon suivante dans les neuf provinces canadiennes et les territoires de common law :

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

Ne constitue toutefois pas une société en nom collectif, au sens de la présente loi, la relation qui existe entre les membres d'une compagnie ou d'une association constituée en personne morale par une loi générale ou spéciale en vigueur en Ontario ou ailleurs ou en application de celle-ci, ou inscrite comme personne morale aux termes d'une telle loi<sup>28</sup>.

Bien qu'il n'y ait aucune référence expresse à la nature contractuelle des *partnership* dans la définition, il n'existe aucun doute que la relation entre les associés est fondée, tout comme en droit civil, sur l'existence d'un contrat exprès ou implicite<sup>29</sup>.

Par ailleurs, la définition du *partnership* a été analysée par la Cour suprême du Canada en 1998 dans la décision *Continental Bank Leasing c. Canada*<sup>30</sup>.

La Continental Bank Leasing (ci-après Leasing) était une filiale en propriété exclusive de la Banque continentale du Canada exerçant des activités de crédit-bail. En 1986, la Banque a liquidé ses activités et sollicité des offres d'achat à l'égard des éléments d'actif ou des actions de Leasing. La société Central s'est montrée désireuse d'acquérir les actions de Leasing, mais elle a exprimé des inquiétudes à l'égard de certaines obligations fiscales de l'entreprise et de la solvabilité de sept locataires. Pour dénouer l'impasse — et ainsi exclure les baux et éviter les obligations fiscales éventuelles —, Central a proposé que Leasing forme, avec certaines filiales de Central, une société en nom collectif qui exercerait les mêmes

27. *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de) c. 2958-3838 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 565, 572 (C.S.).

28. L.R.O., précitée, note 2, art. 2.

29. *Porter & Sons Ltd. v. Armstrong et al.*, (1926) S.C.R. 328 ; *Sproule v. McConnel*, [1925] 1 W.W.R. 609 (Sask. C.A.).

30. *Continental Bank Leasing c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298.

activités que Leasing, qu'elle transfère ses éléments d'actifs à cette société en effectuant le choix prévu dans l'article 97 (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qu'elle attribue sa participation dans la société à la Banque, au prix de base, suivant l'article 88 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pour qu'elle fasse en sorte que la Banque vende sa participation à Central ou à ses filiales. Leasing a établi sa déclaration de revenu pour l'année 1987 en fonction de ces transferts. Revenu Canada a établi un nouvel avis de cotisation sur la base que l'opération créant la société en nom collectif était invalide et qu'il s'agissait en réalité d'une disposition par Leasing de ses éléments d'actifs de crédit-bail en faveur de Central, de sorte que le choix fait en application de l'article 97 (2) était invalide. La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Leasing à l'encontre de la nouvelle cotisation, alors que la Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision, d'où le présent pourvoi et la nécessité de vérifier si les parties ont formé une société en nom collectif valide.

À cette occasion, le plus haut tribunal du pays a confirmé la jurisprudence<sup>31</sup> antérieure sur la question. D'entrée de jeu, la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache (qui, bien qu'il fût dissident, s'exprimait pour la majorité sur ce point), souligne que « l'existence d'une société en nom collectif est tributaire des faits et circonstances propres à chaque espèce. Elle est également fonction de l'intention véritable des parties<sup>32</sup>. »

Pour faciliter l'exercice, la législation sur les sociétés en nom collectif prévoit un certain nombre de règles permettant d'inférer ou non l'existence d'une société<sup>33</sup> :

3. Pour déterminer si une société en nom collectif existe ou non, il est tenu compte des règles suivantes :

1. La tenance conjointe ou commune, la propriété conjointe ou commune ou la propriété partiaria ne crée pas, en soi, une société en nom collectif relativement à toute chose qui fait l'objet de cette forme de propriété, que les tenants ou les propriétaires partagent ou non les bénéfices tirés de son usage.

2. Le partage des recettes brutes n'a pas, en soi, pour effet de créer une société en nom collectif, que les personnes qui les partagent jouissent ou non d'un droit ou d'un intérêt conjoint ou commun sur l'un quelconque des biens dont proviennent les recettes ou de l'usage duquel elles proviennent.

3. La réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé dans

31. *A.E. Lepage Ltd. v. Kamex Developments*, (1977) 78 D.L.R. (3d) 223, 16 O.R. (2d) 193 (C.A.); [1979] 2 R.C.S. 155.

32. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30, 317-318.

33. L.R.O., précitée, note 2, art. 3.

cette entreprise. Toutefois, la réception d'une telle quote-part ou d'un tel paiement qui dépend des bénéfices d'une entreprise ou qui varie suivant ces derniers ne fait pas, en soi, de cette personne un associé dans cette entreprise, et en particulier :

a) la réception par une personne du paiement d'une créance ou d'une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices que réalise une entreprise ne fait pas, en soi, de cette personne un associé dans cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité ;

b) un contrat prévoyant la rémunération d'un employé ou d'un mandataire d'une personne qui exploite une entreprise, par une quote-part des bénéfices réalisés par cette entreprise ne fait pas, en soi, de cet employé ou de ce représentant un associé dans cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité ;

c) la personne qui, selon le cas :

i. était mariée à un associé immédiatement avant le décès de ce dernier,

ii. vivait avec un associé du sexe opposé dans une union conjugale hors du mariage immédiatement avant le décès de ce dernier,

iii. est l'enfant d'un associé décédé et qui reçoit sous forme de rente une fraction des bénéfices provenant de l'entreprise dans laquelle la personne décédée était associée, n'est pas, de ce seul fait, un associé dans cette entreprise et n'a à ce titre aucune responsabilité ;

d) le fait que des fonds soient avancés sous forme de prêt à une personne qui exploite ou s'apprête à exploiter une entreprise suivant un contrat passé avec cette personne et prévoyant que le prêteur touchera un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices, ou recevra une quote-part des bénéfices provenant de l'entreprise, ne fait pas, en soi, du prêteur un associé de la ou des personnes qui exploite cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité, à condition qu'il s'agisse d'un contrat écrit et signé par toutes les parties au contrat ou pour leur compte ;

e) la personne qui reçoit, sous forme de rente ou autrement, une fraction des bénéfices d'une entreprise à titre de contrepartie pour la vente par elle de l'achalandage de l'entreprise n'est pas, de ce seul fait, un associé dans cette entreprise et n'a à ce titre aucune responsabilité.

Ainsi, selon ces dispositions, la copropriété et le partage des recettes brutes ne sont pas suffisants, en soi, pour créer une société, alors que la réception d'une quote-part des bénéfices de l'entreprise constitue, sous réserve des exceptions, la preuve *prima facie* de la qualité d'associé.

Dans le même sens, la Cour suprême rappelle un certain nombre de critères, reconnus au fil du temps par les tribunaux, permettant d'indiquer l'existence d'une société :

Parmi ces indices, mentionnons les suivants : apport des parties à l'entreprise commune sous forme de numéraire, biens, travail, connaissances, habiletés ou autres éléments ; droit de propriété conjointe dans l'objet de l'entreprise ; partage des

profits et des pertes ; droit mutuel de contrôle ou de gestion de l'entreprise ; production de déclarations de revenus à titre de société en nom collectif et comptes bancaires conjoints<sup>34</sup>.

Précisons que trois conditions sont nécessaires pour la formation d'un *partnership* : la présence d'une entreprise (1.1.2.1) exploitée en commun par les associés (1.1.2.2) en vue de la réalisation de bénéfices (1.1.2.3). Chacun de ces éléments sera examiné ci-dessous à la lumière de la décision de la Cour suprême<sup>35</sup>.

### 1.1.2.1 L'existence d'une entreprise

L'exploitation d'une entreprise est nécessaire pour conclure à la formation d'un contrat de société en common law. Aux termes de la législation sur les sociétés, l'entreprise « s'entend notamment d'un commerce, d'une occupation ou d'une profession<sup>36</sup> ». Cette définition est beaucoup plus large que celle que l'on trouve à l'article 1525, al. 3 C.c.Q. où un « seuil » minimal d'organisation est indispensable pour conclure à l'exploitation d'une entreprise. Comme cela est exprimé dans *Lindlay & Banks* [...], « virtually any commercial activity or adventure amounts to a business for the purposes of the Act<sup>37</sup> ».

Cette exigence constitue une différence importante avec la société du Code civil où l'exploitation d'une entreprise n'est pas nécessaire à sa formation. Aux termes de l'article 2186, l'exercice d'une activité autre que l'exploitation d'une entreprise— telle l'activité de placement — est possible dans le cadre du contrat de société. En droit civil, l'étendue de la responsabilité des associés est tributaire de la façon dont l'activité est accomplie, dans le cadre ou non d'une entreprise. La responsabilité est conjointe lorsque les obligations n'ont pas été contractées dans le contexte de l'exploitation d'une entreprise et solidaire dans l'hypothèse inverse<sup>38</sup>.

La question de l'exploitation ou non d'une entreprise par la société a été examinée par la Cour suprême du Canada dans la décision *Continental Bank*

34. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30, 318 ; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, 5 Alta. L.R. (3d) 193, 7 B.L.R. (2d) 113, 10 ; *Volzke Construction Ltd. v. Westlock Foods Ltd.*, (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 97, 70 A.R. 300, [1986] 4 W.W.R. 668 (C.A.), 5-6 ; *Pooley v. Driver*, (1876) 5 Ch.D. 458, 46 L.J. Ch. 466, 6 ; *Cox and Wheatcroft v. Hickman*, (1860) 8 H.L. Cas. 268, 11 E.R. 431, 10.

35. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30.

36. L.R.O., précitée, note 2, art. 1 (1).

37. R.C.I. BANKS, *Lindlay & Banks on the Law of Partnership*, Londres, Sweet Maxwell, 1995, p. 11.

38. C.c.Q., art. 2221, al. 1.

*Leasing c. Canada*<sup>39</sup>. Revenu Canada affirmait, en l'espèce, qu'aucune entreprise n'avait été exploitée activement du 24 au 29 décembre, soit pendant la période durant laquelle *Leasing* et la Banque ont été membres de la société. Le juge Bastarache ne peut retenir cette prétention :

En l'espèce, il est vrai que, entre le 24 et le 27 décembre 1986, aucune réunion n'a eu lieu, aucune opération nouvelle n'a été conclue par les parties et aucune décision n'a été prise. Cependant, il ne s'ensuit pas que la Société n'a exploité aucune entreprise. Avant de devenir membre de la Société, *Leasing* exploitait une entreprise qui a été transférée, avec ses éléments d'actif, à la Société le 24 décembre 1986. Les contrats liant *Leasing* et ses clients n'ont pas été résiliés et ils ont continué de s'appliquer pendant la période du 24 au 27 décembre.

Une lettre datée du 24 décembre 1986 et provenant d'*Air Canada*, un des clients de la Banque, est un élément de preuve que l'entreprise exploitée précédemment par *Leasing* a été exploitée par la Société. Dans cette lettre, *Air Canada* reconnaît que [TRADUCTION] « [*Leasing*] entend vendre et céder sa participation dans les contrats d'achat, l'aéronef et les baux à une société en nom collectif de l'Ontario [...] ». *Air Canada* a consenti [TRADUCTION] « à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux » par la Banque à *Leasing*, ainsi qu'« à la vente et à la cession des contrats d'achat, de l'aéronef et des baux par [*Leasing*] à la Société ».

*Le fait qu'aucune nouvelle activité commerciale n'ait été entreprise pendant la période où Leasing et la Banque ont participé à la Société n'annule pas les effets de l'entreprise déjà existante, dont l'exploitation s'est poursuivie pendant cet intervalle. L'existence d'une société en nom collectif valide ne dépend pas de l'exploitation de nouvelles activités commerciales. Il est courant qu'une société en nom collectif soit formée par deux parties qui conviennent d'exploiter l'entreprise de l'une d'entre elles, tandis que l'autre fait un apport de capital*<sup>40</sup>.

Ainsi, bien que, pendant la période visée, aucune nouvelle opération n'ait été effectuée par les parties, la capacité productrice de l'entreprise n'a pas été démantelée. La finalité et la nature des activités sont demeurées inchangées. C'est ce qui a permis à la Cour de conclure à l'existence d'une entreprise.

### 1.1.2.2 L'exploitation en commun

À la différence d'une société par actions qui peut être formée par un seul actionnaire, au moins deux personnes sont nécessaires pour l'exploitation d'une entreprise par la société. Il est, de plus, essentiel que l'entre-

39. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30, 320 et suiv.

40. *Id.*, 321-322; l'italique est de nous. Voir, dans le même sens, les décisions récentes : *Canada c. Robinson*, [1998] 2 C.F. 569 (C.F.A.) (en appel); *Canada c. Central Supply Co. (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674 (C.F.A.) (en appel); *Schultz c. Canada*, [1996] 1 C.F. 423 (C.F.A.).

prise soit exploitée en commun, ce qui signifie « there can be no *partnership* unless the common business is conducted for a common profit, i.e., unless there is a community of interest in the benefits accruing from the joint activity of the partners<sup>41</sup> ».

Dans la décision *Continental Bank leasing*, la Cour suprême décèle l'exploitation en commun des éléments suivants :

De plus, je suis convaincu que l'entreprise qui était exploitée a été exploitée en commun par les associés. Aux termes du contrat de société, les associés avaient convenu de [TRADUCTION] « déléguer à l'associé directeur général tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les affaires de la Société et exploiter son entreprise, pour la représenter et pour conclure des opérations la liant » (art. 4.01). Le fait que la gestion de la Société ait été confiée à l'associé directeur général n'oblige pas à conclure que l'entreprise n'était pas exploitée en commun. Pas plus que le fait que Central négociait de son seul chef des opérations se rapportant au portefeuille de baux avant le 29 décembre 1986. L'intimée soutient que l'exclusion de Leasing et de la Banque de ces activités réfute toute prétention selon laquelle les entités liées à Central et les entités liées à Continental exploitaient véritablement une entreprise en commun au cours de cette période. Comme on le souligne dans *Lindley & Banks on Partnership*, [...] *une ou plusieurs parties peuvent, dans les faits, diriger l'entreprise pour leur propre compte et celui des autres parties sans compromettre la nature juridique de l'arrangement.*

[...]

Il est également significatif que, pendant la courte période où elles ont été parties au contrat de société, Leasing et la Banque se sont présentées comme des associés. Divers documents à l'appui, comme la correspondance avec des tiers, des déclarations de revenus, des états financiers et des cessions de baux datant de cette période sont compatibles avec l'exploitation d'une entreprise en commun. *Même si le fait de se présenter comme un associé n'a pas à lui seul pour effet de valider la Société, étant donné qu'il a une incidence sur la responsabilité vis-à-vis des tiers et non sur la validité fondamentale de l'arrangement* (art. 15 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*), il atteste néanmoins l'intention des parties d'exploiter une entreprise en commun dans le cadre de la Société.

[...]

La Banque et Leasing se sont comportées comme des associés pendant la durée de leur participation à la Société. Tout au long de cette période, elles ont eu les droits et les obligations d'un associé et elles ont exploité l'entreprise de crédit-bail en commun avec les autres associés. Il n'y a aucune preuve indiquant que l'entreprise de location exploitée au sens de l'arrêt *Hickman*, précité, n'a pas été exploitée par Leasing et les filiales de Central<sup>42</sup>.

41. *Canadian Encyclopedic Digest*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 24, titre 106, 1993, n° 9, « Partnership » ; et voir les décisions citées à la note 20.

42. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30, 322-323 ; l'italique est de nous.

