

LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES : UNE ENTITÉ EN QUÊTE D'IDENTITÉ

Charlaine BOUCHARD

Volume 105, numéro 2, septembre 2003

10^E ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045925ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045925ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUCHARD, C. (2003). LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES : UNE ENTITÉ EN QUÊTE D'IDENTITÉ. *Revue du notariat*, 105(2), 591–641.
<https://doi.org/10.7202/1045925ar>

LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES : UNE ENTITÉ EN QUÊTE D'IDENTITÉ

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	595
I- LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS : UNE TRANSITION DIFFICILE	596
A. Les sociétés en nom collectif et en commandite en défaut de se déclarer au moment de l'entrée en vigueur du C.c.Q.	597
a) La double difficulté soulevée par le texte de loi	597
i. L'identité des sociétés en défaut de se déclarer	598
ii. Le caractère irréversible ou non de la sanction	599
b) L'insuffisance des solutions proposées par les tribunaux	601
i. Le statut de la société au 31 décembre 1993.	601
ii. L'article 2189 et la présomption réputée. . .	603

* Notaire, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

B.	La recherche de l'intention du législateur	604
a)	La philosophie de la réforme	604
i.	Les carences de l'ancien système	605
ii.	Les commentaires du ministre de la Justice	606
b)	L'article 118 : une tentative de conciliation . . .	608
i.	Le champ d'application	608
ii.	La nature de la sanction.	610
II-	L'INDIVIDUALITÉ JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ : L'AFFRANCHISSEMENT DE LA PERSONNALITÉ MORALE	612
A.	La consécration de la théorie de la fiction : la société n'est pas une personne morale	612
a)	Le <i>Code civil du Bas Canada</i> et la personnalité morale des sociétés	613
i.	Le courant majoritaire.	613
ii.	L'impact de <i>Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée</i>	617
b)	Le <i>Code civil du Québec</i> et les attributs juridiques de la société	621
i.	Le paradoxe de la nouvelle législation	622
ii.	L'interprétation des tribunaux.	624

B. La justification de l'autonomie patrimoniale des sociétés : le recours à la théorie de l'affectation patrimoniale	630
a) L'harmonisation avec les <i>partnerships</i> de common law	630
i. La firme et la conception de la propriété. . .	631
ii. Les manifestations de l'autonomie juridique des <i>partnerships</i>	633
b) L'évolution de la conception patrimoniale	636
i. La conception patrimoniale tripartite du C.c.Q.	636
ii. La société : patrimoine d'affectation ou patrimoine de division ?	637
CONCLUSION	639

INTRODUCTION

Deux questions ont principalement retenu l'attention du droit des sociétés au cours de la dernière décennie : la première concerne la publicité des sociétés; la seconde s'intéresse à leur individualité juridique. Il s'agit ainsi, dans les deux cas, de problématiques reliées généralement à la nature juridique des sociétés et, plus spécifiquement, à leur régime juridique.

Le *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) et la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹ (ci-après L.P.L.) assujettissent les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite à une obligation d'immatriculation, à défaut de quoi elles seront considérées comme des sociétés en participation. Cette obligation vise aussi les sociétés formées sous le *Code civil du Bas Canada* (ci-après C.c.B.C.) qui, par l'effet de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*² (ci-après L.A.R.C.C.), avaient jusqu'au 1^{er} janvier 1995 pour s'immatriculer, à défaut de quoi leur forme juridique s'est vue transformée en société en participation. Deux difficultés sont soulevées par cette obligation imposée aux anciennes sociétés en nom collectif et en commandite. La première résulte de la difficulté à identifier avec certitude les sociétés en défaut de se déclarer, la seconde, la nature de la sanction. En effet, selon certains, cette dernière aurait un caractère irréversible, alors que pour d'autres, une simple immatriculation subséquente permettrait de remédier au défaut. Tant les tribunaux que la doctrine sont partagés sur la position à adopter. Le législateur entendait-il les traiter *toutes* sur un même pied ou encore sanctionner spécialement les sociétés en défaut de déclaration sous l'ancien système ? Quant aux nouvelles sociétés, celles constituées sous le C.c.Q., le caractère contraignant de la présomption réputée établie à l'article 2189 C.c.Q. est-il conciliable avec la volonté du législateur de ne pas porter préjudice aux tiers de bonne foi ? Autant de questions qui résultent des différents courants d'interprétation et qui méritent d'être harmonisés.

1. L.R.Q., c. P-45.

2. L.Q. c. 57, art. 118.

Sous un autre angle, l'adoption du C.c.Q., combinée avec la décision *Allard*³, a fait resurgir en droit québécois le débat sur la personnalité morale des sociétés : le législateur a-t-il voulu concéder implicitement la personnalité morale aux sociétés de personnes ou cette qualité est-elle exclusivement réservée aux sociétés par actions ? En effet, seule cette dernière forme bénéficie d'une reconnaissance expresse de la personnalité morale par le législateur; la société de personnes voit son autonomie juridique maintenue – voire accrue – mais sa nature juridique demeure indéterminée.

Une vingtaine de décisions ont traité, avec plus ou moins d'éloquence, de la question de la personnalité morale des sociétés depuis 1994. 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 s'appuient sur le jugement *Allard* et refusent l'autonomie patrimoniale aux sociétés sous le prétexte qu'elles ne constituent pas des personnes morales. Les tribunaux ouvrent aussi timidement, mais sûrement, la voie à une nouvelle analyse de l'individualité juridique des sociétés. Le recours à la théorie de l'affectation patrimoniale pourrait permettre de justifier l'autonomie du patrimoine des sociétés et la recrudescence de ses attributs juridiques sans avoir recours à la personnalité morale.

La première partie de ce texte sera ainsi consacrée à la transition difficile et remarquée du régime de publicité des sociétés en nom collectif et en commandite (I-). Quant à la deuxième partie, elle portera principalement sur la traversée des sociétés dans leur quête d'émancipation de la personne morale (II-).

I- LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS : UNE TRANSITION DIFFICILE

Le régime transitoire de la publicité légale des sociétés n'est pas aussi limpide qu'il n'apparaît à première vue. En effet, des interrogations importantes concernant l'identité des sociétés en défaut de se déclarer et le caractère permanent ou non de la transformation en société en participation demeurent encore, dix ans après l'adoption du C.c.Q.

3. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).

Il conviendra ainsi, dans un premier temps, de présenter les difficultés et les interprétations développées pour expliquer le régime transitoire des sociétés en nom collectif et en commandite (A.). La deuxième partie sera consacrée aux rapprochements entre les différents courants par la recherche de l'intention du législateur (B.).

A. Les sociétés en nom collectif et en commandite en défaut de se déclarer au moment de l'entrée en vigueur du C.c.Q.

Les sociétés en nom collectif et en commandite constituées sous le C.c.B.C. – tout comme d'ailleurs les anciennes sociétés civiles et sociétés par actions – avaient un an à compter de l'entrée en vigueur du C.c.Q. pour déposer leur déclaration d'immatriculation, à défaut de quoi elles sont devenues des sociétés en participation⁴.

Sous des apparences de simplicité, cette mesure transitoire a posé nombre d'interrogations en pratique et fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Il s'agira donc, dans un premier temps, d'exposer la problématique (a) avant de s'arrêter, dans un second temps, à l'analyse des solutions proposées par les tribunaux (b).

a) La double difficulté soulevée par le texte de loi

L'article 118 de la L.A.R.C.C. est libellé ainsi :

Les sociétés qui sont *en défaut de se déclarer* lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle *deviennent* des sociétés en participation, en application des dispositions du nouveau code, si elles n'y ont pas remédié à l'expiration d'un délai d'un an à compter de cette entrée en vigueur. (Nos italiques).

Deux problèmes sont soulevés par la facture de cette disposition. Le premier concerne l'identité des sociétés en défaut de se déclarer : s'agit-il seulement des sociétés en nom collectif et en commandite en contravention avec le système de publicité existant sous le C.c.B.C. ou encore de toutes les sociétés en nom collectif et en commandite (déclarées ou non sous l'ancien système) existant le 31 décembre 1993 qui se voient assujetties à cette obligation ? L'autre question porte sur la nature même de la sanction : la transformation en société en participation a-t-elle ou non un caractère irréversible ?

