

Article

« Commentaires concernant le contrat de société »

Nabil N. Antaki

Les Cahiers de droit, vol. 29, n° 4, 1988, p. 1019-1036.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042923ar>

DOI: 10.7202/042923ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La réforme du droit des obligations

Commentaires concernant le contrat de société

Nabil N. ANTAKI *

Au chapitre du contrat de société et d'association l'Avant-projet n'entend pas modifier fondamentalement les institutions. Il se contente souvent de clarifier les droits des parties. Cet effort est louable et l'exercice est souvent réussi.

L'Avant-projet est aussi généralement satisfaisant sur des points importants comme l'élimination de la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales, même si le contenu juridique du nouveau concept d'entreprise reste à préciser.

L'Avant-projet s'est attaqué aux définitions mêmes des sociétés et des associations. Les définitions proposées à l'article 2250 sont ambiguës et vont à l'encontre des définitions retenues aux articles 326 et 327 du Code. Sur ce point l'échec est total et compromet l'ensemble de la réforme.

Une innovation mineure mais significative est signalée. Les articles 2270 et 2290 prévoient un mécanisme pour le règlement des différends sur l'évaluation des parts sociales. La nature de cette technique, expertise ou arbitrage, n'est cependant pas claire.

The Draft Bill for reforming the Civil Code does not propose any fundamental change in the institutions of partnership or association. Most of all it clarifies the rights of parties — a worthy effort that has generally been successful.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

The bill is also quite satisfactory in its treatment of important points such as the elimination of the distinction between civil and commercial partnerships, even if the legal content of the new concept of an enterprise has yet to be specified.

The bill has attempted to reformulate the definitions of partnerships and associations ; the definitions proposed in article 2250 of the bill are ambiguous and run counter to definitions contained in C.C. 326 and 327. On this point, failure is total and compromises the reform in its entirety.

A minor but significant innovation is to be noted. Articles 2270 and 2290 provide a means for settling disputes by the assessment of a partner's share. The nature of this technique, whether by means of expertise or arbitration, is however not clear.

1. L'environnement juridique global	1021
2. L'unification du régime des sociétés civiles et commerciales	1024
2.1. La problématique	1024
2.2. La solution	1024
3. La définition du contrat de société	1025
3.1. La vocation aux bénéfiques	1026
3.1.1. La problématique	1026
3.1.2. La solution	1028
3.2. L' <i>affectio societatis</i>	1030
3.2.1. La problématique	1030
3.2.2. La solution	1032
4. La personnalité morale	1032
4.1. La problématique	1032
4.2. La solution	1034
5. Le règlement des différends entre associés	1035

L'Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du droit des obligations*¹ est un autre volet de la série présentée depuis 1980. Contrairement à ceux qui l'ont précédé, ce projet n'entend pas bouleverser les traditions ni modifier fondamentalement les institutions. Le chapitre sur les sociétés et les associations², objet de ces commentaires, consolide des principes dégagés par la jurisprudence et clarifie les droits des parties. En général, l'exercice est réussi.

En embellissant ce vieil édifice on s'est toutefois attaqué à ses fondements. Ceci était devenu nécessaire. L'unification du régime des sociétés civiles et commerciales offre le bon exemple d'un résultat satisfaisant. Il n'en est pas toujours ainsi. Les définitions des institutions à la base même de l'édifice sont dangereusement équivoques et risquent de compromettre l'ensemble.

Telle étant ma conclusion, ces commentaires, sans nier la valeur indéniable de certains aspects de la réforme proposée, se limitent à la discussion des définitions. L'Avant-projet innove cependant en proposant une technique intéressante pour le règlement des différends entre associés. Cette question est abordée dans la dernière partie.

1. L'environnement juridique global

L'entrepreneur indépendant gérant sa propre entreprise est le chromosome de l'organisation économique du monde libre. Cela est heureux. Le développement de l'économie de marché a cependant provoqué celui de techniques juridiques de regroupement de personnes et de biens afin de répondre aux nouveaux besoins.

On a recours aux groupements pour joindre les efforts dans une entreprise commune mais aussi pour atteindre certains objectifs financiers ou juridiques comme un traitement fiscal particulier ou un régime spécial de responsabilité civile. Le législateur met à la disposition des agents économiques des contrats nommés types offrant les combinaisons les plus demandées. Ainsi, la forme corporative allie la responsabilité limitée de l'actionnaire à l'indépendance fiscale de la compagnie. La société en nom collectif allie la responsabilité solidaire des membres à la transparence fiscale de l'entreprise et la commandite offre au commanditaire le statut intermédiaire de la responsabilité limitée jointe à la transparence fiscale de l'entreprise. Le droit est satisfaisant, lorsque la pratique ne sent pas le besoin de s'écarter des modèles proposés par le législateur.