Ainsi, l'objectif commun nécessaire à l'établissement d'une société de personnes sera habituellement présent lorsque les parties auront conclu un contrat de société valide énonçant leurs droits et obligations en tant qu'associés. Parmi les autres éléments de preuve compatibles avec l'intention d'exploiter l'entreprise en commun, plus récemment, dans la décision *Backman c. Canada*, la Cour suprême a ajouté les éléments suivants : « Apport à l'entreprise commune sous forme d'habiletés, de connaissances ou de biens, propriété conjointe de l'objet de l'entreprise, partage des profits et des pertes, production de déclarations de revenus à titre de société de personnes, existence d'états financiers et de comptes bancaires conjoints et échange de correspondance avec des tiers<sup>43</sup>. »

Le critère de l'exploitation en commun n'est à vrai dire rien d'autre que l'esprit de collaboration du Code civil. Il faut s'assurer que chaque associé a l'intention véritable de collaborer à l'entreprise. La mise en évidence de cet élément est toutefois plus difficile en common law, d'une part, parce que les associés n'ont pas l'obligation d'effectuer des apports et, d'autre part, parce que l'entreprise est définie de façon extrêmement large par la loi.

### 1.1.2.3 La réalisation de bénéfices

La notion de profit, bien qu'elle soit présente tant dans la définition de droit civil que dans celle de common law, ne revêt pas la même importance dans les deux systèmes juridiques.

Deux différences ressortent particulièrement de la comparaison des définitions. D'une part, le Code civil se réfère au « partage » des bénéfices, alors qu'en common law l'intention de réaliser (« en vue de ») un bénéfice suffirait à la qualification de société. D'autre part, en droit civil, le législateur précise que les bénéfices retirés de la société doivent être de nature pécuniaire, soit un gain positif qui s'ajoute au patrimoine de l'associé<sup>44</sup>. La qualification est importante, puisqu'elle constitue le critère de distinction entre les sociétés et les associations.

Dans la décision *Continental Bank Leasing*, ayant conclu que les documents étaient juridiquement valables et que les associés exploitaient une entreprise en commun, la Cour suprême a évalué les faits pour déterminer si l'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice :

43. *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, no 21 ; *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, 2001 CSC 11 ; *McEwen Brothers Ltd. c. Canada*, 1999 4 C.F. 225 (C.F.A.) (AZ-50069751, p. 14).

44. *McKeown c. Canada*, [2001] A.C.I. n° 236, paragr. 393-397, où le juge conclut que la formation de ces groupements n'était pas motivée par la notion de profit, mais par l'obtention d'avantages fiscaux importants.



La Cour d'appel a conclu que les parties avaient eu l'intention de vendre des éléments d'actif en recourant à un mécanisme qu'elles ont choisi d'appeler une société en nom collectif. Leur intention n'englobait pas la réalisation d'un bénéfice et, dans les faits, « l'idée de partager les bénéfices est venue après coup lorsque les parties ont initialement élaboré l'accord » (p. 731). Cette affirmation de la Cour d'appel ne tient pas compte du fait que le contrat de société prévoyait la répartition des bénéfices tirés de l'entreprise de crédit-bail exploitée par la Société et que celle-ci a continué l'entreprise exploitée dans un but lucratif par Leasing. Il n'y a aucune preuve qu'on attendait autre chose que la poursuite de la réalisation de bénéfices pendant la durée prévue de la participation de Leasing à la Société. De plus, la Cour d'appel s'est beaucoup appuyée sur le fait que Leasing n'avait pas légalement droit à une quote-part des bénéfices réalisés pendant le premier exercice, étant donné que sa participation dans la Société avait déjà été transférée à la Banque au moment de la clôture de l'exercice le 27 décembre 1986. Cet élément n'est toutefois pas pertinent pour trancher la question en litige.

Pour déterminer si l'entreprise était exploitée en vue de réaliser des bénéfices, il est nécessaire d'examiner les stipulations du contrat de société régissant le partage des bénéfices.

[...]

Ces stipulations prévoient clairement la répartition des bénéfices en fonction de la participation de l'associé dans la Société. Cette dernière a accumulé un bénéfice au cours de la période où Leasing en faisait partie, et ce bénéfice a été distribué<sup>45</sup>.

Quelques paragraphes plus loin, citant l'ouvrage *Lindley & Banks [...]*, le juge Bastarache conclut que, même si l'évitement fiscal constitue le facteur principal ayant conduit à la formation de la société, cette motivation n'exclut pas pour autant un éventuel but accessoire de réaliser un bénéfice, lequel s'avère suffisant pour répondre aux conditions de formation du contrat de société :

[TRADUCTION] [...] *lorsqu'une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu'un but lucratif], notamment pour éviter l'impôt, mais qu'il existe aussi un élément véritable, bien qu'il soit accessoire, de profit, il est possible d'en conclure que l'entreprise est exploitée « dans le but de réaliser un bénéfice »*. Cependant, lorsqu'il peut être établi que l'unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l'« avantage », par exemple, d'une perte fiscale, alors que les parties n'envisagent nullement qu'un bénéfice [...] puisse être tiré de l'exploitation de l'entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée « dans le but de réaliser un bénéfice ».

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où les parties ont convenu qu'un associé n'aurait pas droit à une quote-part des bénéfices ni d'un cas où aucun bénéfice n'était envisagé pendant la durée de la participation d'un associé. Durant la période

---

45. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité note 30, 325-326.

où Leasing et la Banque ont été des associés au sein de l'entreprise, la Société a tiré un bénéfice de son entreprise de crédit-bail, et ce bénéfice a été réparti à la fin de l'exercice<sup>46</sup>.

Ainsi, comme le réitère la Cour suprême dans les récentes décisions *Backman* et *Spire Freezers Ltd.*, pour déterminer si une entreprise est exploitée « en vue de réaliser un bénéfice », il importe « de distinguer la motivation de l'intention. La motivation est ce qui pousse la personne à agir, alors que l'intention est l'objectif que vise l'acte qui a été accompli [...] Il suffit que le contribuable établisse l'existence d'un objectif accessoire visant la réalisation d'un bénéfice [...] Le droit relatif aux sociétés de personnes n'exige pas la réalisation d'un gain net pendant une période déterminée afin d'établir qu'une activité est exercée dans le but de réaliser un bénéfice<sup>47</sup> ».

En définitive, bien que les *partnerships* désignent des groupements à but lucratif et qu'il soit de leur nature de distribuer des profits, la jurisprudence adopte une interprétation large de la notion de bénéfice fondée sur la réalité économique. Par conséquent, non seulement les activités exercées dans un but lucratif sont acceptées pour conclure à l'existence d'une société, mais aussi toutes celles dont l'objectif accessoire est de réaliser un profit. De plus, il pourrait être possible d'arriver à la qualification de société même en l'absence de réalisation ou de partage des profits, ou des deux à la fois.

## 1.2 Les différentes formes de sociétés

Il existe en droit civil québécois et dans les provinces de common law une variété de sociétés permettant l'exercice d'une activité ou encore l'exploitation d'une entreprise. Le critère de distinction entre les différentes formes de société n'est toutefois pas le même dans les deux systèmes. Nous présenterons ainsi, dans un premier temps, la catégorisation des sociétés selon le *Code civil du Québec* (1.2.1), avant de nous arrêter, dans un second temps, à celle qui est privilégiée dans les autres provinces canadiennes (1.2.2).

### 1.2.1 Le *Code civil du Québec*

Le C.c.Q. présente deux grandes catégories de sociétés de personnes : celles qui sont assujetties à l'obligation d'immatriculation en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des*

46. *Ibid* ; l'italique est de nous.

47. *Backman* c. *Canada*, précité, note 43, nos 22-24 ; *Spire Freezers Ltd.* c. *Canada*, précité, note 43, n° 17 ; *Schultz* c. *Canada*, précité, note 40, AZ-96112026, p. 12).

*personnes morales*<sup>48</sup> (1.2.1.1) et les autres qui ne sont pas tenues à cette obligation (1.2.1.2).

### 1.2.1.1 Les sociétés immatriculées

Il existe deux formes de sociétés immatriculées : la société en nom collectif et la société en commandite.

#### *La société en nom collectif*

La société en nom collectif est le modèle type de la société de personnes. Les associés ne sont généralement pas très nombreux, ils se connaissent, et la confiance règne au sein de la société. L'*intuitu personae* y est très présent.

Son organisation est simple comparativement à celle des sociétés par actions : les règles impératives y sont rares et une grande place est laissée à l'initiative des associés. La société en nom collectif allie donc les avantages du patrimoine autonome et de la capacité juridique distincte, sans la rigidité liée à l'organisation en personne morale<sup>49</sup>. Le revers de la médaille toutefois : les associés sont responsables conjointement ou solidairement sur leur patrimoine personnel des obligations de la société. Si la société en nom collectif constitue le véhicule de prédilection des professionnels, elle est aussi très utilisée comme structure pour les regroupements d'entreprises.

Précisons que la société en nom collectif est la société de droit commun du Code civil. En l'absence de dispositions particulières, ses règles s'appliquent à la société en commandite<sup>50</sup> et à la société en participation<sup>51</sup>.

Par ailleurs, la société en nom collectif est formée sous un nom commun aux associés<sup>52</sup>. Elle est tenue de se déclarer conformément à la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*<sup>53</sup>, c'est-à-dire au plus tard 60 jours après la date de sa constitution, à défaut de quoi elle sera réputée être une société en participation. Le fait d'être « réputée en participation » a comme conséquence

48. L.P.L., précitée, note 12.

49. Voir sur cette question la section 2.1.2.

50. C.c.Q., art. 2238, 2249.

51. *Id.*, art. 2251.

52. *Id.*, art. 2189 ; P. VACHON et P. MARTEL, « Les cabinets d'avocats doivent-ils changer de nom ? », *Repères*, 1994, p. 61.

53. *Id.*, art. 2189, al. 2 ; L.P.L., précitée, note 12, art. 2, par. 2°, 9 al. 1.

de faire perdre à la société les avantages de la société en nom collectif (capacité d'ester en justice, patrimoine distinct, etc.). Toutefois, l'expression « sous réserve des droits des tiers de bonne foi » devrait permettre à un tiers de conserver les mêmes droits que dans le cas d'une société en nom collectif. Si le changement de régime juridique n'a que peu d'effet sur les droits des tiers, il en aura, par contre, sur ceux de la société et des associés qui s'exposent à des sanctions civiles<sup>54</sup> et pénales<sup>55</sup> pour le non-respect de l'obligation d'immatriculation.

La société en nom collectif doit aussi, dans le cours de ses activités, indiquer sa forme juridique dans son nom ou à la suite de celui-ci. À défaut d'une telle mention dans un acte conclu par la société, le tribunal peut, pour statuer sur l'action d'un tiers de bonne foi, décider que la société et les associés seront tenus, à l'égard de cet acte, au même titre qu'une société en participation et ses associés. Une telle sanction permettrait d'engager la responsabilité du seul associé qui a contracté<sup>56</sup> ou encore d'éviter la discussion préalable du patrimoine social et de poursuivre ainsi directement les associés<sup>57</sup>.

Enfin, l'organisation de la société en nom collectif est empreinte de souplesse et est gouvernée par la volonté des associés. À défaut de stipulation sur le mode de gestion de la société, le Code prévoit un mandat réciproque entre les associés<sup>58</sup>. Ainsi, tout acte accompli personnellement par un associé, dans les limites des affaires de la société, engagera ses coassociés, sous réserve toutefois de leur droit de s'opposer à l'acte avant qu'il soit conclu.

Ajoutons que l'une des innovations principales du Code civil en matière de société est la distinction effectuée entre la fin de la société et le départ de l'un de ses membres. Ainsi, les anciennes causes de dissolution liées à la personne de l'associé (décès, incapacité, faillite) sont transformées en simple perte de cette qualité<sup>59</sup>. Seules les circonstances concernant l'état même de la société<sup>60</sup> peuvent aujourd'hui fonder la dissolution.

---

54. L.P.L., précitée, note 12, art. 100.

55. *Id.*, art. 106, 107, 110.

56. C.c.Q., art. 2253, al. 1.

57. *Id.*, art. 2254.

58. *Id.*, art. 2215, al. 1.

59. *Id.*, art. 2226.

60. *Id.*, art. 2230.

### *La société en commandite*

La société en commandite est définie comme suit :

Une société qu'un marchand contracte avec un particulier, pour un commerce qui sera fait au nom seul du marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement d'une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à composer le fonds de la société, sous la convention qu'il aura une certaine part au profit, s'il y en a ; et qu'il portera, dans le cas contraire, la même part des pertes, dont il ne pourra néanmoins être tenu que jusqu'à concurrence du fonds qu'il a apporté en la société<sup>61</sup>.

Cette définition a l'avantage de mettre en évidence la spécificité de la société en commandite, composée de deux catégories d'associés :

- des *commanditaires*, apporteurs de fonds à responsabilité limitée comme des actionnaires d'une compagnie ; et
- des *commandités*, apporteurs d'idées, de connaissances et de gestion dont la responsabilité est solidaire, à l'instar de celle des associés en nom collectif.

Depuis quelques années déjà, la société en commandite est utilisée comme véhicule pour les abris fiscaux. En effet, il s'agit de la seule organisation permettant à un investisseur de bénéficier à la fois des avantages de la transparence fiscale des sociétés et de la responsabilité limitée des actionnaires d'une compagnie tout en évitant le principal inconvénient de cette dernière soit, la « taxe sur le capital ».

La société en commandite se forme dès la conclusion du contrat, de la même façon que la société en nom collectif<sup>62</sup>. Elle est tenue de se déclarer dans les délais prévus, à défaut de quoi elle est réputée être une société en participation<sup>63</sup>.

#### **1.2.1.2 Les sociétés non immatriculées : le polymorphisme de la société en participation**

La société en participation est la catégorie résiduelle des sociétés du Code civil. Soustraite à tout régime de publicité, elle présentera une image pour le moins multiforme. En effet, cette espèce pourra englober toute société, occulte ou ostensible, régulière ou irrégulière, le seul critère étant l'absence d'immatriculation conformément aux prescriptions de la loi<sup>64</sup>.

61. R.J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier*, nouv. éd., t. 7, Paris, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 190.

62. C.c.Q., art. 2187.

63. *Id.*, art. 2189, al. 2.

64. *Id.*, art. 2189 ; L.P.L., précité, note 12, art. 1, al. 1 et 2.

Par conséquent, la société en participation n'aura en principe aucune individualité juridique : ni patrimoine<sup>65</sup>, ni nom, ni domicile et elle ne pourra évidemment pas ester en justice<sup>66</sup>.

Ainsi, la société en participation sera, le plus souvent, une société occulte, c'est-à-dire qui n'existera que dans les rapports entre associés. Il n'y aura donc pas de société en apparence, mais seulement un gérant avec qui les tiers contracteront sans connaître la véritable réalité que constitue la société. Il s'agira, dans ce cas, d'une structure juridique volontairement adoptée par les parties pour la réalisation d'un projet précis.

La société en participation est aussi utilisée comme technique de collaboration entre entreprises (*joint venture*)<sup>67</sup>. Les associés font ici le choix de la participation dû à la souplesse offerte par le groupement — et non pas comme dans la situation précédente à cause du caractère occulte —, puisque la société se manifeste généralement aux tiers. Au niveau tant national qu'international, la liberté contractuelle inhérente à cette structure permettra aux entreprises de faire face aux différentes réalités.

Dans d'autres situations, la société en participation prendra une tout autre couleur. Les parties se conduiront comme des associés sans affirmer autrement leur volonté. Elles ne sauront pas au moment de le faire qu'elles exercent une activité dans le contexte d'une société. Ce n'est qu'*a posteriori* — généralement pour pallier une iniquité — que le tribunal relèvera dans leur comportement les éléments constitutifs d'un contrat de société<sup>68</sup>.

Enfin, la société en participation pourra se présenter sous l'apparence d'une société en nom collectif ou en commandite en défaut d'immatriculation. Il s'agira donc ici d'une société qui aura une véritable existence par rapport aux tiers, mais apparaîtra en fait sous une fausse identité. Elle aura été constituée pour devenir une société en nom collectif, mais, pour des raisons diverses, l'immatriculation n'aura pas été effectuée. Elle sera ainsi « réputée » être une société en participation<sup>69</sup> ou encore elle sera « devenue » le 1<sup>er</sup> janvier 1995 une société en participation<sup>70</sup>.

65. *Id.*, art. 2252-2253.

66. *Id.*, art. 2257.