4. Loi sur l'application de la réforme du Code civil, précitée, note 2, art. 118.

Deux interprétations sont décelables pour chacun des problèmes : l'identité des sociétés en défaut de se déclarer (i.) et le caractère irréversible ou non de la sanction (ii.)

i. L'identité des sociétés en défaut de se déclarer

Sous le C.c.B.C.⁵, les associés des sociétés commerciales avaient l'obligation de déposer, au bureau du protonotaire de la Cour supérieure de chaque district dans lequel le commerce était exercé, une déclaration écrite suivant la forme et les règles prescrites par la défunte *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*⁶. L'omission du dépôt de cette déclaration ne rendait pas la société nulle, mais assujettissait les parties qui y contrevenaient à des pénalités. Par ailleurs, il est important de rappeler que les sociétés civiles n'étaient pas tenues de se déclarer dans le droit antérieur, ce qui explique pourquoi le problème ne se pose pas à leur égard⁷.

L'article 118 L.A.R.C.C. avait pour objectif de reporter d'un an la conséquence nouvelle attachée au défaut de se déclarer – la transformation en société en participation – pour les sociétés en nom collectif et en commandite qui étaient en défaut de se déclarer au 1^{er} janvier 1994. Vu la gravité de la sanction associée à la mesure de publicité, la connaissance de l'identité des sociétés visées par cette obligation revêt une importance fondamentale.

Selon les partisans d'un premier courant⁸, seules les sociétés non déclarées en vertu de l'ancien droit⁹ étaient visées par le texte de l'article 118, puisque les sociétés déclarées conformément à la L.D.C.S. avaient déjà porté à la connaissance du public leur forme juridique et les informations les concernant. Ainsi, les sociétés non déclarées sous le C.c.B.C. avaient l'obligation de s'immatriculer au

5. Art. 1834 C.c.B.C.

6. *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q., c. D-1 (ci-après L.D.C.S.) remplacée par la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, précitée, note 1, art. 111.

7. L.A.R.C.C., précitée, note 2, art. 115.

8. M.-A. LABRECQUE, « Commentaires relatifs aux principales règles régissant la transition des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite du *Code civil du Bas Canada* au *Code civil du Québec* », (2000) 102 *R. du N.* 295; M.-A. LABRECQUE, « Le droit transitoire de la publicité légale des sociétés en nom collectif ou en commandite à l'occasion de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* », (2002) 104 *R. du N.* 455.

9. Art. 1834 C.c.B.C.; précité, note 5, art. 9 L.D.C.S., précitée, note 6.

plus tard le 1^{er} janvier 1995¹⁰, à défaut de quoi leur forme juridique se verrait transformée en société en participation en plus d'être assujetties à des sanctions pénales¹¹. Quant aux sociétés déjà déclarées, bien qu'elles ne soient pas visées par l'article 118 L.A.R.C.C., elles devaient tout de même se conformer à l'obligation d'immatriculation prévue à l'article 519 de la L.P.L. au plus tard le 1^{er} janvier 1995, à défaut de quoi elles ne s'exposaient qu'aux sanctions pénales¹².

Pour les tenants d'un second courant¹³, le texte de loi ne permet pas d'effectuer la subtile distinction entre l'obligation de déclaration existant sous le C.c.B.C. et l'immatriculation imposée par la loi nouvelle. Par conséquent, lorsque la loi traite des « sociétés en défaut de *se déclarer* », il ne peut s'agir que de la déclaration imposée par la nouvelle L.P.L. Selon cette interprétation, *toutes* les sociétés en nom collectif et en commandite existant au 31 décembre 1993 avaient ainsi l'obligation de s'immatriculer au plus tard le 1^{er} janvier 1995, à défaut de quoi elles sont devenues des sociétés en participation.

ii. *Le caractère irréversible ou non de la sanction*

La seconde difficulté soulevée par le régime transitoire des sociétés en nom collectif et en commandite est relative au caractère permanent ou non de la sanction imposée en cas de contravention, soit la transformation en société en participation. La controverse tire son origine de la comparaison entre le verbe employé à l'article 118 – « devenir » une société en participation – et celui utilisé à l'article 2189 C.c.Q. où il est question d'être « réputée » une société en participation.

L'emploi de vocables distincts dans les deux textes de loi a ainsi conduit une partie de la doctrine¹⁴ à inférer des conséquences

10. *Ibid.*, 474.

11. Précitée, note 1, art. 519 L.P.L.; art. 525.

12. *Ibid.*, art. 472; art. 525 L.P.L.

13. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 409 et s.; B. LAROCHELLE, *Les sociétés et les associations*, R.D./N.S., « Sociétés », Doctrine, Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1993, n° 67-71; A. CASTONGUAY et P. PRATTE, « Les anciennes sociétés et l'obligation d'immatriculation », (2000) 60 *R. du B.* 475.

14. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13; M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8, p. 489.

concernant la nature de la sanction. Le législateur ne parlant pas pour ne rien dire, les termes « réputé » et « devenir » devraient recevoir des acceptions différentes. Ainsi, lorsque la société est « réputée » en participation, il s'agirait d'une sanction temporaire qui prendrait fin sitôt l'immatriculation exécutée. Par contre, lorsque la société est « devenue » une société en participation, la sanction aura un caractère permanent, ce qui signifie que la société aura vu sa forme et son régime juridique transformés le 1^{er} janvier 1995. Une telle mesure engendre des conséquences fort importantes pour les sociétés en nom collectif et en commandite constituées sous l'ancien Code.

Prenons l'exemple d'une société en commandite qui n'aurait pas respecté au 1^{er} janvier 1995 l'obligation de publicité. Cette société en commandite originelle, devenue une société en participation ostensible, constituera un cauchemar pour les associés : les commanditaires perdront le bénéfice de leur responsabilité limitée, les commandités ne bénéficieront plus du droit de discussion légal du patrimoine social, la société ne pourra plus ester en justice, les biens de la société seront devenus, face aux tiers, la copropriété indivise des associés, etc. Le seul moyen de corriger cette situation sera de dissoudre la société en participation et de constituer une nouvelle société en commandite qui devra être immatriculée dans les soixante jours de sa constitution conformément aux prescriptions de la Loi.

Cette vision des choses n'est cependant pas acceptable pour l'ensemble de la doctrine. Ainsi, pour les partisans d'un second courant¹⁵, dans tous les cas l'immatriculation tardive devrait mettre fin à la présomption et ce, sans autre formalité. Seuls les rapports juridiques nés durant la période où la société était réputée en participation demeurent régis par les dispositions sur la société en participation. Plusieurs raisons amènent ces partisans à cette conclusion :

Premièrement, l'article 118 L.A.R.C.C. énonce que les sociétés retardataires *deviennent* des sociétés en participation *en application* des dispositions du nouveau code. C'est donc dire que cet article ne constitue qu'une application particulière de l'article 2189 C.c.Q. C'est pourquoi il faut donner au verbe « devenir » le sens de « réputé être », puisque celui-là n'est qu'une application de celui-ci. Deuxièmement,

15. A. CASTONGUAY et P. PRATTE, *loc. cit.*, note 13, p. 481.

on peut s'appuyer sur les commentaires du ministre de la Justice. Ce dernier écrit « qu'à défaut de se déclarer, les sociétés en commandite ou en nom collectif [...] seront *considérées comme* des sociétés en participation » [...]. Troisièmement, hormis le deuxième alinéa de l'article 115 L.A.R.C.C. [...], les articles voisins à l'article 118 L.A.R.C.C. visent à établir ce qu'il advient des anciennes sociétés empruntant une forme qui n'est pas reconduite dans le nouveau Code civil. Or, cet article 118 L.A.R.C.C. a un tout autre but : il énonce une sanction en cas d'inexécution de l'obligation d'immatriculation dans le délai imparti. Les dispositions en cause [...] n'ayant pas le même objet, il est donc possible de donner au même mot un sens différent. Quatrièmement, on instaurerait un double régime [...], alors que le législateur s'est efforcé, tout au long du *Code civil du Québec*, d'uniformiser les approches.¹⁶

b) L'insuffisance des solutions proposées par les tribunaux

Si la question de la publicité des sociétés a fait l'objet de longs traitements en doctrine, elle n'a pas reçu la même attention de la part des tribunaux. En effet, seuls deux différends ont été portés devant la Cour supérieure et les dénouements sont loin d'être satisfaisants, tant en ce qui a trait au statut des anciennes sociétés (i.), qu'en ce qui concerne la nature de la présomption réputée établie à l'article 2189 C.c.Q. (ii.).

i. Le statut de la société au 31 décembre 1993

Les deux décisions¹⁷ présentent le cas de sociétés en commandite constituées sous le C.c.B.C. – et déclarées sous l'ancien droit¹⁸ – mais n'ayant pas respecté au 1^{er} janvier 1995 l'obligation imposée par le droit transitoire. La question est donc de savoir si la sanction édictée à l'article 118 L.A.R.C.C. leur est applicable.