1. Assemblée nationale, 33^e législature, Éditeur officiel du Québec, décembre 87, (ci-après désigné Avant-projet).

2. Art. 2250 à 2349.

Le Code civil contient le droit fondamental de tous les groupements, nommés ou innommés, qu'ils jouissent ou non de la personnalité morale. La théorie des obligations, les articles 352 et s. du C.c.B.-C., qui intéressent les corporations et les articles 1830 et s., spécifiques aux sociétés, forment, avec d'autres parties du Code, le cadre général et prévoient les solutions complémentaires ou supplétives applicables à tous les groupements.

Le droit civil actuel du Québec connaît deux sortes principales de groupements diamétralement opposées : l'association contractuelle à vocation altruiste et la société civile ou commerciale poursuivant des buts essentiellement lucratifs.³ La société commerciale peut pour sa part prendre la forme d'une société en nom collectif, d'une société anonyme, d'une société par actions ou d'une société en commandite d'un type nouveau. On pourrait aussi soutenir que le droit admet la société en participation sans toutefois lui accorder l'attention qu'elle mérite.

Les sociétés anonymes et par actions n'étant que des variantes de la société en nom collectif, il est possible d'affirmer que les groupements actuellement encadrés par le Code sont la société en nom collectif et la commandite. Notre droit ne prévoit aucune disposition spécifique aux associations et ne connaît pas la société à responsabilité limitée (S.A.R.L.) et le groupement d'intérêt économique (G.I.E.)⁴ très répandus en France.

La pratique a rendu notre droit des sociétés laxiste. On soutient qu'il est possible aujourd'hui de créer des filiales communes et des sociétés de sociétés.⁵ On prétend même qu'une société peut légalement se limiter à des activités où le profit n'est pas une finalité recherchée et se contenter de réaliser pour d'autres entités, un manque à dépenser ou des économies.⁶

3. Sur le droit des sociétés en général, v. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, L.G.D.J., Paris, 1978.

En droit québécois, V. M. THÉRIAULT, « Une société qui n'en est pas une : la société nominale ou de dépenses », (1988) 48 *R. du B.* 517; R. DEMERS, « Le nouveau Code civil du Québec : Les personnes morales », (1988) C.F.P. Chambre des Notaires; P.-P. CÔTÉ, « Considérations sur la conception et l'élaboration du contrat de société », (1985) 15 *R.D.U.S.* 487; P.-B. MIGNAULT, *Le droit Civil Canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, t. 8, 181; A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, Montréal, Éditions Albert Levesque, 1936, t. 2, p. 388.

En droit français, v. Y. GUYON, *Droit des affaires*, 3^e édition, Paris, Economica, 1984.

En droit belge, v. M. COUPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, dans *RÉPERTOIRE NOTARIAL*, t. 12, DROIT COMMERCIAL, livre 2, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 1.

4. Y. GUYON, « *Les groupements d'intérêt économique* » (1981) 22 *C. de D.* 383.

5. G. DEMERS, *Les Sociétés*, Chambre des Notaires du Québec, 1980, 149; J. SMITH, *Cours de Droit Commercial*, t. 1, 109; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1975, p. 96.

6. A. PERRAULT, *supra*, n. 3, p. 393.

Les techniques de regroupement du Code ont subi des métissages et se sont multipliées sous la pression de nouveaux besoins à un point tel que la classification initiale est devenue souvent inopérante, les contrats *sui generis* étant devenus plus nombreux que les contrats nommés. Le législateur avait prévu la forme juridique de la société afin de permettre à des personnes physiques de joindre leurs efforts et de former une entreprise économique à but lucratif, partager ses résultats et subir ses pertes, le tout comme décrit à l'article 1830. Cependant avec le temps, la notion de société a été utilisée à des fins différentes. Les associations de marchands ou de franchisés, les sociétés de services d'achats ou de ventes sont de bons exemples.

Les gens d'affaires peuvent bien être temporairement satisfaits de cette situation de fait et bénéficier des avantages qu'elle offre. Le juriste doit s'en méfier. Ces accommodements, artifices et faux-pls pourraient ne pas résister à un test judiciaire.