67. Voir, sur cette question, l'analyse de la *joint venture* dans le droit québécois à la section 1.3.2.

68. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, précité, note 26 ; *Droit de la famille-720*, [1989] R.D.F. 694 (C.A.) ; *Droit de la famille-2503*, [1996] R.D.F. 718 (C.A.) ; *Rodier c. Gagnon*, [1996] R.D.I. 82 (C.S.) ; *Droit de la famille-904*, [1990] R.J.Q. 2844 (C.S.) ; *Savoy c. Québec (Sous-ministre du revenu)*, [1996] R.D.F.Q. 316 (C.Q.).

69. C.c.Q., art. 2189, al. 2.

70. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.O. 1992, c. 57, art. 115 et suiv. (ci-après citée : « L.A.R.C.C. »).

Ces quelques exemples auront permis de constater à quel point la physionomie de la société en participation est particulière. Pour soutenir une telle catégorie multiforme, un régime juridique non moins particulier était nécessaire.

Précisons que la constitution de la société en participation n'est soumise à aucun formalisme particulier dans la mesure du respect de l'ordre public. Elle peut résulter de simples ententes verbales ou encore de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer<sup>71</sup> : « pour qu'il y ait société, il faut à défaut de contrat exprès, que les faits fassent apparaître clairement, chez l'un et l'autre des prétendus associés, l'intention de former un contrat de société et non pas tel ou tel autre contrat qui peut présenter avec la société plus ou moins d'analogie<sup>72</sup> ». La seule indivision de biens entre plusieurs personnes ne fait pas présumer leur intention de s'associer<sup>73</sup>.

Afin de résoudre les difficultés que posait la distinction entre la copropriété par indivision et la société, la doctrine a d'abord utilisé des critères objectifs, tels que l'origine du groupement, sa stabilité, sa gestion et particulièrement la détention ou non de la personnalité morale. Avec l'organisation de l'indivision en 1994 et la négation de la qualité de personne morale aux sociétés, ces critères sont devenus insuffisants pour qualifier de façon appropriée un groupement. Il faut maintenant chercher à découvrir l'intention des parties. La société étant un contrat, elle suppose un accord de volontés. Il convient ainsi de rechercher cet accord de volonté qui prend la forme d'une intention de s'associer. En revanche, la copropriété par indivision ne suppose pas un tel accord de volonté. Elle peut naître accidentellement. L'intention de la créer volontairement ne la caractérise donc pas<sup>74</sup>.

La mise en commun d'apports est un élément essentiel du contrat de société. Comme la société en participation est dépourvue d'individualité juridique et, par conséquent, de patrimoine, la question du transfert des apports revêt ici une importance particulière. La situation se présente de manière différente selon qu'il s'agit d'une société occulte ou d'une société ostensible.

71. C.c.Q., art. 2250.

72. *Gestion Pierre Dumas Inc. c. Price*, C.S. Montréal, n° 500-05-010476-933, 27 février 1996, J. Y.A. Marcerola, J.E. 96-1194 ; *Girouard c. Moreau*, C.Q. Saint-François, n° 450-02-001170-946, 16 juin 1995, J. D. Côté, J.E. 95-1534 ; *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68.

73. C.c.Q., art. 2250, al. 2. Voir sur cette question C. BOUCHARD et L. LAFLAMME, « La dérive de l'indivision vers la société : quand l'indivision se conjugue avec la société », (2000) 30 R.D.U.S. 317.

74. C.c.Q., art. 1012 ; C. BOUCHARD et L. LAFLAMME, *loc. cit.*, note 73.

Dans le premier cas, soit dans une société en participation occulte, les apports de biens doivent être analysés comme une « mise à la disposition » de la société plutôt que comme un transfert réel. C'est d'ailleurs l'expression qu'emploie le législateur dans l'article 2199. Les associés ne transfèrent pas la propriété des biens à la société, mais ils en confèrent plutôt la jouissance au gérant<sup>75</sup>. Par conséquent, l'associé supportera seul le risque lié à la perte de la chose et, malgré la réalité de l'apport, il pourra disposer de son bien ou encore le grever d'une charge. De même, les créanciers personnels de l'associé pourront saisir le bien et, dans ce cas, la seule solution des associés sera un recours en dommages-intérêts en compensation pour le préjudice subi. Au moment de la dissolution de la société, l'associé reprendra son bien en nature, sous réserve cependant de l'indemnisation possible de ses coassociés pour la plus-value prise par le bien.

Bien qu'il s'agisse du scénario le plus habituel dans une société en participation occulte, rien ne semble faire obstacle à ce que les associés transfèrent la propriété des biens au gérant : « [Cela] est [adapté] en particulier au cas où, dans une société occulte, les associés font des apports en numéraires, grâce auxquels le gérant acquiert des biens dont il se présente à l'égard des tiers comme le seul propriétaire<sup>76</sup>. »

D'autre part, l'article 2252, al. 2 dispose que les associés peuvent convenir de mettre certains biens en indivision. Cette technique est fréquemment employée dans les sociétés ostensibles, le second cas considéré ici. En effet, il suffit de penser aux indivisions conventionnelles portant sur un immeuble qui devront être publiées pour être opposables aux tiers<sup>77</sup>. Par ailleurs, — et là peu importe le caractère conventionnel ou non de l'indivision —, des conflits risquent de se présenter quant à l'application possible à la fois des règles de l'indivision et de celles de la société. Par exemple, en matière d'indivision<sup>78</sup>, le décès ne met pas fin à la qualité d'indivisaire, alors qu'en droit des sociétés il implique, sous réserve de convention contraire, la dissolution de la société en participation<sup>79</sup>. Le droit de l'indivision sera-t-il préféré à celui des sociétés dans cette hypothèse de cumul<sup>80</sup> ?

---

75. N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », (1981) *Rev. trim. dr. civ.* 300, et 312 suiv.

76. G. RIPERT, R. ROBLOT et M. GERMAIN, *Droit commercial*, t. I, 16e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, n° 897.

77. C.c.Q., art. 1014.

78. *Id.*, art. 625.

79. *Id.*, art. 2258.

80. C. BOUCHARD et L. LAFLAMME, *loc. cit.*, note 73.



Pour ce qui est du fonctionnement, à l'interne, deux situations sont envisageables : soit que les associés ont fait un contrat et réglé — en toute liberté — les modalités de fonctionnement de la société, soit que rien n'a été prévu, et le Code<sup>81</sup> renvoie alors aux dispositions régissant les rapports des associés en nom collectif entre eux et envers la société<sup>82</sup>, compte tenu des adaptations nécessaires à effectuer.

Par rapport aux tiers, deux régimes sont ici possibles : 1) la société est occulte et n'a aucune existence à l'égard des tiers ; 2) elle est ostensible, et alors son fonctionnement se rapproche étrangement de celui d'une société en nom collectif.

Dans la société occulte, « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé à l'égard des tiers<sup>83</sup> ». En pratique, les tiers ne seront donc en relation qu'avec le gérant qui agira sous son nom personnel. Par conséquent, les tiers n'auront aucun recours direct contre les associés, et il en ira de même pour les associés. Seule l'action oblique<sup>84</sup> demeurera possible, dans la mesure évidemment où l'associé serait lui-même créancier du gérant.

La dynamique sera bien différente s'il y a révélation de la société. En effet, « lorsque les associés agissent en qualité d'associés à la connaissance des tiers, chaque associé est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations résultant des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres associés<sup>85</sup> ». En imposant cette sanction, le législateur a « voulu interdire aux participants de se comporter à l'égard du public comme s'ils étaient des associés ordinaires, c'est-à-dire comme s'ils disposaient d'un véritable pouvoir de représentation<sup>86</sup> ». Et dans la mesure où ils passent outre à cette règle et qu'ils portent l'existence de la société à la connaissance des tiers, la responsabilité des associés est engagée conjointement ou solidairement selon que la dette a été ou non contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise<sup>87</sup>.

Outre les causes de dissolution communes à toutes les formes de sociétés, ce qui constituait une perte de la qualité d'associé pour les sociétés en nom collectif et en commandite est transformé en motif de dissolution

---

81. C.c.Q., art. 2251, al. 2.

82. *Id.*, art. 2198-2218.

83. *Id.*, art. 2253.

84. *Id.*, art. 1627-1630.

85. *Id.*, art. 2253, al. 2.

86. X. BLANC-JOUVAN, « La révélation aux tiers de la société en participation », (1959) *Rev. trim. dr. com.* 649 ; l'italique est de nous.

87. C.c.Q., art. 2254.

pour la société en participation<sup>88</sup>. Rien n'empêche cependant les associés d'écarter conventionnellement cette disposition et de prévoir que, advenant le décès d'un associé, la société continuera son existence avec ses représentants légaux ou encore avec les associés survivants<sup>89</sup>.

### 1.2.2 Les *Partnerships Acts*

Dans les provinces de common law, l'enregistrement des sociétés n'a aucune influence sur leur forme juridique. Les principaux types de sociétés sont la société en nom collectif (*general partnership*) (1.2.2.1) et la société en commandite (*limited partnership*) (1.2.2.2). Plus récemment, une nouvelle variété de société a vu le jour dans deux provinces canadiennes, la société à responsabilité limitée (*limited liability partnership*) (1.2.2.3).

Nous insisterons particulièrement dans cette section sur le régime juridique applicable à cette nouvelle forme de société, puisque les grandes lignes tracées précédemment sur les sociétés en nom collectif et en commandite s'avèrent, pour l'essentiel, communes au droit civil et à la common law.

#### 1.2.2.1 La société en nom collectif

Aucune formalité n'est nécessaire à la création du *general partnership*, sous réserve de l'enregistrement des noms d'entreprise et des sociétés. L'obligation d'enregistrement n'est cependant pas imposée à toutes les formes de sociétés en nom collectif. La réglementation varie en effet d'une province à l'autre. Ainsi, certaines juridictions<sup>90</sup> assujettissent à l'obligation toutes les formes de sociétés, alors que d'autres<sup>91</sup> l'exigent seulement de certaines formes particulières d'entreprises.

Les conséquences du défaut d'enregistrement fluctuent aussi d'une province à l'autre. Dans certaines, une société en défaut d'enregistrement ne pourra intenter une action en justice<sup>92</sup>, alors que dans d'autres juridictions la seule sanction s'avérera l'imposition d'une amende<sup>93</sup>.

---

88. *Id.*, art. 2258.

89. *Id.*, art. 2259.

90. Il s'agit du cas de l'Ontario, de la Saskatchewan, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Manitoba.

91. Ce sont l'Alberta (*trading, manufacturing, contracting or mining purposes*); la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick (*trading, mining or manufacturing purposes*); et la Nouvelle-Écosse (toutes les sociétés, à l'exception de «*forming, fishing or operation of grist or saw mills as tenants in common*»).

92. C'est le cas en Ontario, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et en Alberta.

93. Les provinces visées sont la Colombie-Britannique, le Manitoba, la Saskatchewan et l'Île-du-Prince-Édouard.

Il existe bon nombre de différences entre la responsabilité des associés dans un *general partnership* et celle dans une société en nom collectif du Code civil. Alors que le régime de common law est fondé sur plusieurs distinctions — la doctrine reconnaît qu'il s'agit de l'un des points les plus litigieux du droit des sociétés<sup>94</sup> —, le système québécois repose sur un seul critère : les obligations ont-elles été contractées ou non pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société<sup>95</sup> ? Le tableau suivant fait état des principales différences entre les deux régimes juridiques.

Sous réserve de stipulation contraire dans une convention, l'existence de la société en nom collectif en common law est mise en péril par le décès

| La responsabilité des associés quant aux dettes et aux obligations de la société                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                                                | <i>Partnership de common law</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <i>Société du Code civil*</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Responsabilité contractuelle</b>                                                                            | Responsabilité <i>conjointe</i> entre les associés de toutes les dettes et obligations de la firme contractées pendant qu'ils sont associés (art. 10 (1))<br><br>Responsabilité <i>solidaire</i> de la succession pour les dettes et obligations non satisfaites, sous réserve du paiement préalable des dettes personnelles (art. 10 (1)) | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> entre les associés selon que les obligations ont été <i>ou non</i> contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société, mais subsidiaire :<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• à la discussion des biens de la société ;</li> <li>• au paiement des créanciers personnels de l'associé (art. 2221)</li> </ul> |
| <b>Responsabilité découlant d'actes illicites (art. 11) et de détournements de fonds ou de biens (art. 12)</b> | Responsabilité <i>solidaire</i> entre les associés de tout ce dont la firme devient responsable aux termes des articles 11 ou 12 pendant qu'ils sont associés (art. 13)                                                                                                                                                                    | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> entre les associés selon que les obligations ont été <i>ou non</i> contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société, mais subsidiaire :<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• à la discussion des biens de la société ;</li> <li>• au paiement des créanciers personnels de l'associé (art. 2221)</li> </ul> |
| <b>Responsabilité de l'associé apparent</b>                                                                    | Responsabilité <i>au même titre qu'un associé</i> , envers toute personne qui a fait crédit à la firme sur la foi d'une déclaration d'associé (art. 15 et 36 (1))                                                                                                                                                                          | Responsabilité <i>au même titre qu'un associé</i> à l'égard des tiers de bonne foi<br><br>Possibilité pour une société d'exclure sa responsabilité en démontrant qu'elle n'a pas donné à croire et qu'elle n'a pu prévenir l'erreur des tiers (art. 2222)                                                                                                                                          |

94. J.S. ZIEGEL, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Scarborough, Carswell, 1994, p. 55.

95. C.c.Q., art. 2221, al. 1.

| La responsabilité des associés quant aux dettes et aux obligations de la société |                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                  | <i>Partnership de common law</i>                                                                                                                                                            | <i>Société du Code civil*</i>                                                                                                                        |
| <b>Responsabilité du nouvel associé</b>                                          | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> des dettes et obligations contractées à partir de son arrivée dans la société (art. 18 (1))                                             | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> de tout le passif social, même celui qui est antérieur à son arrivée dans la société (art. 2221) |
| <b>Responsabilité de l'associé qui se retire</b>                                 | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> des dettes et obligations contractées avant la publication de son départ (art. 18 (2), 36 (1), sauf convention contraire : art. 18 (3)) | Responsabilité <i>conjointe</i> ou <i>solidaire</i> de la totalité du passif antérieur à la publication de son départ (art. 2196, 62 L.P.L.)         |
| <b>Renonciation ou limitation de responsabilité</b>                              | <ul style="list-style-type: none"> <li>• valable entre les associés (art. 20 et 24 (1)) ; et</li> <li>• inopposable aux tiers (art. 9-10)</li> </ul>                                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>• valable entre les associés (art. 2203)</li> <li>• inopposable aux tiers (art. 2221)</li> </ul>              |

\* En vertu du Code civil, la responsabilité des associés quant au passif de la société est *conjointe* lorsque les obligations n'ont pas été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise et *solidaire* dans l'hypothèse inverse.

et l'insolvabilité des associés<sup>96</sup>, de même que par une charge pouvant grever la part d'un associé pour une dette personnelle<sup>97</sup>. Ainsi, ce qui constitue une simple perte de la qualité d'associé en droit civil se révèle ici une cause de dissolution.

#### 1.2.2.2 La société en commandite

La société en commandite, à la différence de la société en nom collectif et de celle à responsabilité limitée, est constituée par le dépôt d'une déclaration auprès du « registrateur »<sup>98</sup>. L'enregistrement est valable pour une période limitée et renouvelable à son expiration<sup>99</sup>. Dans certaines provinces, telles que l'Ontario<sup>100</sup> et le Nouveau-Brunswick<sup>101</sup>, la cessation d'effets de la déclaration n'entraîne pas la dissolution de la société mais simplement le paiement de nouveaux frais. Toutefois, dans d'autres provinces comme le Manitoba<sup>102</sup>, le défaut d'enregistrement fait perdre au commanditaire le bénéfice de la responsabilité limitée et la société est réputée être une société en nom collectif. Cette situation est identique à celle qui existait auparavant en vertu du C.c.B.C.<sup>103</sup>

96. *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, précitée, note 2, art. 33 (1).