Dans le cas de la première décision, *Fortin c. Société en commandite Lévis*, il s'avère extrêmement difficile d'en tirer des conclusions satisfaisantes puisque le jugement est peu motivé.

16. *Ibid.*

17. *Fortin c. Société en commandite commerciale Lévis*, C.S. Québec, n° 200-05-005639-963, 2 février 1998, 18 p.; J. F. THIBEAULT; *Société en commandite Soclin c. Doyon*, [2001] R.J.Q. 685 (C.S.).

18. Sous le C.c.B.C., la publicité légale était essentielle à la formation de la société en commandite, faute de quoi elle était réputée en nom collectif : art. 1871, 1878 C.c.B.C.

Ainsi, lorsque la juge traite de l'obligation de déclarer les sociétés existant le 31 décembre 1993, elle réfère aux articles 2189 C.c.Q. – qui vise l'obligation d'immatriculation des sociétés constituées depuis le 1^{er} janvier 1994 – et 115 L.A.R.C.C. – qui constitue la mesure transitoire des sociétés civiles¹⁹. Cette méprise a fait dire à certains que:

Le juge a erré [...] en appliquant l'article 115 [...], au lieu de l'article 118 [...]. Ce faisant, elle a décidé que la société était devenue une société en participation [...] alors que juridiquement, la société en commandite avait conservé sa forme juridique, étant donné qu'elle s'était déclarée conformément au *Code civil du Bas Canada* et à la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*.²⁰

Si nous pouvons être d'accord avec la confusion relative à l'article 2189, nous émettons toutefois certaines réserves quant à la soi-disant méprise avec la mesure transitoire applicable aux sociétés civiles. En effet, la référence à l'article 115 apparaît seulement en note infrapaginale, alors qu'il est clair, à la lecture de la décision, que la problématique à régler est celle d'une société en commandite. Pourrait-il ainsi ne s'agir que d'une erreur typographique à la note 6 de la décision ? Par conséquent, ne pourrait-on pas conclure que le tribunal adhère au second courant d'interprétation en vertu duquel toutes les sociétés en nom collectif et en commandite existant au 31 décembre 1993 – déclarées ou non en vertu de l'ancien droit – avaient l'obligation de s'immatriculer au plus tard le 1^{er} janvier 1995, à défaut de quoi elles sont devenues des sociétés en participation ?

La seconde décision, *Société en commandite Soclin c. Doyon*, est heureusement plus étoffée. Il s'agit d'un jugement déclaratoire où le tribunal, interpellé quant au régime juridique applicable aux sociétés en commandite constituées sous le C.c.B.C., a débordé ce cadre et exploré plusieurs avenues du nouveau régime de publicité. Puisque cette décision a déjà fait l'objet de commentaires dans les derniers numéros de la *Revue du notariat*²¹, nous ne reprendrons pas ici les faits et les prétentions respectives de chacune des parties. Qu'il suffise simplement de rappeler que le juge Dalphond

19. *Fortin c. Société en commandite commerciale Lévis*, précitée, note 17, p. 7.

20. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8, p. 311.

21. C. BOUCHARD, « Le droit transitoire sur la publicité légale des sociétés : entre les commentaires du ministre et les commentaires de l'administration, où se situe l'intention de législateur ? », (2002) 104 *R. du N.* 127; M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8.

adhère, pour l'essentiel, au premier courant d'interprétation et arrive à la conclusion que la société en commandite ne contrevient pas à l'article 118 L.A.R.C.C., puisqu'elle a été dûment déclarée sous l'ancien droit. Les conclusions tirées par le tribunal, concernant le caractère irréversible de la présomption réputée énoncée à l'article 2189, méritent toutefois d'être revues ici.

ii. L'article 2189 et la présomption réputée

Dans la décision précitée, les conseillers juridiques des requérants considèrent que c'est l'article 2189 C.c.Q. plutôt que 118 L.A.R.C.C. qui est applicable, en l'espèce, et qu'il crée une présomption réfutable résultant du défaut de se déclarer; présomption que l'immatriculation postérieure, soit dans ce cas-ci en 1997, aurait effectivement écartée²². Le tribunal ne partage pas cette opinion.

D'une part, en ce qui a trait au champ d'application de la disposition, le juge est d'avis que l'obligation d'immatriculation imposée par l'article 2189 C.c.Q. aux sociétés en nom collectif et en commandite ne vaut que pour les sociétés formées à partir du 1^{er} janvier 1994²³. À défaut de respecter la prescription légale dans les 60 jours de la constitution de la société, cette dernière sera réputée en participation²⁴. Ce à quoi nous adhérons entièrement.

D'autre part, concernant la nature de la présomption établie à l'article 2189 C.c.Q., le tribunal arrive à la conclusion, en s'appuyant sur l'article 2847 C.c.Q., qu'il s'agit d'une présomption irréfragable et que son caractère contraignant ne peut, en l'espèce, être écarté :

Ceci dit, dans un arrêt récent, *Banque nationale du Canada c. S.S.*, la majorité d'un banc de la Cour d'appel a exclu le caractère contraignant de la présomption irréfragable énoncée au second alinéa de l'article 2847 C.c.Q. lorsque l'interprétation de la disposition utilisant le mot « réputé » dans cette affaire, l'article 1632 C.c.Q., apparaît inconciliable avec une telle présomption. En la présente instance, *il faut bien comprendre de l'article 2189 C.c.Q. que les associés, en omettant de s'immatriculer, n'ont pas rempli une formalité essentielle à la formation d'une société en commandite*; en somme, aucune société en commandite ne résulte de leur association. Com-

22. *Société en commandite Soclin c. Doyon*, précitée, note 17, p. 687.

23. *Ibid.*, p. 688-689.

24. Art. 9 L.P.L., précitée, note 1.

ment peut-on alors par un événement subséquent, comme la production d'une immatriculation un, deux ou trois ans plus tard, modifier les rapports entre les associés, de même qu'avec les tiers pour les rendre désormais régis par les dispositions applicables aux sociétés en commandite ? *Le permettre reviendrait à dire que l'on peut créer, rétroactivement, une société en commandite, ou encore transformer une société en participation en société en commandite, deux opérations non possibles en vertu du Code civil du Québec, sans parler des conséquences sur les droits des tiers.* Il n'y a donc pas incompatibilité à appliquer l'article 2847 C.c.Q., qui semble être désormais une sorte de règle d'interprétation, dans le cadre de l'article 2189 C.c.Q.²⁵

Ces conclusions, sous la plume du juge Dalphond, à la fois surprenantes et intéressantes, s'écartent des deux interprétations développées antérieurement en doctrine concernant le caractère irréversible ou non de la sanction et amènent à s'interroger sur l'essence même de la publicité légale : l'immatriculation constitue-t-elle une mesure simplement informative ou plutôt constitutive de droits ?

B. La recherche de l'intention du législateur

Les développements précédents ont permis de constater les nombreuses dissensions dans l'interprétation du droit transitoire sur la publicité légale des sociétés. En effet, alors que ces questions de « transition » devraient normalement s'estomper dix ans après la mise en vigueur du nouveau Code, les interrogations demeurent encore nombreuses en droit des sociétés où les différents experts tentent, par moult interprétations, de faire jaillir la lumière.