Confrontés à l'utilisation abusive du contrat de société, les tribunaux ont d'abord qualifié ces nouvelles entités par des vocables juridiquement imprécis comme société de fait ou société *sui generis*.⁷ La Cour suprême a enfin clarifié le débat en précisant que tous les groupements qui répondaient à la définition juridique de société et seulement ces groupements sont des sociétés.⁸ Cette prise de position constitue un sérieux avertissement.

Il devenait urgent que le législateur fasse le grand ménage, qu'il trace le contour des sociétés, détermine les conditions dans lesquelles elles pouvaient acquérir la personnalité morale et les effets de celle-ci. Une part importante de la confusion actuelle résulte de l'absence d'une forme juridique réglementée permettant à des entreprises de promouvoir ensemble des intérêts économiques autres que la réalisation directe de bénéfices. L'Avant-projet s'est attaqué au problème. Il a presque parfaitement réussi l'unification du régime des sociétés civiles et commerciales. Il a par contre, à mon humble avis, ajouté à la confusion des formes de sociétés.

7. *Invernizzi c. Du Crest*, (1982) C.S. 418 ; *Giguère c. Rolco Metal Inc.*, J.E. 82-934 ; *Laflamme c. Laplante*, (1981) C.S. 1031 ; *Russo c. Brault*, C.S.Mtl, n° 500-05-815-984-719, 2 octobre 1980, J.E. 80-974.

8. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, (1984) 1 R.C.S. 2.

2. L'unification du régime des sociétés civiles et commerciales

2.1. La problématique

Les juristes ont très tôt classé les actes juridiques en actes civils et actes de commerce mais, pour définir ces derniers, ils se sont divisés en subjectivistes et objectivistes inconditionnels. Les législateurs, ont compliqué le débat au lieu de le résoudre. L'exemple du *Code de commerce français* est éloquent. Son premier article retient la première thèse mais son dernier favorise la deuxième tout en ajoutant à la confusion en introduisant le concept d'entreprise dans la discussion. Au Québec, nous avons vécu la difficulté même si le C.c.B.-C. n'a pas retenu le dualisme législatif et judiciaire comme en France.

Ces ébats théoriques ont rendu le droit souvent confus et parfois inéquitable. Il est difficile de comprendre la logique qui voulait que la vente d'un immeuble ne puisse jamais être une opération commerciale quand une vente isolée d'un effet mobilier l'est en toutes circonstances. En son temps, cette classification était probablement justifiée. Aujourd'hui, les professions libérales explosent et deviennent des entreprises qui ne craignent plus la publicité et la mise en marché de leurs services ni l'utilisation de leurs revenus à des fins spéculatives selon un modèle jusqu'ici réservé aux entreprises commerciales.

Dans ce contexte, la distinction entre le régime juridique des actes civils et des actes de commerce est devenue d'application difficile, sinon injuste pour certains créanciers. Il était temps de l'abandonner en faveur d'un régime unique.

2.2. La solution

L'Avant-projet annule la distinction entre les actes civils et les actes de commerce et élimine, du fait même, la classification traditionnelle entre les sociétés dont l'objet est civil et celles dont l'objet est commercial. Il ne me revient pas de relever ici les nombreux cas où les propositions visant cette unification souhaitable sont heureuses. Mon commentaire se limite à souligner deux aspects particuliers qui, il me semble, sont moins clairs.

La première remarque concerne le remplacement du concept de commercialité par celui d'entreprise, nouveau dans notre Code civil, et qui serait, selon les rédacteurs du *Rapport de L'O.R.C.C.* d'application plus simple. Cette simplicité ne me paraît pas évidente.⁹ En effet, si le concept économique

9. N. ANTAKI, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges : Le droit des entreprises », (1980) 21 C. de D. 231.

d'entreprise est facilement définissable, son contenu juridique est loin de l'être et l'Avant-projet devrait le préciser. Cette lacune est grave et soulèvera sans doute de sérieux problèmes d'interprétation. On ne règle pas les problèmes en remplaçant simplement le « fonds de commerce » de l'article 1569a du C.c.B.-C. par la « vente d'entreprise » à l'article 1822 proposé.