97. *Id.*, art. 33 (2).

98. *Loi sur les sociétés en commandite*, L.R.O., c. 16, art. 3 (1).

99. *Id.*, art. 3 (3).

100. *Id.*, art. 3 (4).

101. *Loi sur les sociétés en nom collectif* du Nouveau-Brunswick, précitée, note 2, art. 3 (4).

102. *Loi sur les sociétés en nom collectif* du Manitoba, précitée, note 2, art. 55-56.

103. *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.), art. 1878-1880.

### 1.2.2.3 La société à responsabilité limitée

S'inspirant de l'expérience américaine<sup>104</sup>, les législateurs de l'Ontario et de l'Alberta ont modifié en 1998 leur *Partnership Act*<sup>105</sup> afin d'y incorporer la société en nom collectif à responsabilité limitée<sup>106</sup>. Le principal enjeu de ces lois est de permettre à certaines professions d'être pratiquées dans le contexte d'un véhicule qui exclut la responsabilité professionnelle des membres d'une société contre toute action en responsabilité professionnelle exercée contre la société.

Les deux législatures provinciales auraient très bien pu privilégier la société par actions pour exclure complètement la responsabilité des professionnels. Toutefois, elles ont adopté l'approche partielle, puisque le véritable problème en pratique concerne la vulnérabilité aux poursuites pour faute professionnelle, bien avant celles qui résultent des obligations contractuelles ordinaires. Sur ce dernier point, il est bon de rappeler que les membres d'une société en nom collectif peuvent déjà atténuer considérablement leur responsabilité en formant une société de gestion.

La société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après SNCRL) — tout comme le *general partnership* — peut naître du simple consentement des associés. Aucun enregistrement n'est nécessaire pour conférer le statut de SNCRL<sup>107</sup>. Après sa constitution, la SNCRL ne peut exercer ses activités, à moins d'avoir enregistré son nom conformément à la *Loi sur les noms commerciaux*<sup>108</sup>.

La SNCRL ne constitue pas plus que la société en nom collectif de droit commun une personne morale. Ainsi, la responsabilité limitée ne devrait protéger que les actifs personnels de l'associé<sup>109</sup>. L'actif de la société devrait normalement être assujéti à toutes les réclamations faites contre celle-ci. La responsabilité des associés demeurerait, par conséquent, implicite à l'égard des obligations de la société dans la proportion de leur

---

104. La société en nom collectif à responsabilité limitée a été créée au Texas en 1991. Voir, sur cette question, R.H. BOWES, « Société en nom collectif à responsabilité limitée », dans *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Winnipeg, Manitoba, 15-19 août 1999.

105. L.R.O. 1990, c. P.5, telle qu'elle a été modifiée par L.O. 1998, c. 2 ; *Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2, telle qu'elle a été modifiée par le projet de loi n° 34 en 1999.

106. Le Québec a déposé un projet de loi en ce sens à la fin de 2000 : *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, projet de loi n° 169, 2000.

107. L.R.O., précitée, note 2, art. 44.1.

108. *Id.*, art. 44.3.

109. *Id.*, art. 10 (2).

intérêt dans les biens de cette dernière. Ni la loi de l'Ontario ni celle de l'Alberta ne prévoient cependant expressément cette règle. L'Alberta Law Reform Institute<sup>110</sup> a toutefois recommandé que la loi uniforme sur les SNCRL précise que l'intérêt d'un associé dans les biens de la SNCRL soit assujéti aux poursuites exercées contre la société, même si l'associé n'est pas responsable personnellement.

Une interrogation importante porte toutefois sur le droit qui devrait régir la responsabilité des associés d'une SNCRL formée dans un territoire donné, mais qui engage sa responsabilité dans un autre. La question n'est pas dépourvue d'intérêt, puisque nombre de grands cabinets d'avocats et de comptables québécois traversent régulièrement la frontière ontarienne pour s'inscrire à titre de société à responsabilité limitée. Plusieurs questions sont soulevées par cette vague. Par exemple :

Qu'advierait-il d'un jugement d'une cour ontarienne condamnant des professionnels œuvrant en S.N.C.R.L. ontarienne, que l'on exécuterait contre des associés non fautifs au Québec qui ne connaît pas la société à responsabilité limitée ?

Qu'advierait-il encore d'un jugement rendu contre des associés du Québec par un tribunal québécois, jugement que l'on voudrait exécuter en Ontario, alors que la société à responsabilité limitée est ontarienne<sup>111</sup> ?

Dans le premier cas, certains tenteront certainement de plaider que les associés québécois devraient être tenus à même leurs biens personnels, alors que, dans le second cas, les associés non fautifs de l'Ontario invoqueront sûrement l'impossibilité en vertu de la loi d'exécuter le jugement sur leurs biens personnels. En fait, les solutions sont incertaines et inéquitables dans les deux cas.

Le seul point certain actuellement est la possibilité pour des professionnels québécois d'exercer leurs activités en société à responsabilité limitée, constituée en Ontario, en sol québécois. La *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*<sup>112</sup> prévoit en effet expressément cette ouverture rendue nécessaire pour l'élaboration des plans d'affaires, et rien dans les codes de déontologie ou les lois professionnelles ne prohibe cette pratique. Toutefois, il est absolument impossible pour les mêmes professionnels de limiter leur responsabilité civile personnelle dans le contexte d'un mandat qui leur est confié. Leur

---

110. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Limited Liability Partnerships*, rapport final, n° 77, Edmonton, A.L.R.I., avril 1999.

111. GROUPE DE TRAVAIL SUR L'EXERCICE DE PROFESSIONS EN SOCIÉTÉ, *Vers de nombreux modes d'exercices professionnels*, rapport synthèse, t. I, Québec, juin 2000.

112. L.P.L., précitée, note 12, art. 2 (3) et 11 (3).

code de déontologie le défend expressément<sup>113</sup>. Enfin, en vertu du Code civil la responsabilité des associés à l'égard des tiers est d'ordre public.

### 1.3 La *joint venture*

La *joint venture* constitue en réalité un accord de collaboration entre entreprises en vue de la réalisation d'un projet commun<sup>114</sup>. 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 de l'expertise, les exigences étatiques de certains pays, la rationalisation du coût, 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 extérieurs à l'entente. Il s'agit de l'une des caractéristiques fondamentales de ces regroupements.

Création des tribunaux américains, la *joint venture* a été importée, avec certaines variantes, dans la majorité des pays de droit civil et de common law. Un point commun dans tout cela : la *joint venture* n'est ni un contrat nommé ni une entité juridique distincte. Il faut puiser ici et là dans les différents systèmes juridiques pour qualifier la relation. En fait, les entreprises ont le choix entre trois formules juridiques. Elles peuvent incorporer une filiale commune, former une société ou tout simplement se tailler un contrat innommé sur mesure. Chacune de ces formules a ses avantages et ses inconvénients.

La *joint venture* contractuelle 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 : « Peu 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.<sup>115</sup>. » Ainsi, les tribunaux devront 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 ou le *partnership* sera effectué, d'où les difficultés qui en résultent.

---

113. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.04.01.

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

115. N. LACASSE, « La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : le choix de la forme juridique », dans N. LACASSE et L. PERRET (dir.), *La coentreprise à l'étranger*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 46 et 50.

Nous verrons, dans la présente partie, quel statut est accordé à la *joint venture* contractuelle dans les deux principaux systèmes juridiques canadiens et nous vérifierons si ses conditions de formation se distinguent de celles de la société et du *partnership*.

### 1.3.1 Les provinces de common law

À la différence de la common law traditionnelle anglaise qui refuse de voir entre le *partnership* et la *joint venture* plus qu'une différence de durée et d'objet, les provinces canadiennes se rapprochent de la vision américaine et tendent à distinguer les deux concepts, bien que la jurisprudence soit encore hésitante sur cette question<sup>116</sup>.

En effet, considérer la *joint venture* comme un *spécial or particular partnership* signifie que le mandat réciproque de gestion entre les associés s'appliquent aux entreprises. Tous les membres de la *joint venture* seront ainsi liés par les actes accomplis par l'un d'eux à l'intérieur de son mandat et la responsabilité à l'égard des tiers sera conjointe ou solidaire. Ces obligations, incombant aux associés dans un *partnership*, pourraient être lourdes de conséquences dans l'hypothèse d'un accord de collaboration entre entreprises. Il s'agit de l'une des raisons fondamentales qui ont poussé les tribunaux américains à tenter de distinguer les deux formes de groupements.

Cependant, la gymnastique n'est pas simple et ne fait pas l'unanimité. Les caractéristiques suivantes ont été jugées déterminantes pour conclure à l'existence d'une *joint venture*<sup>117</sup> : une association de plusieurs personnes, créée pour un seul objet ; une mise en commun d'un apport<sup>118</sup> ; une communauté d'intérêts entre les parties<sup>119</sup> ; un contrôle exercé par chaque partie sur l'entreprise<sup>120</sup> ; la recherche d'un profit<sup>121</sup> ; la contribution aux profits et pertes<sup>122</sup>.

---

116. *Ibid.*

117. P.-A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 114, 473.

118. 30 Am. Jur. 10, 63 A.L.R. 909 n ; 138 A.L.R. 968 n.

119. *Carbonneau v. Peterson*, 1 Wash. 2d 347, 95 p. 2d 1043 (1939) ; *Steinbeck v. Gerosa*, 4 N.Y. 2d 302, 151 N.E. 2d 170, 175 N.Y.S. 2d 1 (1958).

120. *Balestrieri and Co. v. Commissioners*, 117 F. 2d 867 (1950) ; *Soulek v. City of Omaha*, 140 Neb. 151, 279 N.W. 368 (1941) ; *Eagle Star Co. v. Bean*, 134 F. 2d 755 (1943).

121. *Sappenfield v. Mead*, 338 Ill. App. 236, 87 N.E. 2d 220 (1949) ; *Pierce v. MacDonald*, 168 A.D. 47, 153 N.Y.S. 810 (1915).

122. *Carmer v. J. Leo Johnson Inc.*, (Del) A2d 499 ; *Mariani v. Summers*, 3 Misc. 2d 534, 52 N.Y.S. 2d 750, 269 A.D. 830, 56 N.Y.S. 2d 537 (1944).



De ces éléments, un seul ressort véritablement comme déterminant de l'analyse de la doctrine<sup>123</sup> : l'objet d'un *partnership* constitue un *business*, alors que la *joint venture* n'est formée que pour une seule transaction. Bien que cette distinction n'ait pas reçu l'assentiment de l'ensemble des auteurs, son influence est nettement décelable dans les règles élaborées par la jurisprudence américaine<sup>124</sup>.

Il est toutefois surprenant de constater que, même après avoir tenté de distinguer les deux entités, la position majoritaire des tribunaux est nettement favorable à l'application à la *joint venture* des règles régissant le *partnership*, dont particulièrement le pouvoir de représentation mutuelle :

Il résulte de cette position, que les membres d'un *joint venture* engagent la responsabilité de leurs coassociés pour les actes nécessaires à l'accomplissement de l'entreprise commune. Les ententes intervenues entre les associés qui limitent ces pouvoirs, sont inopposables aux tiers qui n'en ont pas connaissance. La responsabilité des associés d'un *joint venture* est, de plus comme dans le cas du *partnership*, conjointe et solidaire<sup>125</sup>.

La situation est fort semblable dans les neuf provinces canadiennes. Les tribunaux canadiens<sup>126</sup> s'entendent généralement sur les mêmes critères pour conclure à la *joint venture* et la distinguer du *partnership* :

- l'existence d'un contrat entre les parties<sup>127</sup> ;
- le caractère limité du projet ;

---

123. « A Partnership and a Joint Venture Distinguished », (1920) 33 Harv. L. Rev. 852 ; MECHER, « The Law of Joint Adventure », (1930-31) 15 Minn. L. Rev. 644 ; Comment : « The Joint Venture : Problem Child of Partnership », (1950) 38 Calif. L. Rev. 860 ; Comments : « Joint Venture or Partnership », (1949) 18 Ford L. Rev. 114.

124. Ainsi, les tribunaux ont conclu que, à la différence du *partnership*, la *joint venture* n'avait pas à être enregistrée au moment de sa formation ; une personne morale pouvait devenir membre d'une *joint venture* là où elle n'aurait pu faire partie d'un *partnership* ; un membre d'une *joint venture* pouvait poursuivre son partenaire sans préalablement rendre compte ; l'obligation de ne pas faire concurrence à la *joint venture* a été appliquée de façon moins stricte qu'en matière de société. Sur toutes ces questions, voir P.-A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 114, 474-478.

125. *Id.*, 478.

126. *Canadian Pacific Ltd. c. Telesat Canada*, (1982) 133 D.L.R. (3d) 321 (C.A. Ont.) ; *Canada Dry Ltd. c. Nova Scotia Recreation Development Ltd.*, (1983) 56 N.S.R. (2d) 167 (C.S.) ; *Central Mortgage and Housing Corporation c. Graham*, (1974) 43 D.L.R. (3d) 686 ; *Nova Scotia Drydock Ltd. c. Rijn Schelde-Verolme Machinnfabrieken En Scheepswerven n.v.*, (1982) 56 N.S.R. ; M.A. GUILBAULT, « Le nouveau Code civil et son impact fiscal : fiducie et société de personnes », *Association de planification fiscale et financière*, Congrès 1993, p. 15 :6-15 :7.

127. *Central Mortgage and Housing Corporation c. Graham*, précité, note 126, 705.

- l'obligation d'apports et le droit de propriété<sup>128</sup> ;
- une communauté d'intérêts<sup>129</sup> entre les parties pour l'atteinte d'un objectif commun ;
- un droit de gestion mutuel ;
- la recherche d'un profit ;
- le droit de participer aux profits<sup>130</sup>.

Parmi ces critères, trois seraient caractéristiques de l'existence d'une *joint venture*, bien qu'ils puissent être aussi présents en matière de *partnership* :

- (1) a joint property interest in the subject matter of the venture ;
- (2) a right of mutual control and management of the enterprise ; and
- (3) most usually, a limitation of the objective to a single undertaking or a limited number of undertakings (it is recognized that the question of what constitutes a single undertaking will be susceptible to widely differing interpretations)<sup>131</sup>.

En common law, les associés n'ont pas l'obligation d'effectuer des apports à la société, bien que, en pratique, ils contribuent généralement par des ressources à l'exploitation de l'entreprise. À l'inverse, la mise en commun de biens est obligatoire pour conclure à l'existence d'une *joint venture*. Cependant, les apports ne sont pas translatifs de propriété. Chaque participant demeure propriétaire des biens apportés, mais il bénéficie d'un intérêt direct et distinct dans l'actif de la *joint venture*, duquel il perçoit directement ses profits. Ainsi, alors que les profits, dans un *partnership*, appartiennent d'abord et avant tout à la firme, dans une *joint venture*, ils sont la propriété, en premier lieu, des participants : « Dès lors, se dégageait une distinction importante d'ordre fiscal entre le *joint venture* et la société. En effet, ces deux institutions étaient soumises à des règles différentes, entre autres en ce qui a trait au calcul du revenu<sup>132</sup>. »

---

128. *Id.*, 709 ; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 ; *Canadian Pacific Ltd. c. Telegat Canada*, (1982) 133 D.L.R. (3d) 321 (C.A. Ont.).

129. Dans l'affaire *Canada Dry Ltd. c. Nova Scotia Recreation Development Ltd.*, précitée, note 126, la Cour a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une *joint venture* parce que les intérêts particuliers de chacune des entreprises ne correspondaient pas à l'objectif commun du regroupement.

130. *Central Mortgage and Housing Corporation c. Graham*, précité, note 126, 710.

131. J. MCKEE, « The Distinction between Joint Ventures and Partnerships », (1985) 17, (1), C.C.T. C98-C99.

132. C. PERRON et H.H. MAI, « Quelques réflexions sur la notion et l'application du *joint venture* au Québec », dans D.-C. LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 344, 363 ; REVENU CANADA, « Distinguishing Between a Joint Venture and a Partnership for the Purpose of the Section 273 Joint Venture Election », dans *Draft Policy Paper*, 21 février 1995.