Il conviendra ainsi, dans la prochaine section, de faire le point sur les différentes approches proposées (b), à la lumière de la philosophie de la réforme (a).

a) La philosophie de la réforme

L'enseignement apporté par l'étude de l'ancien droit (i.) et les commentaires du nouveau texte (ii.) est très révélateur de l'intention du législateur. L'analyse de ces considérations permet en effet de comprendre le principe général sur lequel se fondent la réalisation, la transition et le fonctionnement du nouveau système de publicité

25. *Société en commandite Soclin c. Doyon*, précitée, note 17, p. 689 (nos italiques).

i. *Les carences de l'ancien système*

Sous le C.c.B.C., la publicité légale des entreprises était basée sur une multitude de sources d'informations qui n'étaient pas nécessairement coordonnées :

La Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés, datant de 1849, la *Loi sur les compagnies étrangères*, datant de 1904, et la *Loi concernant les renseignements sur les compagnies* datant de 1930 sont doublées par plusieurs autres lois – dont la *Loi sur les compagnies* – qui contiennent également des règles de publicité légale.

En plus, [...], toutes ces lois sont également doublées d'une réglementation aussi importante. Il existe plusieurs registres distincts relevant de différentes autorités gouvernementales. La multitude de tels registres, des règlements et des lois rend le système de publicité légale inefficace et moins accessible, autant pour les entreprises et le gouvernement que pour les individus qui ont à s'en servir. On remarque aussi que les informations contenues au registre officiel gagneraient à être plus exactes et plus à jour. Cette information, qui a une valeur légale, se doit d'être plus conforme à la réalité.²⁶

Ce système à voies multiples rendait le régime de publicité légale difficile d'accès et inefficace. Tous s'entendent, en effet, pour reconnaître que « le principal problème de l'ancien régime était la fiabilité des informations en raison des déficiences des systèmes de mise à jour, et plus spécialement en raison de mise à jour annuelle globale »²⁷. C'est donc pour remédier à ces principales lacunes que le législateur a proposé de regrouper la cueillette, le traitement et la diffusion des informations relatives aux principales formes d'entreprises au sein d'un guichet unique, le registre CIDREQ²⁸, relevant de l'Inspecteur général des institutions financières. Ainsi, depuis 1994, pour pallier les principales critiques opposées à l'ancien système, les informations contenues au registre doivent être constamment mises à jour afin d'assurer leur fiabilité :

26. *Débats de l'Assemblée nationale*, Projet de loi 95, 14 juin 1993, p. 7673; M.-A. LABRECQUE, « Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales », dans Barreau du Québec (dir.), *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 257.

27. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8, p. 475; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13, p. 275 et s.; A. CASTONGUAY et P. PRATTE, *loc. cit.*, note 13, p. 480.

28. Centre informatique du registre des entreprises du Québec.

Pour atteindre ces objectifs, les informations importantes doivent être constamment à jour afin qu'elles soient fiables. La mise à jour continue gratuite proposée dans le projet de loi n'est pas suffisante comme seul moyen, l'expérience de Loi sur les déclarations le démontre. L'utilisation des déclarations périodiques permet une telle protection en plus d'assurer une plus grande fiabilité des informations sur les entreprises tout en offrant un système souple, peu contraignant et peu coûteux pour l'assujetti. Ce dernier recevra le formulaire de déclaration déjà complété. Il n'aura qu'à indiquer les changements, le cas échéant, le signer et le retourner. Une opération de quelques minutes à peine puisque les opérations requises par la loi sont limitées.²⁹

Cette volonté de la part du législateur d'assurer « l'efficacité » du nouveau système de publicité doit être considérée dans l'interprétation de l'article 118 L.A.R.C.C. En effet, l'atteinte de cet objectif ne suppose-t-elle pas que les sociétés déjà déclarées au 31 décembre 1993 se déclarent à nouveau, mais cette fois selon les modalités prévues à la nouvelle loi³⁰ ? Comment justifier cette distinction entre les sociétés ayant ou non respecté les formalités de l'ancien régime, alors que celui-ci n'était pas étanche ? L'argument que les sociétés déclarées en vertu de l'ancien droit ont déjà « porté à la connaissance du public leur forme juridique et les informations les concernant »³¹ fait-il réellement le poids en considérant les faiblesses de l'ancien système ? Même si les sociétés déclarées sous l'ancien droit se voient aussi assujetties à l'obligation d'immatriculation, n'existe-t-il pas un risque d'échappatoire – aussi infime soit-il – compte tenu de la « légèreté » de la sanction à leur égard ? L'intention du législateur de mettre en place un régime de publicité fiable, tant pour les entreprises que pour les tiers, ne risque-t-elle pas, dans ce cas, d'être bafouée ? La question mérite d'être posée; encore plus lorsqu'elle est juxtaposée aux commentaires du ministre de la Justice.

ii. Les commentaires du ministre de la Justice

Les commentaires du ministre de la Justice expliquent ainsi la finalité de l'article 118 L.A.R.C.C. :

Cet article vise à reporter d'un an l'application, aux sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, des règles du

29. *Débats de l'Assemblée nationale*, précités, note 26, CBA-2998.

30. A. CASTONGUAY et P. PRATTE, *loc. cit.*, note 13, p. 480.

31. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8.

nouveau Code qui prévoient qu'à défaut de se déclarer, les sociétés en commandite ou en nom collectif, y compris celles qui étaient soumises au régime de ces dernières sociétés, seront considérées comme des sociétés en participation.

Ce report a semblé approprié, dans les circonstances, vu l'importance que revêt cette conséquence nouvelle s'attachant au défaut de se déclarer conformément à la loi. Il coïncide avec le délai d'un an qu'accorde l'article 115 aux sociétés civiles, transformées en sociétés en nom collectif, pour se conformer aux nouvelles exigences de publicité et éviter les conséquences rattachées au défaut de déclaration.³²

La lecture du texte de loi, à la lumière des *Commentaires du ministre de la Justice*, conduit les premiers commentateurs³³ à la conclusion que la disposition transitoire vise toutes les anciennes sociétés – et non seulement celles en défaut en vertu de l'ancien système – et que le défaut dont il est question à l'article 118 est un défaut d'immatriculation en vertu de la L.P.L. et non un défaut de déclaration en vertu du C.c.B.C. et de la L.D.C.S. :

L'article 118 L.A.R.C.C. n'apparaissait pas au départ dans le Projet de loi 38 [...] Il fut ajouté en commission parlementaire lors de l'étude article par article, dudit projet de loi. L'amendement proposé correspond au texte actuel de cet article. Lors de la présentation de cet ajout, on donna le commentaire suivant :

Cet amendement vise à reporter d'un an l'application, aux sociétés existantes, des règles du nouveau Code qui prévoient désormais qu'à défaut de se déclarer les sociétés en commandite ou en nom collectif, y compris celles qui étaient soumises au régime de ces sociétés, seront considérées comme des sociétés en participation [...]

Si notre compréhension de ce commentaire est exacte, il est possible qu'une erreur se soit glissée lors de la rédaction du texte de loi. Le problème, nous semble-t-il, résulterait du fait que les mots « lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle », que l'on retrouve à l'article 118 L.A.R.C.C. [...] n'aient pas été reliés à la bonne chose. Nous pensons que dans l'esprit du commentateur, il s'agissait de « reporter d'un an l'application, à toutes les sociétés existantes, des règles du nouveau Code ». Pour être conforme à cette idée, il aurait fallu que l'article 118

32. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. III, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 118, p. 95.

33. B. LAROCHELLE, *loc. cit.*, note 13; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13.

L.A.R.C.C. parle des « sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle » plutôt que du « défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ».

Il est intéressant de constater que les commentaires du ministre de la Justice vont dans le même sens.³⁴

Comme l'expriment ces auteurs, nous sommes encline à penser que les commentaires du ministre de la Justice « reflètent probablement la véritable intention du législateur »³⁵. Il apparaît extrêmement difficile d'en inférer autrement !

b) L'article 118 : une tentative de conciliation

La première section de cet article a permis de constater que l'application de l'article 118 L.A.R.C.C. a posé deux difficultés en pratique. Ces problèmes ont reçu à ce jour des réponses différentes tant de la part de la doctrine que des tribunaux.