Une difficulté supplémentaire découle du fait que le concept d'entreprise a aussi un contenu politique dont l'importance semble avoir échappé aux proposeurs et qui mérite un débat sérieux. Ceux qui ailleurs sont à l'origine du concept voient dans l'entreprise la cellule de base de l'organisation socio-économique et en font un sujet de droit ayant des droits et des obligations spécifiques. Un seul exemple suffit pour illustrer l'ampleur du changement proposé. Aujourd'hui, l'intérêt de la compagnie se confond avec celui des apporteurs de capital. Dans le contexte proposé l'intérêt de la compagnie devient celui de toutes les composantes de l'entreprise, soit le résultat de la conjugaison des intérêts des apporteurs de capital et des employés mais aussi des consommateurs, des créanciers et fort probablement de la collectivité !

La consolidation du régime des sociétés civiles et commerciales et le remplacement de la théorie de la commercialité par celle d'entreprise ne semblent pas être complètement maîtrisés par l'Avant-projet. Le système de publicité des sociétés sera assuré par la *Loi sur le registre des associations et entreprises*,¹⁰ plutôt que par la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*,¹¹ actuellement applicable. Le nouveau système de déclaration comporte certes des avantages mais, il perpétue curieusement le droit actuel en maintenant les catégories de société civile (art. 1) d'acte civil et d'acte de commerce (art. 6).

3. La définition du contrat de société

Le contrat de société est prévu aux articles 1830 et s. du C.c.B.-C. qui énumèrent les conditions objectives indispensables à la qualification de l'institution, imposent les mesures nécessaires à la protection des tiers et prévoient le régime applicable en cas de silence du contrat. Ces dispositions ne définissent pas l'institution. Les auteurs retiennent généralement la définition proposée par Pothier pour qui la société est :

« Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte. »¹²

10. Projet de loi 54, 33^e législature, 1^{re} session.

11. *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q., c. D-1.

12. P.-B. MIGNAULT, *supra*, n. 3, p. 181 ; A. PERRAULT, *supra*, n. 3, p. 391.

Cette définition met l'accent sur les deux conditions objectives d'un contrat de société, soit la mise en commun de « quelque chose », l'apport¹³ et le partage des bénéfices. Ces deux conditions sont reprises par les articles 1830 et 1831 C.c.B.-C. Les éléments objectifs étant insuffisants à distinguer la société d'autres institutions voisines, tribunaux et doctrine leur ont ajouté un élément subjectif, l'*affectio societatis* ou l'intention d'être associé.

Pour les fins de ce commentaire il suffit d'étudier les notions de bénéfice et d'*affectio societatis*. Dans chaque cas, il est utile de rappeler la problématique avant de discuter les propositions.

3.1. La vocation aux bénéfices

3.1.1. La problématique

Les dispositions du Code sont précises. Il est de l'essence de la société d'être pour le bénéfice des associés et aucun associé ne peut être exclu de la participation aux profits. La définition du terme bénéfice pose cependant de sérieux problèmes pratiques.

Il est établi que les sociétés sont des groupements à but lucratif. Le but principal des associés qui y adhèrent est d'acquérir un bénéfice patrimonial par opposition à un avantage de nature morale qui est la vocation première des groupements sans but lucratif que sont les associations. Ainsi, un groupe à vocation sociale, philanthropique ou religieuse ne poursuit pas un objectif pouvant ajouter au patrimoine de ses membres. La satisfaction première que ceux-ci recherchent est morale et peut difficilement être quantifiée ou évaluée en argent.¹⁴ Le bénéfice visé par les articles 1830 et 1831 peut théoriquement prendre deux formes différentes :

a) Selon une première conception, le bénéfice doit prendre la forme d'une distribution qui ajoute au patrimoine de l'associé. L'exemple simple est celui de la société qui, ayant réalisé un bénéfice net à la fin de son exercice financier, décide de distribuer le montant à ses associés. Les plus conservateurs réservent la qualification de société aux groupements qui distribuent ainsi

13. V. H. BLAISE, *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1955; J. ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature*, Thèse, Paris, 1943; M.J. CAMBASSÈDES, « La nature et le régime de l'opération d'apport », (1976) 94 *Rev. soc.* 431.