Par ailleurs, la *joint venture* ne bénéficie pas comme la société d'une représentation organique de ses intérêts. Les intérêts individuels ne laissent pas place à l'intérêt collectif du groupement. Chacun des participants désire exercer un contrôle personnel sur les destinées du groupement. Par conséquent, les délégations de pouvoir sont rarissimes et les décisions importantes sont généralement prises à l'unanimité. La situation est complètement différente dans une société. Bien que la firme ne bénéficie d'aucune reconnaissance légale, elle a une existence à l'égard des tiers<sup>133</sup>. Ainsi, en matière d'administration, la gestion peut être confiée à un gérant — qui est à la société de personnes ce que le conseil d'administration est à la société par actions — ou encore aucune personne ne sera nommée à cet égard et la loi prévoit alors un mandat réciproque de gestion entre les associés<sup>134</sup>.

Finalement, l'exploitation d'une entreprise constitue une condition de formation du *partnership*, alors que la *joint venture* est créée pour un projet particulier. La distinction est ténue considérant la largesse qui entoure la définition de l'« entreprise » où aucun seuil d'exploitation minimal n'est déterminé. Par conséquent, rien ne fait obstacle à ce qu'un *partnership* soit formé pour un seul objet. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé la Cour suprême en 1998<sup>135</sup>.

### 1.3.2 Le droit québécois

Au Québec, la *joint venture* est associée depuis longtemps au contrat de société<sup>136</sup>. Historiquement, le législateur avait prévu la forme juridique de la société du Code civil afin de permettre à des personnes physiques de joindre leurs efforts pour former une entreprise économique à but lucratif, partager ses résultats et subir ses pertes, le tout comme cela est décrit dans l'article 2186. Cependant, avec le temps, la notion de société a été utilisée à des fins différentes. Ainsi, il a été découvert que la vie commune des conjoints mariés ou de fait peut engendrer des relations de la nature de la société. De même, des entreprises, compagnies ou sociétés peuvent former

133. Voir sur cette question la section 2.2.2.

134. L.R.O., précitée, note 2, art. 6.

135. *Continental Bank Leasing c. Canada*, précité, note 30, 327 : « La Loi sur les sociétés en nom collectif n'empêche pas une personne de faire partie d'une société en nom collectif pour une seule opération. »

136. *Imprégilo Canada Ltée c. Le sous-ministre du Revenu du Québec*, [1992] R.D.F.Q. 264, 268 ; *Royal Bank of Canada c. Meyers*, [1989] R.J.Q. 514 (C.A.) ; *Winner & Chazonoff (Ontario) Ltd. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] C.S. 570 ; *Productions Réjean Lefrançois Inc. c. Les Entreprises M.P. Inc.*, C.S. Montréal, nos 500-09-000835-827, 500-05-011217-799, 20 juin 1985, J. Kaufman, Jacques et LeBel.

conjointement des sociétés. Tout cela a été facilité par l'extrême flexibilité du droit nord-américain des groupements d'affaires.

Aux prises avec cet élargissement de l'utilisation de la notion de société, les tribunaux ont d'abord qualifié ces nouvelles entités par des vocables juridiquement inutiles comme « société de fait », ou « société *sui generis* »<sup>137</sup>. La Cour suprême a clarifié la situation en précisant que tous les groupements qui répondent à la définition juridique de société sont des sociétés et que seuls de tels groupements sont des sociétés. Le droit du Québec, pour sa part, ne connaît pas de catégorie juridique intermédiaire. Il n'y a pas de sociétés *sui generis*. Toutes les sociétés sont des sociétés de droit. Dans ce cas, comme dans celui des filiales communes, le terme *joint venture* est dépourvu de contenu juridique. La jurisprudence la plus récente reflète cette interprétation et commence à traiter la *joint venture* comme une société particulière en participation<sup>138</sup>.

Les participants à une *joint venture* devront être extrêmement clairs et précis lors de la rédaction de leur convention pour exprimer leur intention de ne pas former une société en participation. En effet, la *joint venture* fait appel aux critères de formation de la société en participation<sup>139</sup>. D'une part, la société peut, aux termes de l'article 2186 du Code civil, être constituée pour l'exercice d'une seule activité ; la distinction fondée sur l'exploitation d'une entreprise n'est donc pas ici concluante. D'autre part, les apports sont nécessaires à la formation de la société et, dans le contexte d'une société en participation, ils ne sont pas translatifs de propriété<sup>140</sup>, ce qui ajoute à la confusion avec la *joint venture*.

En pratique, seule l'argumentation entourant le droit de contrôle mutuel demeure valable et, là encore, seulement dans le cas d'une société en participation ostensible où l'existence du groupement est révélée aux tiers et où l'engagement réciproque réapparaît<sup>141</sup>. En effet, la société en

---

137. *Invernizzi c. Du Crest*, [1982] C.S. 418 ; *Giguère c. Rolco Metal Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-002586-822, 17 août 1982, J.E. 82-934 ; *Laflamme c. Laplante*, [1981] C.S. 1031 ; *Russo c. Brault*, C.S. Montréal, 2 octobre 1980, n° 500-05-815984-719 (appel accueilli : C.A. Montréal n° 500-09-001220-805, 26 avril 1985), J.E. 80-974.

138. *Royal Bank of Canada c. Meyers*, précité, note 136 ; *Hôtel de la Grande Allée Inc. c. Canada Permanent Trust Co.*, C.S. Québec, no 200-05-002490-840, 16 octobre 1984, J.E. 84-934 ; *Tilly Manufacturing (1973) Ltd. c. Horne*, [1978] C.S. 655 ; *Pavage des moulins inc. c. Ville de Lachenaie*, C.S. Joliette, n° 705-05-002113-978, 29 septembre 1997, J. C. Trudel ; *Placements Tanguay (1979) Ltée (Syndic de)*, précité, note 27.

139. C. PERRON et H.H. MAI, *loc. cit.*, note 132, 359.

140. C.c.Q., art. 2252.

141. *Id.*, art. 2253, al. 2. Voir sur cette question la section 1.2.1.2.

participation est, par définition, occulte et la loi prévoit que chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers<sup>142</sup>. Dans ce dernier cas, les similitudes avec la *joint venture* sont évidentes.

## 2 L'individualité juridique des sociétés

Le contrat de société est de nature particulière, puisque, en plus de la création d'obligations entre les associés, il engendre une représentation à l'égard des tiers.

Au Québec, sous l'empire du C.c.B.C., la majorité, tant en jurisprudence qu'en doctrine, s'entendait pour expliquer cette représentation par la personnalité morale. Aujourd'hui, avec le C.c.Q., le débat ne se présente plus de la même façon. L'individualité juridique est maintenue, mais la qualité de personne morale est niée.

Dans les autres provinces canadiennes, cette question n'a pas suscité autant d'intérêt. Les tribunaux s'entendent depuis fort longtemps sur le fait que le *partnership* ne constitue pas une entité juridique.

Il faut comprendre que la conception de la propriété à la base du débat en droit civil est fondamentalement distincte dans les deux systèmes juridiques. Dans la prochaine section, nous résumerons la problématique entourant la nature juridique des sociétés en droit civil (2.1) pour ensuite comprendre, à la lumière de l'expérience anglo-saxonne (2.2), qu'une telle question est propre à la famille romano-germanique.

### 2.1 Le débat sur la personnalité morale des sociétés en droit civil

La discussion entourant la nature juridique des sociétés se résume, en fait, à une seule question : la personnalité morale appartient-elle seulement aux entités qui se la voient concéder expressément par le législateur ou existe-t-il, sous certaines conditions, un droit naturel à la personnalité morale pour les groupements ?

La réponse est importante puisque l'examen du droit positif permet de constater une contradiction entre l'évolution législative et la position jurisprudentielle.

Nous avons donc choisi d'analyser, dans un premier temps, la double définition de la personnalité morale qui avait cours en vertu du C.c.B.C. (2.1.1), afin de pouvoir comprendre, dans un second temps, pourquoi cette division ne peut plus être acceptée sous l'empire du C.c.Q. (2.1.2).

---

142. *Id.*, art. 2253, al. 1.

### 2.1.1 Le *Code civil du Bas Canada* et la conception de la personnalité morale

La personnalité morale est, depuis ses origines, définie d'une double façon : une définition légale et une définition jurisprudentielle. C'est cette scission qui est à la source de la controverse sur la nature juridique du concept dans la tradition civiliste (2.1.1.1).

Pour sa part, le droit québécois ne constitue pas une exception à la règle. La même dualité existait de ce côté de l'Atlantique. La revue de la jurisprudence permettra de constater cette réalité (2.1.1.2).

#### 2.1.1.1 L'origine de la controverse

La définition proposée de la personnalité morale est fonction de l'appartenance au camp de la *fiction* ou encore à celui de la *réalité*.

La théorie de la fiction est celle en vertu de laquelle la personnalité morale résulte d'une concession de la loi. Elle correspond à la conception originelle de la personnalité morale, en ancien droit français (XVII<sup>e</sup> siècle), au moment où la personne morale prenait vie obligatoirement par le moule de la corporation. Il faut préciser que cette « corporation » n'était en rien l'équivalent de celle qui est décrite dans les articles 352 et suivants du C.c.B.C.<sup>143</sup>. Il s'agissait, à l'époque, du générique employé pour désigner ce qui est qualifié aujourd'hui de personne morale. La corporation se caractérisait alors par une responsabilité limitée de ses membres, de même que par une organisation formelle.

La théorie de la réalité, par ailleurs, est celle en vertu de laquelle la personnalité morale résulte d'une concession implicite de la loi. Cette conception émane de la Révolution française (XIX<sup>e</sup> siècle), au moment où toutes les corporations de l'ancien droit ont été désagrégées.

Les juristes français du temps ont été placés devant une drôle de situation : d'un côté, la désintégration des personnes morales existantes (corporations), et de l'autre, l'adoption du « *Code Napoléon* » et de son titre sur les sociétés avec un régime juridique bien particulier. En effet, les sociétés civiles et commerciales du *Code civil français*, sans être caractérisées expressément de personne morale, présentaient plusieurs attributs juridiques identiques à ceux de la « corporation » de l'ancien droit. Au titre

---

143. C.c.B.C., art. 352 : « Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale dont l'existence ou la successibilité sont perpétuelles, ou quelquefois pour un temps défini seulement, et qui est capable de certains droits et sujette à certaines obligations. »

de ces effets, notons l'article 529<sup>144</sup>, qui déclarait meubles par détermination de la loi les parts sociales, bien qu'il y ait des immeubles dans la société.

Le fondement le plus plausible de cette individualité juridique a paru être, à ce moment-là, la reconnaissance implicite de la personnalité morale par le législateur. Comme tout droit supposait un sujet en vertu de la conception civiliste de l'unité patrimoniale, il a été impossible d'expliquer autrement la jouissance de droits et d'obligations par une pluralité de personnes. *Si la société a un patrimoine, elle doit obligatoirement avoir la personnalité morale.* Le raisonnement est simple : si, en échange de l'apport fait à la société, l'associé devient propriétaire d'une valeur mobilière, le patrimoine de la société ne peut être qu'entièrement séparé de celui des associés. C'est donc en toute « logique » avec la théorie unitaire du patrimoine que les juristes classiques en sont arrivés à reconnaître la personnalité morale aux sociétés.

La personnalité morale a de cette façon quitté progressivement le moule originel de la « corporation » pour devenir en droit civil l'aptitude commune à posséder des droits et à être sujet d'obligations sous l'égide d'une personne fictive. Il s'agissait alors d'une modification fondamentale de la théorie de la propriété en droit civil qui — à la différence des droits anglo-saxon et germanique — ne pouvait plus se concevoir sans sujet. Par conséquent, tant qu'aurait droit de cité cette conception patrimoniale, agir collectivement pour un groupement supposerait obligatoirement la personnalité morale.

Cette évolution historique est fondamentale pour la compréhension du concept de personne morale. Le XIX<sup>e</sup> siècle marque la reconnaissance, à côté des corporations, d'une autre forme de personne morale, la société, non en tout point semblable — notamment par la responsabilité subsidiaire des associés — mais n'en constituant pas moins, à ce moment, un sujet de droit autonome.

---

144. *Code civil français*, art. 529 : « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » C.c.B.C., art. 387 : « Sont meubles par la détermination de la loi les immeubles dont elle autorise à certaines fins la mobilisation et aussi les obligations et actions qui ont pour objet des effets mobiliers, y compris les créances constituées ou garanties par la province ou les corporations, — les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces immeubles sont réputés meubles à l'égard de chaque associé, seulement tant que dure la société. »

### 2.1.1.2 L'évolution jurisprudentielle

Le *Code civil du Bas Canada* a été adopté en 1866 et la même dualité s'est retrouvée de ce côté de l'Atlantique : la théorie de la fiction, en vertu de laquelle le législateur a reconnu expressément la qualité de personne morale aux seules corporations (art. 352 suiv.) et la théorie jurisprudentielle de la réalité ou de la reconnaissance implicite, pour expliquer les attributs juridiques accordés par la loi aux sociétés civiles et commerciales, de même qu'aux associations non personnifiées.

Par ailleurs, la Cour d'appel a reconnu la personnalité morale à la société en nom collectif dès 1896<sup>145</sup>. En fait, bien que les tribunaux n'aient jamais été très explicites sur cette question, le courant majoritaire<sup>146</sup> en jurisprudence a toujours été favorable à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés commerciales.

La personnalité morale des sociétés civiles<sup>147</sup>, pour sa part, a été plus discutée que celle des sociétés commerciales. Parce que certaines dispositions dont s'inférait la personnalité des sociétés commerciales — entre

---

145. *Damien c. Société de prêts et placements du Québec*, (1896) 4 R. de J. 32 (B.R.), 42 et suiv. ; *Montréal Girard c. Rousseau*, (1887) 31 L.C.J. 112 ; 3 M.L.R. 293 ; 11 L.N. 60 ; 16 R.L. 533. *Block c. Carrier et The North Shore Power Railway & Navigation Co.*, (1906) 30 C.S. 37. Voir aussi les décisions : *Donohue c. Corporation paroissiale de St-Étienne*, (1923) 31 R.P. 103 ; [1924] R.C.S. 510 ; *Fortin c. Cimon*, (1931) 50 B.R. 242 ; *Caisse populaire Pontmain c. Couture*, [1983] C.P. 149. Et pour la société en commandite, voir les récentes décisions : *Lalumière c. Moquin*, [1995] R.D.J. 440 (C.A.) ; *Société en commandite 2858-9893 Québec Inc. c. 2420-3242 Québec Inc.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000490-955, 10 avril 1996, J. F. Thibault.

146. En 1949, dans l'affaire *Gareau c. Laboissière*, [1949] C.S. 51, il est mentionné que les biens sociaux ne peuvent être saisis pour les dettes personnelles des associés. En 1967, une autre décision (*Noël c. Petites franciscaines de Marie*, [1967] C.S. 1) dispose que la responsabilité délictuelle de la société peut être engagée lorsqu'elle contracte avec ses propres associés. En 1971 (*Sous-ministre du Revenu c. Jobin*, [1971] C.S. 565), la Cour supérieure reconnaît encore qu'il est de la seule compétence de la société d'effectuer les déductions et remises fiscales et que les associés ne peuvent être poursuivis personnellement à ce titre. Plus récemment, dans l'affaire *Lalumière c. Moquin*, [1995] R.D.J. 440 (C.A.), la Cour d'appel mentionne que les commanditaires n'ont pas le droit de réclamer directement et personnellement pour les pertes subies par les sociétés en commandite qui possèdent un patrimoine distinct de celui des commanditaires. Voir aussi, dans le même sens, *Société en commandite 2858-9893 Québec Inc. c. 2420-3242 Québec Inc.*, précité, note 145.

147. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 92. Sous l'empire du C.c.B.C., les sociétés étaient civiles quand elles n'avaient pas un objet commercial. C'est ainsi qu'en règle générale une société entre agriculteurs, notaires ou artistes était civile.



autres l'article 387 qui mobilisait la part sociale — ne s'appliquaient pas aux sociétés civiles, une certaine doctrine<sup>148</sup> a tenté d'établir une distinction entre les groupements. Le débat aura cependant été vain, puisque la majorité des articles invoqués pour soutenir la thèse de la personnalité morale des sociétés commerciales concernaient aussi les sociétés civiles, et il a rapidement été démontré qu'il n'y avait aucune corrélation entre la nature de l'activité (civile ou commerciale) et la reconnaissance de la personnalité morale. Ainsi, dans une décision rendue en 1987, la Cour d'appel s'exprime en ces termes : « Cette société civile, à qui on donna le nom de Somec Lambert, avait évidemment une personnalité juridique différente de celle de ses membres<sup>149</sup>. » Le même principe est réaffirmé, en 1996, dans l'affaire *Menuiserie Denla*<sup>150</sup>.

Enfin, dans une décision unanime rendue en 1991, la Cour d'appel a même reconnu certains attributs de la personnalité morale à une association non personnifiée<sup>151</sup>.

Après plus d'un siècle de décisions favorables à la personnalité morale des sociétés, la Cour d'appel rend, en juin 1996 dans l'affaire *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*<sup>152</sup>, une première décision abondamment motivée sur cette question qui s'inscrit en faux contre le courant majoritaire.

Après une étude historique impressionnante des notions de personnalité morale et de patrimoine, les deux juges majoritaires sont d'avis que le jugement de la Cour du Québec est erroné, car, « même si la société peut paraître posséder certains des attributs de la personnalité juridique, elle ne jouit pas de la propriété d'un patrimoine distinct de celui de ses associés<sup>153</sup> ». La position majoritaire a effectué une application stricte de la théorie de la fiction et écarté la théorie de la reconnaissance implicite, privilégiée par la doctrine et la jurisprudence depuis presque un siècle. Les propos du juge Brossard sont à cet égard dépourvus d'ambiguïté :

D'ailleurs, personne ne conteste le fait que le C.C. ne confère pas directement la personnalité juridique à la société. Cependant, je l'ai mentionné dans la section historique de cette opinion, la théorie de la fiction, tout en estimant nécessaire l'intervention du législateur afin de conférer la personnalité morale, n'exige pas

148. Voir, à ce sujet, R. GOLDWATER, « La société civile est-elle une personne morale ? », (1960) 34 *Thémis* 91.

149. *Somec Inc. c. Procureur général du Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000496-858, 4 juin 1987, J. Beauregard, Chouinard et Galipeau, J.E. 87-667.

150. *Menuiserie Denla Inc. c. Condos Jonquière Inc.*, [1996] R.D.I. 18, 20 (C.A.).

151. *Prince Consort Foundation c. Blanchard*, [1991] R.J.Q. 1547, 1558-1559.

152. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 1.

153. *Id.*, 1581.

que cette action soit exécutée de manière expresse. La méthode de la reconnaissance implicite est aussi admise. Les considérations qui viennent d'être exposées, tout particulièrement celles, déterminantes, relatives à l'article 399, me semblent cependant constituer un obstacle infranchissable à cette reconnaissance implicite<sup>154</sup>.

Quant au juge dissident, conformément au courant prédominant en vertu du C.c.B.C., il ne peut souscrire à la proposition qu'une société ne puisse détenir des biens :

Le premier alinéa de l'art. 2199 du *Code civil du Québec* se lit ainsi :

2199. L'apport de biens est réalisé par le transfert des droits de propriété ou de jouissance et par la mise des biens à la disposition de la société.

Le ministre, dans ses Commentaires, Tome II, cite comme l'une des sources, les art. 1839 al. 2 et 1846 C.c.B.C. Il n'y est pas fait état qu'il s'agisse de droit nouveau.

Je ne puis me convaincre que dans les articles du Code civil du Bas Canada où le législateur parle des biens de la société, des choses appartenant à la société, des immeubles de la société, « the property of the *partnership* », il ne donne pas aux mots et aux expressions leur sens habituel<sup>155</sup>.

Un examen minutieux des dispositions du C.c.B.C. conduit les juges majoritaires à adopter la position suivante :

- 1) la société n'est pas considérée par le C.c.B.C. comme un sujet de droit ; seules les personnes physiques et les corporations bénéficient expressément de cette qualité (art. 18 et 352) ;
- 2) or, ce Code exige que tout droit ait un sujet (art. 399)<sup>156</sup> ;
- 3) par conséquent, comme la société n'est pas un sujet de droit reconnu expressément par le Code, elle n'a pas de personnalité juridique, donc par corollaire, elle ne peut avoir de patrimoine distinct.

---

154. *Id.*, 1578.

155. *Id.*, 1583.

156. C.c.B.C., art. 18 : « Tout être humain possède la personnalité juridique. Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi » ; art. 352 : « Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale dont l'existence et la successibilité sont perpétuelles, ou quelquefois pour un temps défini seulement, et qui est capable de certains droits et sujette à certaines obligations » ; art. 399 : « Les biens appartiennent ou à l'État, ou aux municipalités et autres corporations, ou enfin aux particuliers. Ceux de la première espèce sont régis par le droit public ou par les lois administratives. Ceux de la seconde sont soumis à certains égards par leur administration, leur acquisition et aliénation, à des règles de formalités qui leur sont propres. Quant aux particuliers, ils ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par la loi. »

Les juges majoritaires adhèrent, par ce raisonnement syllogistique, à la thèse classique de l'unité patrimoniale des auteurs français Aubry et Rau : « Des considérations qui précèdent, il faut retenir qu'il est difficile d'aborder la question du patrimoine de la société sans aborder celle de sa personnalité. Elles s'interpénètrent. C'est pourquoi notre analyse, pour répondre à la première, considérera corrélativement la seconde<sup>157</sup>. »

Par ailleurs, les juges relèvent aussi l'article 387 qui a servi d'argument au soutien de la thèse de la personnalité morale des sociétés. Selon l'opinion majoritaire, cette disposition ne démontre en rien la personnalité de la société et n'a pour effet que de mobiliser, sous certaines conditions, la part sociale. Cela les conduit à donner un sens particulier au terme « société », indépendamment de la question de la personnalité morale ou encore de celle du patrimoine autonome.

Suivant leur interprétation, selon laquelle la société du C.c.B.C. n'avait pas de patrimoine distinct, le régime juridique des biens aurait dû être celui de l'indivision ; or, ce n'était pas du tout le cas. La seule comparaison des deux institutions aurait permis aux juges de saisir la particularité de la société. Les associés ne sont pas de simples « copropriétaires indivis » et, à cet égard, la définition que la Cour donne de la part sociale ne peut être acceptée.

Par ailleurs, l'opération d'apport a, en matière de société, un pouvoir transformateur de droit qui n'existe pas dans l'indivision. La mise en commun de biens, qu'implique le contrat de société, transforme le droit individuel de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. Ce droit personnel, soit la part sociale, donne à l'associé un droit tant dans les bénéfices que dans l'actif de la société. Telle est la position adoptée par la même Cour d'appel dès 1896 et qui est en conformité avec la conception civiliste contemporaine de la propriété<sup>158</sup>.

Si la position des juges majoritaires dans la décision *Allard* est acceptée, il n'y aura plus de distinction entre l'indivision et la société quant à la détention des biens. Par ailleurs, pourquoi le législateur aurait-il établi un régime juridique particulier pour la part sociale — la mobilisation — si la société n'avait pas de patrimoine autonome ? Pour les juges majoritaires, la réponse se trouve dans le sens particulier à donner au terme « société ».

Ainsi, les juges majoritaires admettent que les actes accomplis par la société sont distincts de ceux qui sont exécutés personnellement par les associés :

---

157. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 1, 1571.

158. *Damien c. Société de prêts et placements du Québec*, (1896) 4 R. de J. 32 (B.R.) 42 et suiv.

En effet, l'on doit reconnaître que les actions entreprises par la société peuvent différer de celles exécutées pour leur compte personnel par ses associés. Alors, il n'est pas fautif, dans un sens descriptif, de parler des activités de la société. L'impact juridique de celles-ci ne pourra cependant se faire sentir que chez les associés<sup>159</sup>.

Par conséquent, et avec l'appui d'une certaine doctrine minoritaire<sup>160</sup>, ils concluent que le terme « société », dans le contexte du C.c.B.C., est synonyme de « collectivité des associés ». Ainsi, lorsque le Code emploie l'expression « immeubles de la société », cela n'implique pas la propriété de cette dernière, mais plutôt celle de la collectivité des associés, « véritables copropriétaires indivis<sup>161</sup> ».

Ce mode collectif de détention des droits, auquel fait référence l'opinion majoritaire, implique une mutation de la conception patrimoniale, ce dont il n'a jamais été question sous l'empire du C.c.B.C. La conception unitaire du patrimoine ne permettait pas en effet dans le C.c.B.C. l'acceptation d'un type de propriété intermédiaire entre l'indivision et la personnalité morale. La propriété collective, à laquelle fait référence la Cour d'appel, n'engendre pas un état d'indivision entre les associés, et c'est là où les juges auraient eu intérêt à poursuivre leur analyse. Il s'agit, en réalité, d'une copropriété « sans part » où tous les associés sont collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être toutefois personnellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie, d'où évidemment la nécessité de recourir à la mobilisation de la part sociale. Une telle approche n'est cependant possible que dans la mesure où la division du patrimoine est autorisée par la loi.

Par conséquent, tant qu'avait droit de cité la conception de l'unité patrimoniale en droit québécois, il se révélait impossible d'intégrer la propriété collective proposée par l'opinion majoritaire dans la décision *Allard*. Il n'est donc pas surprenant de trouver des contradictions dans la démonstration même des juges qui, d'une part, appuient leur argumentation principale sur la thèse classique d'Aubry et Rau (patrimoine corollaire de la personnalité), alors que, d'autre part, ils adhèrent à une conception qui a

---

159. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 1, 1579.

160. E.-C. MONK, « *Partnership: The Theory of the Legal Entity* », dans *Le droit civil français: livre-souvenir des journées du droit civil français*, Montréal, Barreau de Montréal, 1936, p. 506; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 456; M. FILION, « *Droit des associations* », dans CHAMBRE DES NOTAIRES (dir.), *Répertoire de droit, Associations — Doctrine — Document*, Montréal, SOQUIJ, 1989, p. 319.

161. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 1, 1580.

des fondements entièrement différents (patrimoine autonome hors du cadre de la personnalité morale). Cela conduit évidemment aux incohérences énoncées dans la présente section.

Que conclure d'une telle décision — fondamentale, parce que la première à se pencher avec autant d'insistance sur la question, mais néanmoins de valeur relative puisqu'elle a été rendue plus de deux ans après la mise en force du nouveau Code — alors que la problématique est complètement transformée ?

La décision *Allard* constituait une position minoritaire en vertu du C.c.B.C. La jurisprudence a été en effet pendant une centaine d'années favorable à la personnalité morale des sociétés. Un courant aussi ferme ne peut être balayé d'un revers de la main par une décision partagée, aussi abondamment appuyée soit-elle !

Cette prémisse posée, quelle portée convient-il de donner à cet arrêt sous l'empire du C.c.Q., alors que la dynamique est complètement transformée ? S'il s'avère possible de se montrer d'accord avec l'opinion majoritaire de l'arrêt *Allard* pour nier la personnalité morale aux sociétés en vertu du C.c.Q., il est par contre impossible d'être en faveur de la conséquence qu'elle tire, soit l'absence d'autonomie patrimoniale.

### **2.1.2 Le Code civil du Québec et la conception du patrimoine d'affectation**

Le nouveau Code comporte un paradoxe qui remet en question la nature même de la société de personnes. Le législateur reconnaît explicitement la qualité de personne morale aux seules sociétés par actions, tout en intensifiant de façon notable l'individualité juridique des sociétés de personnes (2.1.2.1).

En effet, comment nier la qualité de personne morale à une entité qui foisonne de nouveaux attributs juridiques ? Comment concilier le patrimoine autonome et l'individualité juridique reconnus par la loi aux sociétés avec l'absence de personnalité morale ? L'examen des décisions récentes permettra de faire la lumière sur cette question (2.1.2.2).

#### **2.1.2.1 Le paradoxe de la nouvelle législation**

Les modes de constitution et d'organisation des personnes morales sont, depuis 1994, strictement réglementés par le législateur :

298. Les personnes morales ont la personnalité juridique. Elles sont de droit public ou de droit privé.

299. Les personnes morales sont constituées suivant les formes juridiques prévues par la loi et parfois directement par la loi. Elles existent à compter de l'entrée en vigueur de la loi ou au temps que celle-ci prévoit, si elles sont de droit public, ou si elles sont constituées directement par la loi ou par l'effet de celle-ci ; autrement, elles existent au temps prévu par les lois qui leur sont applicables.

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce. Les unes et les autres sont aussi régies par le présent Code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

Il n'y a donc de personnes morales que suivant les formes juridiques prévues par la loi ou encore par constitution directe de la loi. Le premier type s'applique aux personnes morales constituées selon la procédure décrite dans une loi d'application générale, par exemple la *Loi sur les compagnies*<sup>162</sup> ou encore la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>163</sup>. Le second type concerne les personnes morales créées directement par une loi spéciale. Il s'agit du mode de constitution privilégié pour la plupart des sociétés d'État, de même que pour les ordres professionnelles d'exercice exclusif.

Chacune de ces personnes morales est d'abord régie par les lois applicables à son espèce et, subsidiairement seulement, par le Code<sup>164</sup>, lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois. Le cadre juridique des personnes morales apparaît donc clairement défini dans le Code civil et aucune ambiguïté ne semble exister quant à l'hégémonie de la théorie de la fiction.

La controverse semble malheureusement réapparaître à la lecture du chapitre sur les sociétés. Seule la société par actions est, en effet, qualifiée de personne morale par le législateur : « 2188. La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. *Elle peut aussi être par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale* [l'italique est de nous]. »

Toutefois, aussi paradoxal que cela puisse paraître, les attributs juridiques des sociétés de personnes sont également accrus de façon à leur conférer cette plus grande indépendance et pérennité « normalement » caractéristiques d'une personne morale.

162. *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38.

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

164. Seul le premier chapitre du Code, soit les articles 298 à 333, constitue le droit supplétif (art. 300, al. 2). Le chapitre deuxième ne s'applique qu'à certaines personnes morales, soit celles qui sont décrites dans l'article 334.

Sous l'empire du C.c.B.C. les sociétés de personnes possédaient, aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires, plusieurs attributs juridiques et leur capacité juridique était justifiée par la personnalité morale. Cependant, comme cela était souvent rappelé, cette personnalité était incomplète, imparfaite, larvaire ou encore embryonnaire : la société ne pouvait tester en justice sans le concours de ses membres et, ce qui la défavorisait le plus par rapport à la corporation, la responsabilité des associés n'était pas limitée aux apports et pouvait ainsi s'étendre à toutes les dettes sociales. D'autres argumentaient encore que l'existence de la société était beaucoup trop liée au sort des associés, ou à leur volonté, pour qu'elle soit une personne morale. Presque toutes ces « imperfections » ont été corrigées par le nouveau Code.

Les sociétés en nom collectif et en commandite peuvent ainsi depuis 1994 :

- ester en justice<sup>165</sup> ;
- racheter les parts sociales de leurs membres<sup>166</sup> ;
- ne compter qu'un seul membre<sup>167</sup> ;
- avoir une existence indépendante de leurs membres<sup>168</sup> ;
- être liquidées suivant les mêmes règles que les personnes morales<sup>169</sup>.

Quant aux associés, ils leur est dorénavant possible de céder<sup>170</sup> et d'hypothéquer<sup>171</sup> leur part dans l'actif et dans les bénéfices de la société.