Vu l'importance de ces questions et les conséquences pratiques y associées, il apparaît essentiel d'analyser en détail chacune des thèses invoquées afin d'atténuer la controverse, tant en ce qui a trait au champ d'application de la disposition (i.), qu'en ce qui concerne la nature de la sanction (ii.)

i. Le champ d'application

L'idée de distinguer les anciennes sociétés dûment déclarées des anciennes sociétés en défaut de se déclarer est basée sur l'argument principal à l'effet que « les sociétés qui sont en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne peuvent l'être qu'en vertu du C.c.B.C et de la L.D.C.S. » :

Comment les sociétés existantes auraient-elles pu se déclarer alors que le nouveau régime de déclaration est entré en vigueur en même temps que la règle de droit transitoire ?

Si tel était le cas, aucune société existant avant le 1^{er} janvier 1994 n'aurait été en mesure de se conformer à cette obligation. Toutes se seraient trouvées en défaut ! Le législateur aurait adopté un comportement intransigeant, équivalent à un effet rétroactif [...], à

34. A. CASTONGUAY et P. PRATTE, *loc. cit.*, note 13, p. 477.

35. *Ibid.*

l'égard des sociétés en nom collectif ou en commandite en les plaçant dans une situation de perte de leur forme juridique valablement acquise et déclarée légalement conformément au régime de publicité légale en vigueur avant 1994.³⁶

L'explication de la thèse ne s'arrête cependant pas ici ! En effet, selon ses partisans, bien que les sociétés dûment déclarées en vertu de l'ancien droit ne soient pas assujetties à l'article 118 L.A.R.C.C., cela ne signifie pas pour autant que ces mêmes sociétés ne devaient pas se conformer à l'obligation d'immatriculation. En effet, aux termes de cette analyse, ces sociétés devaient tout de même s'immatriculer selon l'article 519 L.P.L. Par conséquent, qu'il s'agisse des sociétés déclarées ou encore non déclarées en vertu de l'ancien droit, *toutes* se voient assujetties à l'immatriculation en vertu du nouveau C.c.Q., que ce soit par la voie de l'article 118 L.A.R.C.C. ou encore par celle de l'article 519 L.P.L. La seule différence réside en fait dans la conséquence rattachée au défaut d'immatriculation par chacune de ces dispositions : selon l'article 118 L.A.R.C.C., il s'agit d'une transformation de régime juridique, alors que selon l'article 519 L.P.L., il s'agit simplement de sanctions pénales prévues à l'article 525 L.P.L.

Bien que cette interprétation soit intéressante, il n'est pas superflu de s'interroger à savoir s'il est réellement possible, avec l'utilisation des outils d'interprétation à notre disposition – et ce, dans le respect des méthodes d'interprétation –, d'en arriver à une telle conclusion. Il faut en effet reconnaître avec certains partisans du second courant qu'« [il] aurait [probablement] fallu que le législateur traite à l'article 118 L.A.R.C.C. “ des sociétés existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle plutôt que des sociétés en défaut de se déclarer lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ” »³⁷ pour que l'on puisse facilement en tirer une telle conclusion. C'est pourquoi la majorité des auteurs qui se sont intéressés à cette question – bien qu'en empruntant des voies distinctes³⁸ – n'ont pu effectuer cette subtile distinction et ont assujetti l'ensemble des sociétés existant au 31 décembre 1993 à la mesure transitoire.

Toutefois, puisque peu importe la thèse adoptée toutes les anciennes sociétés avaient l'obligation de s'immatriculer, l'intérêt

36. M.-A. LABRECQUE, *loc. cit.*, note 8, p. 467-468.

37. A. CASTONGUAY et P. PRATTE, *loc. cit.*, note 13, p. 477.

38. *Ibid.*; B. LAROCHELLE, *loc. cit.*, note 13; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13.

de la question est plutôt de savoir aujourd'hui quels sont les effets de l'immatriculation tardive.

ii. La nature de la sanction

Trois courants s'opposent aujourd'hui quant aux conséquences engendrées par l'immatriculation tardive. Le premier, selon lequel *réputé* et *devenir* doivent recevoir la même acception et, dans tous les cas, l'immatriculation tardive mettra fin à l'application du régime sur les sociétés en participation. Le deuxième, selon lequel ces vocables n'ont pas la même signification, *réputé* étant associé à une sanction temporaire, alors que *transformé* aurait un caractère permanent. Enfin, le troisième courant ajoute une variable dans l'interprétation de la présomption *réputée* : en s'appuyant sur l'article 2847 C.c.Q., la présomption aurait un caractère absolu dont la finalité contraignante pourrait être écartée lorsque l'interprétation de la disposition serait incompatible avec une telle présomption; ce qui s'avèrerait impossible dans le cas de l'article 2189 C.c.Q.

Quelle est donc l'intention du législateur sur ce point ?

Dès l'adoption du nouveau Code civil, la communauté juridique est sensibilisée sur la distinction à effectuer entre « *réputée* être une société en participation » aux termes de l'article 2189 C.c.Q. et « *devenir* une société en participation » aux termes de l'article 118 L.A.R.C.C. :

La sanction du défaut d'immatriculation dans le délai prescrit me semble beaucoup plus sévère que celle applicable à la société en nom collectif constituée depuis le 1^{er} janvier 1994. Cette dernière, on l'a vu, est « *réputée* » être une société en participation jusqu'à son immatriculation au registre. Elle reprend alors sa forme juridique originaire de société en nom collectif.

À l'opposé, la sanction du défaut de se conformer à l'obligation d'immatriculation dans le délai prévu pour la société civile existante le 31 décembre 1993 me semble avoir un caractère irréversible. En effet, elle n'est pas seulement « *réputée* » mais « *devient* » une société en participation à compter du 1^{er} janvier 1995 sans possibilité de redevenir une société en nom collectif. Elle change donc de forme juridique et de régime juridique.

À titre de société en participation, elle n'est plus assujettie à la *Loi sur la publicité légale*. Elle pourra cependant s'immatriculer volontairement conformément à l'article 1 de cette loi. Une telle démarche n'aura pas pour effet de changer sa forme juridique. Elle demeurera paradoxalement une société en participation, normalement inconnue du public, qui aura divulgué son existence dans un registre public. Les droits des tiers de bonne foi seront cependant protégés et ils pourront poursuivre les associés conjointement ou solidairement selon le cas (art. 2253 C.c.Q.).

La seule façon pour les associés de changer le statut de la société serait de dissoudre la société en participation, de constituer une nouvelle société en nom collectif et de l'immatriculer au registre.³⁹

Le législateur ne parlant pas pour ne rien dire, les termes « réputé » et « devenir » devraient recevoir des acceptions différentes. En effet, dans *Le Petit Robert*, le terme « devenir » est défini par le passage d'un état à un autre, alors que « réputé », dans son sens commun, signifie présumé par la loi.

De plus, contrairement à l'opinion du juge Dalphond, nous croyons qu'il y a, en l'espèce, incompatibilité à appliquer l'article 2847 C.c.Q. dans le cadre de l'article 2189 C.c.Q. Il est vrai cependant que le texte de l'article 2189 C.c.Q. pose un problème d'interprétation compte tenu du fait que le législateur y emploie le terme « réputé » et qu'il dispose à l'article 2847 C.c.Q. du caractère irréfragable d'une telle présomption. Se prononçant sur la force obligatoire des définitions, les professeurs Baudouin et Jobin s'expriment ainsi : « il n'est pas certain que la définition légale de l'article 2847 C.c. soit contraignante; elle peut se concevoir comme une disposition interprétative que le juge pourrait écarter lorsque le contexte le veut »⁴⁰.

Si la présomption établie à l'article 2189 C.c.Q. s'avère irréfragable, tel que le mentionne le juge Dalphond, il nous semble qu'on dénature l'intention du législateur. La réserve à l'égard des tiers de bonne foi apparaît convaincante quant à la volonté du législateur de ne pas porter préjudice aux droits des tiers. Cette prescription est conforme à l'objectif de la loi. Est-ce par inadvertance que le législateur n'a pas effectué le lien entre l'emploi du terme « réputé » à l'article 2189 C.c.Q. et la nouvelle définition de la présomption à l'article 2847 C.c.Q. ?

39. *Ibid.*

40. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 552.