14. M. FILION, *Droit des associations*, Montréal, éd. Y. Blais, 1986; G. SOUSI, *Les associations*, Paris, Dalloz, 1985; COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Les A.S.B.L.*, Université de Liège, 1986, cf. notamment M. COIPEL, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », p. 98.

leurs bénéfices en numéraires. La société peut choisir d'augmenter son capital social en attribuant à ses membres l'équivalent des bénéfices distribuables en parts sociales nouvelles. Elle peut finalement trouver avantageux de distribuer des bénéfices en nature. Ces trois cas relèvent de la même définition du bénéfice qui ajoute positivement au patrimoine de l'associé.

b) Le bénéfice peut aussi prendre la forme d'une économie pour l'associé. C'est le cas de trois amis qui achètent ensemble un chalet au Mont Ste-Anne et décident de l'occuper à tour de rôle. Le bénéfice résulte alors de la jouissance de ce placement commun. Il est aussi courant que deux entreprises mettent en commun un service d'achat, de recherche ou de prospection afin de réaliser une économie d'échelle. Un tel groupement permet à ses membres de réaliser un bénéfice qui prend la forme d'une économie assimilable quant à ses effets à un bénéfice.

La prise en considération de l'économie pour les fins de qualification du contrat de société n'a jamais fait l'unanimité.

Dans une première période, l'économie était traitée comme un bénéfice. Ainsi Perrault, s'appuyant sur Pothier, a pu dire :

« Il suffit, aujourd'hui encore, pour qu'il y ait société, que plusieurs personnes mettent des biens en commun avec l'intention d'en tirer certains avantages matériels, même la jouissance des fruits destinés à leur consommation personnelle, ou une économie à réaliser dans les frais de culture. Mais dans les sociétés commerciales, c'est la notion de dividendes à partager qui prévaut ». ¹⁵

Finalement, jurisprudence et doctrine sont revenues à une conception restrictive du bénéfice qu'elles ont réduit à un « gain pécuniaire ou... matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Cette approche restrictive est celle qui a la faveur au Québec actuellement. ¹⁶

Le droit français a évolué de façon semblable et le législateur a tranché en 1978 en modifiant l'article 1832 C.c.fr. qui se lit maintenant ainsi :

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » ¹⁷ (le souligné est ajouté)

15. A. PERRAULT, *supra*, n. 3, p. 394.

16. M. FILION, *supra*, n. 14, p. 33 s. ; P.P. CÔTÉ, *supra*, n. 3, p. 497 ; *Pilon c. Les héritiers de Julien Bellemare*, (1966), R.L. 385. Cf. cependant pour une approche plus libérale, J. SMITH, « Les obligations et les droits des associés », (1980-81) 15 *R.J.T.* 283.

17. V. les commentaires de Y. GUYON, « Les dispositions de la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés », (1979) 97 *Rev. soc.* 1 ; Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la Loi du 4 janvier 1978 », J.C.P. 1978.I.2917.

Cette clarification du droit des sociétés en France a causé une commotion dans celui des G.I.E. imaginés pour permettre à leurs membres la mise en commun de moyens propres à développer leurs activités économiques sans avoir pour finalité la réalisation ou le partage de bénéfices. Les G.I.E. occupaient un champs laissé pour compte, que la nouvelle définition de la société a préempté au point où l'on peut se demander s'il est encore utile de maintenir la catégorie juridique des G.I.E. vidée d'une partie importante de son contenu. Cette expérience est intéressante. Elle nous apprend que la manipulation génétique des concepts juridiques peut être dangereuse et semer la confusion.

3.1.2. La solution

Les définitions de la société et de l'association proposées par l'Avant-projet sont ambiguës et dangereuses. On propose au législateur de donner naissance à des monstres.

L'Avant-projet propose que la société soit définie dans le Code. Cette initiative est heureuse. L'article 2250 se lirait ainsi :

« Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, *en vue de satisfaire les besoins économiques ou sociaux de leurs membres*, d'exercer une activité ou d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissance ou d'activités et de partager les bénéfices qui en résultent. » (le souligné est ajouté)

Tronquée de sa phrase intercalaire soulignée, cette définition est une précision du droit actuel du Québec. Elle confirme, sans ambiguïté possible à mon avis, que la finalité première d'une société est de réaliser des bénéfices et de les partager entre ses membres. En l'absence d'autres précisions, un groupement qui ne chercherait qu'à faire réaliser des économies à ses membres ne serait pas une société. Ce choix est dans la pure tradition et respecte les catégories fondamentales du droit civil.

Les rédacteurs de l'Avant-projet sont conscients qu'il faut imaginer, en plus de la société ainsi définie, une entité juridique nouvelle, qui jouit de la personnalité morale et qui permet la mise en commun de moyens afin de favoriser les activités lucratives des membres, sans toutefois que la recherche des bénéfices ne soit sa priorité.