Les sociétés de personnes ne constituent pas des personnes morales au sens du C.c.Q., mais le même instrument leur confère indubitablement plusieurs attributs juridiques caractéristiques, dans l'analyse traditionnelle, d'une personne morale. Si la jurisprudence a pu reconnaître que les sociétés civiles et commerciales du C.c.B.C. étaient des personnes morales, comment pourrait-elle dénier cette qualité aux nouvelles sociétés ?

### 2.1.2.2 L'interprétation des tribunaux

Une quinzaine de décisions ont traité, avec plus ou moins d'éloquence, de la question de la personnalité morale de la société depuis 1994.

---

165. C.c.Q., art. 2225.

166. *Id.*, art. 2209, al. 1.

167. *Id.*, art. 2232.

168. *Id.*, art. 2226-2229.

169. *Id.*, art. 2235.

170. *Id.*, art. 2209.

171. *Id.*, art. 2211.

Quelques-unes seulement sont conséquentes. La plupart d'entre elles reconnaissent les attributs juridiques de la société — elle peut ester en justice et elle bénéficie d'un patrimoine autonome — sans en explorer plus avant les fondements. D'autres décisions, malheureusement, s'appuient sur le jugement *Allard* et refusent l'autonomie patrimoniale aux sociétés sous prétexte qu'elles ne constituent pas des personnes morales<sup>172</sup>.

Trois décisions ont reconnu, dès le début de l'année 1994, la capacité d'ester en justice de la société en nom collectif. Avec le libellé clair et précis de l'article 2225, comment un tribunal pourrait-il refuser de reconnaître ce droit à une société ? « 2225. La société peut ester en justice sous le nom qu'elle déclare et elle peut être poursuivie sous ce nom. »

Le problème réside évidemment dans le fondement de cet attribut juridique : la majorité a préféré garder le silence sur cette question<sup>173</sup>, tandis que la minorité s'est embrouillée dans ses explications<sup>174</sup>.

Quatre décisions ont été rendues sur la question du patrimoine distinct des sociétés en nom collectif. Deux d'entre elles ont reconnu simplement — et sans plus de commentaires — l'autonomie patrimoniale des sociétés<sup>175</sup> ; une décision sous la foi de l'arrêt *Allard* et de la corrélation entre le patrimoine et la personnalité est arrivée à la conclusion « que les sociétés n'ont pas de personnalité juridique et en conséquence : 1) ne peuvent être propriétaires de biens ; 2) ne sont que les mandataires de leurs associés ; et 3) ne peuvent être le sujet d'obligations<sup>176</sup> ». Finalement, le quatrième jugement effectue une subtile distinction entre les notions de patrimoine distinct et de patrimoine d'affectation. Il existerait ainsi, selon la Cour, « un patrimoine d'affectation qui, en droit québécois, ne correspond pas à la notion de patrimoine distinct<sup>177</sup> ». Dans ces deux derniers cas, compte tenu de la théorie patrimoniale, ces décisions sont mal fondées en droit.

---

172. *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, J. F. Barakett, BDI 97-107 ; *Québec (sous-ministre du revenu) c. Paul*, [1997] R.D.F.Q. 175 (C.S.) (en appel).

173. *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Lacasse*, [2000] R.D.F.Q. (C.Q.), J.E. 2000-1376 (en appel) ; *Sumabus Inc. c. Daoust*, C.S. Montréal, n° 500-05-012277-883, 10 janvier 1994, J. Lesyk, J.E. 94-195 ; *Denem Ltée c. Greenshields Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-01718-929, 18 mars 1994, J. Gratton, J.E. 94-655.

174. *Dufour c. Savard*, [1995] R.L. 327 (C.Q.) 328.

175. *Duval Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005017-954, 9 octobre 1996, J. Boissonneault, J.E. 97-8 ; *Côté c. Ouellet*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000131-930, 15 juin 1995, J. A. Gervais, J.E. 95-1491.

176. *Québec (sous-ministre du revenu) c. Paul*, précité, note 172.

177. *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc. et al.*, précité, note 172.



Une des décisions les plus conséquentes est certainement celle de l'affaire *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec* qui ne commence pas son analyse par la question du patrimoine distinct, mais s'interroge directement sur la qualité de personne morale des sociétés.

C'est l'article 10 de la *Loi sur l'intérêt*<sup>178</sup> qui faisait alors l'objet d'un débat :

10. Nul autre intérêt n'est payable.

(1) Lorsqu'un principal ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les modalités de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, *nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.*

(2) Quand l'article ne s'applique pas. *Le présent article n'a pas pour effet de s'appliquer à une hypothèque sur biens-fonds consentie par une compagnie par actions ou autre personne morale, non plus qu'aux débentures émises par une telle compagnie ou personne morale, dont le remboursement a été garanti au moyen d'hypothèques sur biens-fonds.*

Les requérants cherchaient à démontrer que la société en nom collectif Gestion Gilm s.e.n.c. ne constituait pas une personne morale, alors que les prétentions de l'intimée étaient que cet article ne s'appliquait pas puisque la société constitue une personne morale.

La Cour souligne, tout d'abord que, « [s]i l'on ne s'en tient qu'aux commentaires du ministre de la justice, le législateur n'a pas voulu attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom collectif<sup>179</sup> ». Elle rappelle aussi l'intention qu'avait le législateur, avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., d'attribuer la personnalité juridique aux sociétés et la raison de l'abandon d'une telle orientation<sup>180</sup>. Il n'y a donc aucun doute pour la Cour supérieure que la société en nom collectif ne constitue pas une personne morale, bien qu'elle s'y apparente de près en ce qui a trait aux attributs juridiques<sup>181</sup>. Le tribunal relève cependant que, à la différence d'une

178. *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. T-15 ; l'italique est de nous.

179. *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.), 1703.

180. *Ibid.*

181. *Id.*, 1705.

personne morale, les associés demeurent personnellement responsables des dettes sociales et, ce qui ne doit pas être omis, la personnalité morale ne leur a pas été conférée par le législateur<sup>182</sup> :

*Le tribunal ne partage pas l'avis de l'intimée voulant que le Code civil du Québec puisse, à titre supplétif, aider à déterminer si une entité est ou n'est pas une personne morale ; il est plutôt d'avis que le Code civil du Québec est supplétif dans la mesure où il fait mention de dispositions d'assujettissement de personnes morales déjà constituées aux règles de fonctionnement y mentionnées.*

Ces règles de fonctionnement n'ont pas pour effet de créer la personnalité juridique.

De fait, le législateur n'a pas voulu retenir la théorie de la réalité ; il a retenu celle de la fiction.

L'article 299 C.c.Q. laisse clairement voir que les lois en vertu desquelles des personnes morales sont constituées doivent accorder la personnalité morale pour que les entités qui en émanent aient la personnalité morale *sans avoir à la déduire par interprétation* [...].

Nulle part au Code civil du Québec le législateur ne confère la personnalité morale aux sociétés en nom collectif<sup>183</sup>.

Le paradoxe, au regard de l'analyse traditionnelle, est ici éclatant : d'une part, la théorie de la fiction est retenue par la Cour, et seule la société par actions constitue une personne morale ; d'autre part, l'individualité juridique de la société de personnes est aussi reconnue, d'où la nécessité d'expliquer comment elle peut bénéficier d'une autonomie patrimoniale sans pour autant constituer une personne morale. Là est le seul et véritable problème : éviter de retomber dans le même piège et recourir à la théorie de la réalité pour justifier l'autonomie juridique des sociétés.

Dans le même sens, la Cour supérieure a rendu en 1999 une autre décision importante, *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis)*<sup>184</sup>, qui rejette l'opinion majoritaire de la Cour d'appel dans l'affaire *Allard*<sup>185</sup> et reconnaît les attributs juridiques de la société en nom collectif sans pour autant lui conférer la qualité de personne morale :

Avec beaucoup d'égards, le Tribunal ne peut souscrire à cette proposition. Tel que le juge Brossard le souligne lui-même, au Québec la tendance majoritaire, tant en

---

182. *Ibid.*

183. *Id.* 1704 ; l'italique est de nous.

184. *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis)*, C.S. Montréal, n° 500-17-006552-999, 28 octobre 1999, J. G.B. Maughan, J.E. 99-2330, Q.L. [1999] J.Q. n° 5036.

185. *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 1.

doctrine qu'en jurisprudence, est de reconnaître à la société un patrimoine distinct et la personnalité morale, quoique l'on ait parfois qualifié cette dernière d'incomplète<sup>186</sup>.

S'appuyant plutôt sur la dissidence du juge Biron dans la décision *Allard*, le tribunal est d'avis que, compte tenu des nouveaux attributs juridiques conférés à la société — même en l'absence d'une disposition expresse et même si une société en nom collectif n'est pas une personne morale au sens de l'article 2188 C.c.Q. —, le législateur n'a certainement pas voulu écarter, dans le nouveau Code, l'individualité juridique de la société : « [E]n bref, même si la société en nom collectif ne possède pas tous les attributs d'une personne morale, elle en possède les principaux<sup>187</sup>. »

La question de l'individualité juridique de la société en commandite a aussi été discutée. Deux décisions ont reconnu la capacité d'ester en justice de ce type de société<sup>188</sup>, tandis que deux autres se sont penchées plus précisément sur celle du patrimoine autonome<sup>189</sup>. La décision la plus intéressante est, sans conteste, celle de l'affaire *Servomation Internationale and Co.*, où le tribunal, en s'appuyant sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Lalumière c. Moquin*<sup>190</sup>, est arrivé à la conclusion que la société en commandite possède un patrimoine distinct de celui de ses associés et que, par conséquent, la faillite du groupement n'entraîne pas automatiquement celle du commandité :

La société en commandite est une entité juridique qui présente les mêmes caractéristiques que la société par actions dotée d'un patrimoine propre et dont l'effet est de limiter la responsabilité de ses actionnaires.

Dans la société en commandite, c'est le commandité qui est seul autorisé à administrer la société en commandite et à l'obliger (article 2236 C.c.Q.).

Examinant les diverses facettes de « l'entreprise contractuelle » dans la Collection de Droit 1995-1996, M<sup>e</sup> Michelle Thériault est d'avis qu'en plus d'avoir un nom qui lui est propre, la société en commandite possède un patrimoine distinct ainsi que la capacité de contracter [...].

186. *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis)*, précité, note 184, par. 16.

187. *Id.*, par. 18.

188. *Dupie c. Société en commandite Le Saint-Laurent*, C.Q. Montréal, n° 500-02-005096-958, 9 novembre 1995, J. R. Beaulac, J.E. 96-106 ; 2964-7922 *Québec Inc. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-001796-973, 17 novembre 1998, J. J. Verrier (en appel).

189. *Société en commandite 2858-9843 Québec Inc. c. 2420-3242 Québec Inc. « In Trust »*, C.S. Chicoutimi, no 150-05-000490-955, 10 avril 1996, J. F. Thibault ; *Servomation International and Co. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-000859-962, 3 novembre 1997, J. M. Laberge.

190. *Lalumière c. Moquin*, précité, note 145.

M<sup>e</sup> Thériault conclut de son étude que si la société en commandite n'est pas une personne morale, elle possède manifestement la personnalité juridique.

Notre Cour d'appel ne va pas aussi loin, mais reconnaît tout de même que la société en commandite possède un patrimoine distinct de celui de ses associés<sup>191</sup>.

En conclusion, sur ces premières décisions, remarquons que, dans la mesure où les juges constatent que la décision *Allard* a été rendue dans un contexte complètement différent de celui du C.c.Q., un courant jurisprudentiel majoritaire se dégage en faveur de la reconnaissance des attributs juridiques de la société en nom collectif et de la société en commandite sans pour autant leur conférer la personnalité morale. Ce premier pas, soit l'absence de corrélation entre le patrimoine autonome des sociétés et la personnalité juridique, est fondamental dans l'évolution du droit québécois. Le second pas à franchir sera d'en comprendre la justification. Une première décision s'inscrit déjà dans cette direction :

*La société en commandite possède un patrimoine d'affectation : les biens de la société en commandite ne lui appartiennent pas vraiment, mais appartiennent à ses commanditaires ou à ses commandités. Toutefois, ces biens, particulièrement identifiés comme constituant le patrimoine d'affectation de la société en commandite, demeurent le gage prioritaire des créanciers de la société en commandite.*

Ceci dit, la société en commandite est-elle une personne morale ?

L'article 2188 C.c.Q. répond à cette question :

**2188.** La société est en nom collectif, en commandite ou en participation.

Elle peut être aussi par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale.

Seule la société par actions est une personne morale<sup>192</sup>.

### 2.1.2.3 L'autonomie patrimoniale des sociétés

À partir du moment où il y a prise de conscience de la philosophie du nouveau Code, il devient beaucoup plus simple d'expliquer l'autonomie patrimoniale des sociétés de personnes hors du cadre de la personnalité morale.

Le C.c.Q. privilégie en effet une conception patrimoniale non plus fondée exclusivement sur la personne, mais plutôt sur l'affectation commune des

191. *Servomation International and Co. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-000859-962, 3 novembre 1997, J. M. Laberge, p. 6-7.

192. *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin électrique Inc.*, C.S. Joliette, n° 7705-05-001282, 10 février 2000, J. S. Corteau, J.E. 2000-548 (en appel) ; l'italique est de nous.

biens. Par conséquent, rien ne s'oppose aujourd'hui à la constitution de cloisonnements patrimoniaux à l'intérieur du patrimoine général d'une personne.

Ce sont en fait les articles 2 et 2645 qui constituent les dispositions clés de la nouvelle conception :

**2. Toute personne est titulaire d'un patrimoine.**

Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.

**2645.** Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles ou immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.

Ainsi, toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine qui constitue le gage commun de tous ses créanciers. C'est ici la définition classique d'une conception qui avait droit de cité sous l'empire du C.c.B.C. Cependant — et à la différence de l'ancien Code —, le patrimoine général d'une personne peut comprendre aujourd'hui une ou des divisions ou encore une affectation de certains biens qui le composent.

Précisons que les patrimoines d'affectation sont des patrimoines sans sujet, dont le régime de propriété et d'administration est complètement autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou encore du bénéficiaire. Il n'en existe que deux formes au sein du Code : la fondation et la fiducie.

Par ailleurs, certains biens d'une personne pourront aussi être affectés à un même but et former un gage exclusif pour certains créanciers. Il s'agira des divisions du patrimoine général d'une personne. Ces divisions, à la différence des patrimoines d'affectation, n'ont pas de régimes de propriété et d'administration autonomes, ce qui signifie que le lien avec le titulaire du patrimoine est maintenu. L'affectation des biens doit donc être vue, dans ce cas, non comme une véritable disposition — telle qu'elle se produit en matière de fiducie — mais plutôt comme une charge ou une restriction pesant sur le droit de propriété — telle qu'elle se produit en matière de société. Ainsi, la principale différence entre la société et la fiducie ou la personne morale se situera dans la perméabilité du cloisonnement patrimonial : après avoir discuté les biens de la société, les créanciers sociaux auront un recours contre les biens personnels des associés, postérieurement cependant aux créanciers personnels des associés.

## 2.2 La négation de la qualité de personne morale aux *partnerships* de common law

En common law, la question de la personnalité juridique du *partnership* n'a pas donné lieu au même débat qu'en droit civil. La jurisprudence est unanime pour nier la qualité de personne morale aux *partnerships*.

La souplesse de la conception de la propriété en common law, à la différence de celle du droit civil, a simplifié la question (2.2.1). Plus pragmatique dans ses solutions, le droit anglo-saxon a très tôt admis qu'une certaine autonomie pouvait être conférée à un *partnership* pour la bonne marche des affaires, sans avoir recours à la personnalité morale (2.2.2).