II- L'INDIVIDUALITÉ JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ : L'AFFRANCHISSEMENT DE LA PERSONNALITÉ MORALE⁴¹

Au Québec, sous l'empire du C.c.B.C., la majorité, tant en jurisprudence qu'en doctrine, s'entendait pour expliquer les attributs juridiques reconnus à la société par la personnalité morale. Aujourd'hui, avec l'adoption du C.c.Q., le débat sur la personnalité morale des sociétés a connu un nouvel élan. En effet, alors que la qualité de personne morale est niée aux sociétés de personnes et que ses attributs juridiques sont renforcés par la loi, la Cour d'appel rend en 1996 un jugement éclatant qui vient renforcer la controverse en niant la personnalité morale aux sociétés et, par voie de conséquence, la détention d'un patrimoine autonome.

Pour bien cerner la problématique et comprendre ce qu'il en est aujourd'hui de la nature juridique des sociétés, il s'avère important d'effectuer un retour sur les passages importants de l'histoire des sociétés afin de comprendre pourquoi la société ne constitue pas une personne morale (A.). Ce premier pas franchi, il faudra recourir à un tout autre paradigme pour justifier l'individualité juridique des sociétés (B.).

A. La consécration de la théorie de la fiction : la société n'est pas une personne morale

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 à cette question 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. (a), afin de pouvoir comprendre, dans un second temps, pourquoi cette division ne peut plus être acceptée sous le C.c.Q. (b).

41. L'étude sur laquelle est basée la présente analyse 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.

a) *Le Code civil du Bas Canada et la personnalité morale des sociétés*

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.

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. En effet, le courant majoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence pendant plus d'un siècle – et ce, jusqu'à l'adoption du nouveau code civil – fut de reconnaître la personnalité morale aux sociétés civiles et commerciales (i.). Un seul nuage à l'horizon : la décision *Allard* qui, deux ans après la mise en vigueur du nouveau code, vient complètement transformer le décor (ii.).

i. Le courant majoritaire

La personnalité morale selon la conception civiliste

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^e 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.⁴². 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.

42. Art. 352 C.c.B.C.: « 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. »

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^e 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 de ces effets, notons l'article 529⁴³, 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.

43. *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. »; art. 387 C.c.B.C. : « 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. »

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^e 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.

La personnalité morale selon le C.c.B.C.

Le C.c.B.C. 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 et s.) 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 1896⁴⁴. En fait, bien que les tribunaux n'aient jamais été très explicites sur cette question, le

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

courant majoritaire⁴⁵ en jurisprudence a toujours été favorable à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés commerciales.

La personnalité morale des sociétés civiles⁴⁶, 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 autres l'article 387 qui mobilisait la part sociale – ne s'appliquaient pas aux sociétés civiles, une certaine doctrine⁴⁷ 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 »⁴⁸. Le même principe est réaffirmé, en 1996, dans l'affaire *Menuiserie Denla*⁴⁹.

45. 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.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000490-955, 10 avril 1996, j. F. Thibault.

46. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & 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.

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

48. *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.

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

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 personnifiée⁵⁰.

ii. *L'impact de Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*

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*⁵¹, 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 »⁵². 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 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.⁵³

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 :

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

51. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 3.

52. *Ibid.*, art. 1581.

53. *Ibid.*, art. 1578.

Le premier alinéa de l'article 2199 du C.c.Q. 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.⁵⁴

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)⁵⁵;
- 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.

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

54. *Ibid.*, art. 1583.

55. Art. 18 C.c.B.C.: « 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. »

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 »⁵⁶.

Par ailleurs, les juges relèvent aussi l'article 387 C.c.B.C. 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 propriété⁵⁷.

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 ».

56. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 3, p. 1571.

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

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

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.⁵⁸

Avec l'appui d'une certaine doctrine minoritaire⁵⁹, 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 »⁶⁰.

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'acception 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 que 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

58. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 3, p. 1579.

59. 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 & 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.

60. *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 3, art. 1580.

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 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 l'entrée en vigueur 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 du 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 le 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.

b) Le Code civil du Québec et les attributs juridiques de la société

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

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 (ii.).

i. *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*⁶¹ ou encore la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁶². 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 corporations 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 Code⁶³, 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.

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

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

63. 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.

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.* (Nos italiques)

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.

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 ester 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 arguaient 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 justice⁶⁴;
- racheter les parts sociales de leurs membres⁶⁵;
- ne compter qu'un seul membre⁶⁶;
- avoir une existence indépendante de leurs membres⁶⁷;
- être liquidées suivant les mêmes règles que les personnes morales⁶⁸.

64. Art. 2225 C.c.Q.

65. *Ibid.*, art. 2209, al. 1.

66. *Ibid.*, art. 2232.

67. *Ibid.*, art. 2226-2229.

68. *Ibid.*, art. 2235.

Quant aux associés, il leur est dorénavant possible de céder⁶⁹ et d'hypothéquer⁷⁰ 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 ?

ii. *L'interprétation des tribunaux*

Une vingtaine de décisions ont traité, avec plus ou moins d'éloquence, de la question de la personnalité morale de la société depuis 1994. 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 morales⁷¹.

Certaines décisions ont reconnu, dès le début de l'année 1994, la capacité d'estimer 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 question⁷², tandis que la minorité s'est embrouillée dans ses explications⁷³.

69. *Ibid.*, art. 2209.

70. *Ibid.*, art. 2211.

71. *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.) (appel rejeté, C.A. 1998-11-20, 200-10-000519-970, J.E. 99-25).

72. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Lacasse*, [2000] R.D.F.Q. (C.Q.), J.E. 2000-1376 (requête pour permission d'appeler rejetée, 19 juillet 2000, C.A. n° 500-09-009863-002); *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.

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

D'autres décisions ont été rendues sur la question du patrimoine distinct des sociétés en nom collectif. Certaines d'entre elles ont reconnu simplement – et sans plus de commentaires – l'autonomie patrimoniale des sociétés⁷⁴; 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 »⁷⁵. Dans un autre jugement, le tribunal a effectué 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 »⁷⁶. Dans ces deux derniers cas, compte tenu de la théorie patrimoniale, ces décisions sont mal fondées en droit.

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*⁷⁷ 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*;

74. *Duval Hesler c. Lalande*, C.G. 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.

75. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Paul*, précité, note 71.

76. *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc. et al.*, précité, note 71.

77. *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), c. T-15 (nos italiques).

(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 »⁷⁸. 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 orientation⁷⁹. 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 juridiques⁸⁰. Le tribunal relève cependant que, à la différence d'une 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 législateur⁸¹ :

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.

78. *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.), 1703; voir dans le même sens *Sécurité 2010 (S.N.C.) c. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, C.S. Québec, n° 200-05-016-199-015, 11 juin 2002, j. B. Bernard, 5 p., commentée dans « L'individualité juridique des sociétés : comment résoudre l'imbroglio ? », (2003) 105 R. du N. 127 et *Saucier c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, C.Q. Kamouraska (Rivière-du-Loup), n° 250-02-001364-006, 13 février 2002, j. G. Ringuet, 27 p. (appel déserté, C.A. 2002-07-12, 200-09-003967-020).

79. *Ibid.*

80. *Ibid.*, 1705.

81. *Ibid.*

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.⁸²

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)*⁸³, qui rejette l'opinion majoritaire de la Cour d'appel dans l'affaire *Allard*⁸⁴ 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 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.⁸⁵

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

82. *Ibid.* 1704 (nos italiques).

83. *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.

84. *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, précité, note 3.

85. *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis)*, précité, note 83, par. 16.

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 »⁸⁶.

La question de l'individualité juridique de la société en commandite a aussi été discutée. Certaines décisions ont reconnu la capacité d'ester en justice de ce type de société⁸⁷, tandis que d'autres se sont penchées plus précisément sur celle du patrimoine autonome⁸⁸. L'une des décisions les plus intéressantes est 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*⁸⁹, 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 (art. 2236 C.c.Q.).

Examinant les diverses facettes de « l'entreprise contractuelle » dans la Collection de Droit 1995-1996, M^e 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 [...].

86. *Ibid.*, par. 18.

87. *Dupré 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, dans cette décision, le tribunal mentionne que « depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994, la société en commandite constitue une entité juridique distincte (p. 19), 2964-7922 *Québec Inc. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-001796-973, 17 novembre 1998, j. J. Verrier (désistement d'appel, C.A., 25 mars 1999, n° 500-09-007428-980).

88. *Société en commandite 2858-9843 Québec Inc. c. 2420-3242 Québec Inc. « In Trust »*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000490-955, 10 avril 1996, j. F. Thibault; *Servomation Internationale and Co. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-000859-962, 3 novembre 1997, j. M. Laberge.

89. *Lalumière c. Moquin*, précité, note 44.

M^e 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.⁹⁰

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 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.⁹¹

90. *Servomation International and Co. (Syndic de)*, C.S. Longueuil, n° 505-11-000859-962, 3 novembre 1997, j. M. Laberge, p. 6-7; voir aussi, plus récemment, *Fenêtres Magistral Windows inc. c. Blouin*, C.Q. Terrebonne (Saint-Jérôme), n° 700-22-007199-010, 11 octobre 2002, j. D. Girard, 9 p. ou, selon le tribunal, « il est reconnu que la société en commandite est une personne morale » (p. 6).

91. *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin électrique Inc.*, C.S. Joliette, n° 7705-05-001282, 10 février 2000, j. S. Courteau, J.E. 2000-548 (règlement hors cour, C.A. 2002-01-31, n° 500-09-009379-009) (nos italiques).

B. La justification de l'autonomie patrimoniale des sociétés : le recours à la théorie de l'affectation patrimoniale

L'exemple des *partnerships* de common law est intéressant dans la quête de l'identité de la société. En effet, l'argument de l'harmonisation du droit civil avec le contexte nord-américain a très tôt été invoqué par les rédacteurs du Code civil :

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.⁹²

Sur ce dernier point, il est en effet important de préciser que la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés de personnes est une problématique propre aux droits de tradition civiliste où la conception de la propriété est étroitement associée à celle de la personnalité. Beaucoup plus pragmatiques dans leur solution, les droits anglo-saxons ont très tôt admis qu'une certaine autonomie juridique pouvait être reconnue aux *partnerships*, pour la bonne marche des affaires, sans avoir recours à la fiction de la personnalité morale.

Il conviendra ainsi, dans une première partie, de présenter le fonctionnement des *partnerships* hors du cadre de la personnalité morale (a.), avant de s'arrêter, dans une seconde partie, à l'évolution de la conception patrimoniale dans le C.c.Q. et à la réponse qu'elle fournit au droit des sociétés (b.).

a) L'harmonisation avec les *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

92. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Document de travail – Projet de loi 125 – Code civil du Québec*, Gouvernement du Québec, p. 34 (nos italiques).

jurisprudence est unanime pour nier au partnership la qualité de personne morale.

La souplesse de la conception de la propriété en common law, à la différence de celle du droit civil, a simplifié la question (i.). En effet, bien que le *partnership* de common law ne constitue pas une personne morale, son existence juridique se manifeste, comme en droit civil, de différentes façons (ii.).

i. La firme et la conception de la propriété

Dans les provinces de common law, les sociétés ne constituent pas des entités distinctes de leurs membres⁹³. Ainsi, les associés sont appelés collectivement, aux fins de la législation, la « firme »⁹⁴, mais celle-ci n'est pas un *corporate body*. Il s'agit simplement d'une caractéristique de leur relation⁹⁵. 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 has 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 »⁹⁶.

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 »⁹⁷.

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

93. *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)*, (1962) 48 M.P.R. 56, S.C.R. viii [N.-B.].

94. *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, c. P.5 (Ontario), art. 5.

95. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Limited Liability Partnerships*, rapport final, n° 77, Edmonton, A.L.R.I., avril 1999, p. 13.

96. R.C.I. BANKS, *Lindlay & Banks on the law of Partnerships*, Londres, Sweet Maxwell, 1995, p. 20.

97. ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *op. cit.*, note 95, p. 14.

personality, however, a partner cannot be considered the firm's debtor if he fails to make his promised contribution »⁹⁸. 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 société⁹⁹ ?

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 land 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.¹⁰⁰

Et ce qui ressort clairement du libellé de la loi :

24. Droits et obligations des associés

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

98. *International Encyclopaedia of Laws*, t. 2, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Suppl. 7 (July 1993), n° 441.

99. L.R.O., précitée, note 94, art. 3.

100. *Porter & Sons Ltd. v. Armstrong et al.*, (1926) S.C.R. 330; (nos italiques); *A.E. LePage Ltd. v. Kamex Developments Ltd. et al.*, (1977) 78 D.L.R. (3d) 223, 16 O.R. (2d) 193 (C.A.), [1979] 2 R.C.S. 155.

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*¹⁰¹ de l'Ontario prévoit expressément que l'intérêt d'un commanditaire dans la société en commandite constitue un bien meuble. Ainsi, en common law – qu'il s'agisse de la common law d'Angleterre¹⁰² 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 »¹⁰³.

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 »¹⁰⁴. 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 »¹⁰⁵. 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 matérielle¹⁰⁶. C'est ainsi que la part sociale entre dans la catégorie des biens incorporels – comme l'action de la compagnie.

ii. Les manifestations de l'autonomie juridique des partnerships

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

101. *Loi sur les sociétés en commandite*, L.R.O., c. 16, art. 7(2).

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

103. 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.

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

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*

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 firm¹⁰⁷.

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

D'abord, les sociétés en nom collectif exploitent leur entreprise sous une raison sociale¹⁰⁸ qui doit être enregistrée conformément à la *Loi sur les noms commerciaux*¹⁰⁹.

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 activités¹¹⁰.

Enfin, la société peut acquérir, en son propre nom, des droits et des obligations¹¹¹. 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

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.

(2) Transmission d'un bien-fonds

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

107. R.C.I. BANKS, *op. cit.*, note 96, p. 33 (206-207).

108. L.R.O., précitée, note 94, art. 5.

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

110. L.R.O., précitée, note 94, art. 6.

111. *Ibid.*, art. 7.

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

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.

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

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.

Par ailleurs, plusieurs dispositions laissent clairement voir que la société a une certaine autonomie juridique :

- la firme est tenue de réparer la perte subie par l'associé¹¹²;
- la firme dédommage les associés des paiements faits¹¹³;
- chaque associé doit rendre compte à la firme¹¹⁴;
- un associé ne peut faire concurrence à la firme¹¹⁵;
- au moment de la dissolution, un associé peut faire affecter les biens de la société à l'acquittement des droits et obligations de la firme¹¹⁶.

La nature mobilière des parts sociales ressort aussi clairement du libellé de la loi¹¹⁷.

112. *Ibid.*, art. 12.

113. *Ibid.*, art 24(2).

114. *Ibid.*, art. 29.

115. *Ibid.*, art. 30.

116. *Ibid.*, art. 39.

117. *Ibid.*, art. 31, 33(2) et 42(2); *Loi sur les sociétés en commandite*, précitée, note 101, art. 7(2).

Par ailleurs, la société peut poursuivre ou être poursuivie en justice sous le nom de la firme¹¹⁸. À noter, l'aveu ou la déclaration d'un associé peut même constituer une preuve contre la société¹¹⁹.

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.

b. L'évolution de la conception patrimoniale

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 une conception patrimoniale non plus fondée exclusivement sur la personne, mais plutôt sur l'affectation commune des biens. Par conséquent, rien ne s'oppose aujourd'hui à la constitution de cloisonnements patrimoniaux à l'intérieur du patrimoine général d'une personne (i.); la question reste toutefois à savoir, si la société constitue un patrimoine d'affectation ou encore une division du patrimoine (ii.).

i. La conception patrimoniale tripartite du C.c.Q.

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

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

118. *Règles de procédure civile*, r. 8.

119. L.R.O., précitée, note 94, art. 16.

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 de nos jours un ou plusieurs patrimoines séparés. C'est ce que le législateur entend lorsqu'il dispose que « celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi ».

Précisons que les *patrimoines d'affectation* autonomes 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.

ii. La société : patrimoine d'affectation ou patrimoine de division ?

Les auteurs¹²⁰ qui se sont intéressés, depuis la réforme du Code civil, à la nature juridique des sociétés s'entendent sur le fait que la conception du patrimoine d'affectation apporte une solution intéressante à la problématique des sociétés. Deux voies ont, à cet égard, été explorées en doctrine : la première, celle de la division du patrimoine, et l'autre – plus récente –, celle de l'affectation du patrimoine. C'est cette dernière voie qui retiendra ici notre attention, puisque la société « division du patrimoine » a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires doctrinaux¹²¹.