### 2.2.1 La firme et la conception de la propriété

Dans les provinces de common law, les sociétés ne constituent pas des entités distinctes de leurs membres<sup>193</sup>. Ainsi, les associés sont appelés collectivement aux fins de la législation la « firme<sup>194</sup> », mais celle-ci n'est pas un *corporate body*. Il s'agit simplement d'une caractéristique de leur relation<sup>195</sup>. Par conséquent, puisque le droit ne reconnaît pas la qualité de personne morale aux sociétés, les droits et obligations de la société constituent les droits et obligations des associés : « but speaking generally, the firm as such no legal recognition. The law, ignoring the firm, looks to the partners composing it ; any change amongst them destroys the identity of the firm ; what is called the property of the firm is their property, and what are called the debts and liabilities of the firm are their debts and their liabilities<sup>196</sup>. »

C'est ce qui explique que les propriétaires de la société — les associés — ont une responsabilité illimitée sur leur patrimoine personnel « simply because they are partners' obligations in the first place<sup>197</sup> ».

Il est en effet important de se rappeler que, en common law, l'apport de biens à la société ne constitue pas un élément de formation du contrat et que, lorsqu'il est effectué, il n'est pas translatif de propriété : « Because the firm has no distinct legal personality, however, a partner cannot be considered the firm's debtor if he fails to make his promised contribu-

193. *Huffman v. Ross*, [1926] S.C.R. 5 ; *Re Gillespi*, (1913) 3 W.W.R. 791 (Man. K.-G.) ; *Thorne v. New Brunswick (Workmen's Compensation Board)*, 48 M.P.R. 56, [1962] S.C.R. viii [N.B.].

194. L.R.O., précitée, note 2, art. 5.

195. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *op. cit.*, note 110, p. 13.

196. R.C.I. BANKS, *op. cit.*, note 37, p. 207.

197. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *op. cit.*, note 110, p. 14.

tion<sup>198</sup>. » Cela ne signifie pas pour autant que l'associé soit identifié à un propriétaire indivis. Est-il nécessaire de préciser à nouveau que, aux termes des lois sur les sociétés en nom collectif, la propriété dite conjointe, commune ou partiaire n'est pas suffisante pour conclure à l'existence d'une société<sup>199</sup> ?

Le droit de l'associé, pendant la durée de la société, ne représente donc pas une quote-part indivise dans chaque bien de la société, mais plutôt un droit de participation proportionnel aux profits de l'entreprise et au reliquat lors de la dissolution de la société. Telle est l'interprétation retenue par la Cour suprême du Canada dès 1926 :

The real question is whether, from the evidence before us, one ought to infer an agreement in the juridical sense that the property these two persons intended dealing with was to be held jointly as partnership property, and sold as such. Is this what they contemplated ? Had they in their minds a binding agreement which would disable either of them from dealing with his share — that is to say, with his share in the land itself — as his own separate property ? A common intention that each should be at liberty to deal with his undivided interest in the lands as his own would obviously be incompatible with an intention that both should be bound to treat the *corpus* as the joint property, the property of a *partnership*. English law does not regard a *partnership* as a *persona* in the legal sense. Nevertheless, *the property of the partnership is not divisible among the partners in specie. The partner's right is a right to a division of profits according to the special arrangement, and as regards the corpus, to a sale and division of the proceeds on dissolution after the discharge of liabilities.* This right, a partner may assign, but he cannot transfer to another an undivided interest in the *partnership* property in specie<sup>200</sup>.

Et ce qui ressort clairement du libellé de la loi :

#### 24. Droits et obligations des associés

24. Les intérêts des associés dans les biens de la société et leurs droits et obligations relativement à la société en nom collectif sont régis, sous réserve d'un contrat exprès ou tacite entre les associés, par les règles suivantes :

Tous les associés ont droit à une part égale du capital et des bénéfices de l'entreprise et doivent supporter en parts égales les pertes, de capital ou autres, subies par la firme.

Dans le même sens, la *Loi sur les sociétés en commandite*<sup>201</sup> de l'Ontario prévoit expressément que l'intérêt d'un commanditaire dans la société en

198. *International Encyclopaedia of Laws*, t. 2, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Suppl. 7, (July 1993), No. 441.

199. L.R.O., précitée, note 2, art. 3.

200. *Porter & Sons Ltd. v. Armstrong et al.*, précité, note 29, 330 ; (l'italique est de nous) ; *A. E. LePage Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.*, précité, note 31.

201. *Loi sur les sociétés en commandite*, précitée, note 98, c. L.16, art. 7 (2).

commandite constitue un bien meuble. Ainsi, en common law — qu'il s'agisse de la common law d'Angleterre<sup>202</sup> ou encore de celle du Canada —, une part sociale constitue une *chose in action*, ce qui signifie « un droit d'obtenir quelque chose, par opposition à un droit dans un bien<sup>203</sup> ».

En common law, le terme « bien » (*property*) a une double signification. Dans le premier sens, plus général et concret, il désigne « toute chose matérielle susceptible d'appropriation<sup>204</sup>. » Dans le second sens, beaucoup plus spécialisé et abstrait, « il met l'accent non plus sur l'identité de la chose même, mais sur la nature des droits que des personnes sont capables d'exercer à son égard. En ce sens propre, le bien n'est plus ce bien-fonds que j'occupe, mais les *intérêts* que j'ai dans ce lopin de terre<sup>205</sup>. » Le bien est ainsi détaché de la chose matérielle et acquiert la capacité de désigner des ensembles de droits qui ont le potentiel d'enrichir l'actif de la personne, sans pour autant correspondre nécessairement à une chose matérielle<sup>206</sup>. C'est ainsi que la part sociale entre dans la catégorie des biens incorporels — comme l'action de la compagnie.

### 2.2.2 Les manifestations de l'autonomie juridique des *partnerships*

L'ouvrage *Lindley & Banks* [...] exprime magnifiquement la dualité de la société :

Merchants and lawyers have different notions respecting the nature of a firm. Commercial men and accountants are apt to look upon a firm in the light in which lawyers look upon a corporation, i.e. as a body distinct from the members composing it, and having rights and obligations distinct from those of its members. Hence, in keeping *partnership* accounts, the firm is made debtor to each partner for what he brings into the common stock, and each partner is made debtor to the firm for all that he takes out of that stock. In the mercantile view, partners are never indebted to each other in respect of *partnership* transactions ; but are always either debtors to or creditors of the firm<sup>207</sup>.

Ainsi, l'existence propre de la firme en common law se manifeste, comme en droit civil, de plusieurs façons.

---

202. *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 6, « Choses in action », par. 8 (4), 6.

203. L. PAYETTE, « Les sociétés en commandite, le *Code civil du Québec* et l'arrêt *La ville de Québec c. La Cie d'immeubles Allard Ltée* », *Association du Barreau canadien*, 19 mars 1997.

204. G. SNOW, *Les biens*, coll. « *Common law en poche* », t. 11, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 5.

205. *Ibid.*

206. *Ibid.*

207. R.C.I. BANKS, *op. cit.*, note 37, p. 33 (206-207).



D'abord, les sociétés en nom collectif exploitent leur entreprise sous une raison sociale<sup>208</sup> qui doit être enregistrée conformément à la *Loi sur les noms commerciaux*<sup>209</sup>.

La société est en outre un groupement organisé. Elle peut être représentée par un gérant ou encore chaque associé constitue son mandataire et peut l'engager dans le contexte de ses activités<sup>210</sup>.

Enfin, la société peut acquérir, en son propre nom, des droits et des obligations<sup>211</sup>. Pendant la durée de la société, les biens de cette dernière sont utilisés pour les affaires de l'entreprise :

#### 21.(1) Biens de la société

21.21.(1) Tous les biens, ainsi que les droits et les intérêts sur les biens formant le capital initial de la société en nom collectif ou acquis, par achat ou autrement, pour le compte de la firme ou dans la conduite de l'entreprise de la société et à ses fins, sont appelés « biens de la société » dans la présente loi. Ils ne doivent être détenus et utilisés par les associés que pour les fins de la société en nom collectif et conformément au contrat de société.

#### 21.(2) Transmission d'un bien-fonds

21.(2) Le domaine ou l'intérêt reconnu en common law sur un bien-fonds dont la société en nom collectif est titulaire, est dévolu selon sa nature et sa tenure et conformément aux règles de droit d'application générale qui s'y appliquent, mais dans la mesure où cela est nécessaire, il est détenu en fiducie pour le compte des personnes qui ont un intérêt à titre de bénéficiaire sur le bien-fonds aux termes du présent article.

#### 22. Biens achetés avec les fonds de la société

22. Sauf si une intention contraire apparaît, les biens achetés avec des fonds appartenant à la firme sont réputés avoir été achetés pour le compte de la firme. L.R.O., chap. P.5, art. 22.

#### 23. Bien-fonds acheté avec des fonds de la société

23. Si un bien-fonds ou un intérêt transmissible par succession sur celui-ci devient un bien de la société, sauf si une intention contraire apparaît, il est considéré, à l'égard des associés entre eux, y compris les représentants successoraux d'un associé décédé, ses héritiers et exécuteurs testamentaires ou les administrateurs de la succession, comme un bien meuble et non comme un bien immeuble ou un domaine transmissible par succession.

---

208. L.R.O., précitée, note 2, art. 5.

209. *Loi sur les noms commerciaux*, L.R.O., c. B.17, art. 2 (3).

210. L.R.O., précitée, note 2, art. 6.

211. *Id.*, art. 7.

Par ailleurs, plusieurs dispositions laissent clairement voir que la société a une certaine autonomie juridique : — la firme est tenue de réparer la perte subie de l'associé<sup>212</sup> ; — la firme dédommage les associés des paiements faits<sup>213</sup> ;

- chaque associé doit rendre compte à la firme<sup>214</sup> ;
- un associé ne peut faire concurrence à la firme<sup>215</sup> ;
- au moment de la dissolution, un associé peut faire affecter les biens de la société à l'acquittement des droits et obligations de la firme<sup>216</sup>.

La nature mobilière des parts sociales ressort aussi clairement du libellé de la loi<sup>217</sup>.

Par ailleurs, la société peut poursuivre ou être poursuivie en justice sous le nom de la firme<sup>218</sup>. À noter l'aveu ou la déclaration d'un associé peut même constituer une preuve contre la société<sup>219</sup>.

Toutefois, puisque la société n'est pas une personne morale, chaque associé est responsable des obligations de la société proportionnellement à son intérêt dans les biens de la société.

## Conclusion

Sous l'empire du C.c.B.C., le droit québécois reconnaissait la qualité de personne morale aux sociétés en nom collectif et en commandite, en raison de la corrélation obligée, selon la doctrine classique, entre le patrimoine et la personne : seule une personne physique ou morale peut avoir un patrimoine et toute personne physique ou morale doit avoir un patrimoine, mais ne peut en avoir qu'un seul.

Ainsi, alors que le C.c.B.C. ne concevait comme modes de jouissance collective d'un patrimoine que la personnalité juridique et l'indivision, le nouveau Code civil introduit un concept intermédiaire : la propriété collective engendrant à l'égard des tiers une division de patrimoine. Cette dernière permet à une communauté de personnes de jouir d'un patrimoine autonome, distinct des leurs, lequel est affecté au but poursuivi par le

---

212. *Id.*, art. 12.

213. *Id.*, art 24 (2).

214. *Id.*, art. 29.

215. *Id.*, art. 30.

216. *Id.*, art. 39.

217. *Id.*, art. 31, 33 (2) et 42 (2) ; *Loi sur les sociétés en commandite*, précitée, note 98, art. 7 (2).

218. *Règles de procédure civile*, R. 8.

219. L.R.O., précitée, note 2, art. 16.

groupement. La propriété collective se distingue dès lors de la copropriété ordinaire en ce que les associés ne disposent pas d'une quote-part idéale sur une fraction de ce patrimoine et qu'ils ne peuvent ni disposer seuls de leur part ni provoquer le partage.

En fait, la propriété collective est une autre modalité de la propriété, à mi-chemin entre l'indivision et la personnalité morale. Une modalité de la propriété est une manière d'être du droit ; une façon pour le droit de se comporter qui implique que le droit de propriété demeure entier. Par conséquent, le faisceau des prérogatives du droit de propriété n'est jamais partagé entre les copropriétaires. La modalité s'oppose ainsi au démembrement.<sup>220</sup> La société de personnes constitue donc une copropriété « sans part » entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être individuellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie.

Les droits d'origine anglo-saxonne, dont l'approche adoptée dans les provinces de common law, reconnaissent, sans recourir aux complexes conceptions de la propriété des droits de la famille romano-germanique, l'existence d'entités juridiques dotées d'une autonomie, dans une mesure variable, sans pour autant constituer une personne morale. Pour leur part, les lois canadiennes sur les sociétés de même que celles dont l'origine est fédérale sont conçues en fonction des deux préceptes suivants :

- 1) Le *partnership* n'est pas une personne morale bien que,
- 2) le droit de l'associé pendant l'existence de la société ne soit pas un droit indivis, mais une *chose in action*, lui conférant le droit de participer aux bénéfices de l'entreprise et au partage du reliquat lors de la dissolution de la société<sup>221</sup>.

Ainsi, la société de personnes n'est pas un contribuable distinct au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, la loi exige que la société établisse à la première étape ses revenus, gains et pertes « comme si » elle était une entité distincte<sup>222</sup>. Ce n'est qu'à la seconde étape que le revenu sera attribué aux associés et imposé en proportion de leur part respective dans la société.

Il en va de même pour le régime juridique de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>223</sup> où l'absence de personnalité juridique de la société ne fait aucun doute. Il est donc possible pour un créancier, dont la réclamation

---

220. C.c.Q., art. 1009-1010.

221. L. PAYETTE, *loc. cit.*, note 203, 14.

222. *Loi sur l'impôt sur le revenu* (Canada), L.R.C. (1985), 5<sup>e</sup> suppl., c. 1, art. 96 (1) a).

223. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3.

contre une société est suffisante pour lui permettre de présenter une pétition en faillite, de déposer une pétition contre l'un ou plusieurs des associés<sup>224</sup>. De même, lorsqu'un associé fait faillite, la loi<sup>225</sup> établit un rang de collocation entre les créanciers sociaux et les créanciers individuels, qui n'est pas sans rappeler celui qui est prévu dans le Code civil<sup>226</sup>.

Plusieurs autres exemples pourraient être donnés adoptant tous la même approche : l'absence de personnalité juridique de la société de personnes.

Aujourd'hui, le droit québécois ne fait plus exception à la règle. En 1994, en réglant une fois pour toutes le débat sur la personnalité morale des sociétés, le législateur québécois a rapproché la société du Code civil de celles des provinces de common law et atténué la disparité de traitement entre ces entités :

Malgré le fait que la doctrine et la jurisprudence ont souvent reconnu à la société du droit actuel une certaine personnalité morale, *il ne conviendrait pas d'affirmer cette personnalité au Code civil*. D'une part, la personnalité ainsi reconnue ne correspond pas entièrement à celle d'une « corporation » puisque les associés demeurent responsables personnellement des dettes sociales ; d'autre part, cette affirmation pourrait susciter des difficultés aux sociétés québécoises par rapport à celles constituées dans d'autres provinces, notamment sur le plan fiscal. *En effet, en droit canadien, la non-responsabilité aux dettes fait partie intégrante de la notion de personne morale ou de « corporation »*. Je proposerais donc de ne pas attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom collectif ou en commandite<sup>227</sup>.

À l'exemple des droits germanique et anglo-saxon, les sociétés en nom collectif et en commandite du Code civil bénéficient désormais d'un patrimoine autonome et d'une individualité juridique, sans constituer pour autant des personnes morales. Si une telle assertion se révèle difficilement concevable dans la tradition civiliste, elle n'en constitue pas moins une réalité qu'il est nécessaire d'expliquer. La conception du patrimoine d'affectation concilie, en matière de société de personnes, les conséquences généralement attribuées à la personnalité morale avec certaines situations qui représentaient des atteintes à celle-ci. Cette construction permet ainsi de débarrasser la société de tout artifice et de lui substituer un mécanisme qui rend mieux compte de la coexistence des deux réalités suivantes : l'activité collective et les intérêts individuels.

224. *Id.*, art. 43 (15).

225. *Id.*, art. 142 (1).

226. C.c.Q., art. 2221.

227. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Document de travail — Projet de loi 125 — Code civil du Québec*, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, p. 34 ; l'italique est de nous.