120. C. BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997; N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13, p. 391 et s.; L. PAYETTE, *loc. cit.*, note 103; B. LAROCHELLE, *loc. cit.*, note 13; L.H. RICHARD, « L'autonomie patrimoniale de la société : le patrimoine d'affectation, une avenue possible ? », (2002) 36 *Thémis* 733.

121. Voir sur cette question les références citées sous la note 120.

Comme l'expriment ses partisans, « contrairement à la division du patrimoine, le patrimoine d'affectation consiste en la création d'un véritable patrimoine autonome. Dans ce cadre, l'affectation de biens à un but commun entraîne la formation d'une universalité juridique de biens soumis à un régime de détention et d'administration, sans égard à la propriété de ces biens, non plus, corollairement, qu'à quelque rattachement que ce soit de ces biens à un sujet de droit »¹²². En d'autres termes, adhérer à cette thèse revient à reconnaître que la formation d'une société de personnes entraîne la création d'un patrimoine objet – par opposition à un patrimoine sujet dans le cas d'une personne morale – entièrement distinct du patrimoine des associés. Il s'agit, en fait, d'appliquer aux sociétés un régime semblable à celui des fiducies : « Le parallèle avec la fiducie, exemple type du patrimoine d'affectation, est inévitable. On ne peut évidemment parler de similitude entre ces deux institutions. Mais la convergence de certains éléments essentiels quant à la création et au fonctionnement du patrimoine fiduciaire et social nous permet de faire un rapprochement intéressant »¹²³.

Il faut reconnaître d'emblée que les avantages liés à l'adoption de la conception du patrimoine d'affectation, plutôt qu'à celle de la division du patrimoine, sont nombreux. Elle simplifie l'analyse et évite de s'aventurer sur des terrains inconnus.

La conception du patrimoine d'affectation permet ainsi d'identifier plus simplement le propriétaire des biens de la société et dispense de recourir à la théorie de la propriété collective entre les associés¹²⁴. À l'exemple du régime des fiducies, « [...] une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige [...] à détenir et à administrer ». Le constituant est ici représenté par les associés, le fiduciaire par les mandataires gérants, désignés contractuellement ou légalement, et le bénéficiaire par les associés¹²⁵.

La question importante s'avère toutefois de savoir comment autoriser un tel rapprochement. En effet, il est vrai que rien n'indique que « dans la mesure prévue par la loi » à laquelle réfère le

122. L.H. RICHARD, *loc. cit.*, note 120, p. 763.

123. *Ibid.*

124. *Ibid.*, art. 759 et s.

125. *Ibid.*, art. 764.

C.c.Q. à l'article 2 nécessite une intervention expresse de la part du législateur¹²⁶. En effet, ce n'est pas tant l'absence de référence explicite qui constitue à nos yeux un obstacle difficilement franchissable, mais plutôt les caractéristiques inhérentes aux patrimoines d'affectation et leur existence chez la société. Une auteure soutient que « la fiducie n'[...] est peut-être pas la seule illustration »¹²⁷ d'un patrimoine d'affectation et s'interroge à savoir si les articles 2221 et 2189 ne pourraient pas être interprétés comme justifiant l'existence d'un patrimoine autonome et ce, malgré les différences importantes entre les régimes juridiques. La réponse à la question est fondamentale. Il s'agit de déterminer les caractéristiques du concept et, sur ce point, l'exemple de l'évolution du droit des personnes morales est intéressant.

Les patrimoines d'affectation, à la différence des patrimoines de division, se caractérisent-ils par un régime de propriété et d'administration entièrement autonome de celui des constituants ? Dans l'affirmative, l'article 2221 maintient un lien avec les constituants de la société : les associés. L'affectation n'engendre pas la même forme de disposition que dans le cas de la fiducie. N'y a-t-il pas, dans ce cas, danger de créer une dualité de régime juridique à l'intérieur d'une même catégorie juridique, comme cela a été le cas pour la personne morale pendant plus d'un siècle¹²⁸ ? Une analyse approfondie de la conception sera nécessaire afin de répondre avec clarté et certitude à chacune de ces interrogations.

CONCLUSION

La présente revue des dix dernières années du droit des sociétés a permis de déceler nombre de dissensions dans l'interprétation, à la fois du régime transitoire de publicité des sociétés en nom collectif et en commandite, qu'en ce qui a trait à leur individualité juridique.

La difficile transition des sociétés en nom collectif et en commandite constituées sous le C.c.B.C. En 1994, avec la volonté d'instaurer un nouveau système de publicité empreint de fiabilité, le législateur a assujéti l'ensemble des sociétés à de nouvelles mesures de publicité. Dans le cas des sociétés en nom

126. *Ibid.*

127. *Ibid.*

128. C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 120.

collectif et en commandite constituées sous le C.c.B.C., la disposition transitoire a posé deux difficultés. La première consistait à savoir si seulement les sociétés en contravention avec le système de publicité existant sous le C.c.B.C. étaient assujetties à cette obligation ou encore *toutes* les sociétés *déclarées ou non sous l'ancien système*. L'autre question concernait la nature de la sanction : la transformation en société en participation avait-elle ou non un caractère irréversible ? Les réponses à ces questions ne font pas l'unanimité. La doctrine est partagée sur tous ces points et la jurisprudence est, pour l'instant, inexistante.

Toutefois, les leçons apportées par les carences du système de publicité sous le C.c.B.C. et les commentaires du ministre de la Justice sont très révélateurs de l'intention du législateur. Tout d'abord, la volonté du législateur d'assurer l'efficacité du nouveau système de publicité légale doit être considérée dans l'interprétation de l'article 118 L.A.R.C.C. Comment en effet justifier cette distinction entre les sociétés déclarées ou non selon l'ancien système, en considérant les objectifs poursuivis par la loi ? D'autre part, il y a peu de doute, à la lumière des commentaires du ministre, que la disposition transitoire visait, sans distinction, toutes les anciennes sociétés et qu'il s'agit probablement de la véritable intention du législateur. De plus, qu'il s'agisse des sociétés déclarées ou non en vertu de l'ancien droit, *toutes* se voient assujetties en bout de ligne à l'obligation d'immatriculation; seule la sanction diffère. L'intérêt de la question demeure donc de savoir quels sont les effets associés à l'immatriculation tardive. Sur ce dernier point, les positions sont très controversées : les termes *réputé* et *devenir* doivent-ils recevoir la même acception ? La présomption établie à l'article 2189 dispose-t-elle du caractère contraignant imposé par l'article 2847 ? Les réponses demeurent incertaines et commandent la voie de la prudence.

L'émancipation des sociétés en nom collectif et en commandite du moule de la personnalité morale. Sous le 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. Sous le C.c.Q., la dynamique est complètement transformée. La conception de l'unité patrimoniale a été remplacée par celle de l'affectation patrimoniale

et, par conséquent, plus rien ne fait obstacle à la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale des sociétés hors du cadre de la personnalité morale.

L'analyse de l'ensemble des décisions qui ont été rendues sur cette question depuis l'adoption du C.c.Q. permet d'entrevoir l'amorce de ce courant. En effet, dans la mesure où les tribunaux relativisent la portée de la décision *Allard* sous le 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 les qualifier de personne morale. Ce premier pas franchi, l'émancipation de la personne morale est fondamentale dans l'évolution du droit des sociétés. Le second pas à franchir sera d'en comprendre la justification. Deux voies s'ouvrent alors à la société : celle de la division du patrimoine ou encore celle du patrimoine d'affectation.

L'évolution du droit des sociétés de personnes commandera, dans l'avenir, plusieurs nouvelles analyses. Les controverses entourant la publicité légale pourraient, en effet, être grandement atténuées par une analyse approfondie de la nature du régime. L'immatriculation constitue-t-elle une procédure simplement informative ou plutôt constitutive de droits ? La conception des patrimoines d'affectation au sein du C.c.Q. devrait aussi faire l'objet d'une étude plus poussée. Cette prospection permettra, sans conteste, d'apporter des réponses renouvelées – non seulement au droit des sociétés, mais aussi à plusieurs autres domaines du droit.