Le présume que la première partie de la phrase intercalaire « ... en vue de satisfaire les besoins économiques... de leurs membres » prétend combler ce besoin. La formulation est doublement malheureuse. Elle l'est parce que la rédaction est malhabile. En effet « leurs membres » réfère ici aux parties, ce qui constitue un non-sens évident. On devrait viser les associés. Elle l'est surtout parce que les intérêts économiques des associés embrassent plus que

la réalisation des bénéfices et peuvent rejoindre les préoccupations de l'association. Cette confusion est aggravée par la référence indéfendable, dans une définition de la société, aux « intérêts sociaux des membres ».

La confusion est aussi plus grande lorsqu'on compare, l'article 2250 proposé à l'article 328 du C.C.Q. Ce dernier stipule en effet que :

« Les sociétés ont généralement vocation à réaliser et à partager des bénéfices ; elles peuvent aussi avoir vocation à profiter des économies qui peuvent résulter de la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activité, ou à satisfaire des besoins économiques et sociaux communs par l'exploitation d'une entreprise. »

Définir deux fois la société est une aberration. Que les deux définitions ne concordent point est un comble. Cette définition récemment adoptée prévoit clairement, contrairement à celle maintenant proposée, la possibilité pour les sociétés d'avoir pour raison d'être la réalisation de bénéfices. On s'écarte du modèle traditionnel, mais ceci est à la rigueur défendable. Cette définition permet toutefois une lecture différente puisqu'elle n'exclut nullement la possibilité qu'une société exploite une entreprise dont la seule vocation serait la satisfaction des besoins sociaux des associés. Sous réserve de l'exploitation d'une entreprise commune, on se trouve à soutenir que la société peut être une association !

Le comble des combles est que nous risquons aussi de nous retrouver avec deux définitions non moins équivoques de l'association. En effet, le deuxième alinéa de l'article 2250 propose la définition suivante :

« Le contrat d'association est celui par lequel les parties conviennent par une telle mise en commun (de biens, de connaissances ou d'activités) de promouvoir des objectifs philanthropiques ou de satisfaire les besoins de leurs membres ou de tiers, sans toutefois avoir pour but d'exploiter une entreprise ou de rechercher le partage de bénéfices. »

Cette définition serait suffisante en soi. Malheureusement, l'article 327 C.C.Q. stipule :

« Les associations ont *généralement* vocation à satisfaire, par la mise en commun de biens, de connaissance ou d'activités, les besoins de leurs membres ou de tiers. Elles n'ont pas *habituellement* pour *objet essentiel* de réaliser des bénéfices, de les partager entre leurs membres, ni d'exploiter une entreprise. » (le souligné est ajouté)

Le cumul des exceptions par l'utilisation des mots « généralement », « habituellement » et « objet essentiel » a comme effet surprenant que pourrait être qualifié d'association un groupement qui, par la mise en commun de biens ou d'efforts, aurait pour objet essentiel de réaliser des bénéfices, de les partager entre les membres et d'exploiter une entreprise. Paradoxalement, cette fois, c'est l'association qui est définie comme une société.

Les concepts de société et d'association constituent la charnière de tout le régime juridique de ces deux institutions très différentes. Si l'ambiguïté à ce niveau était maintenue, de nombreuses difficultés d'interprétation sont à prévoir. Il ne faut surtout pas oublier que l'enjeu peut être important, la société ayant le plus souvent la personnalité morale quand l'association en est toujours privée.

3.2. *L'affectio societatis*

3.2.1. La problématique

Les éléments objectifs du contrat de société — la mise en commun d'apports, le partage des bénéfices et leur corollaire qui est le partage des pertes — ne suffisent pas toujours, à distinguer le contrat de société d'autres actes juridiques, comme l'association, la communauté de biens, l'indivision, le louage de services ou le mandat. La jurisprudence et la doctrine ont alors ajouté un critère subjectif indispensable : l'intention de participer à une société ou l'*affectio societatis*. Autant dire qu'il n'y a pas de société sans l'intention de s'associer ! Certains jugent cet élément inutile.¹⁸ En effet, on pourrait aussi bien dire qu'il n'y a pas de mandat sans intention de mandater et qu'il n'y a pas de vente sans intention de vendre. Ainsi exprimée, la notion se réduit à peu de choses. Elle rejoint la théorie des vices du consentement et les techniques d'interprétation.

La critique de l'*affectio societatis* est excessive. L'élément subjectif est composé de plusieurs éléments plus simples qui permettent de mieux comprendre le concept juridique de la société. La Cour suprême a scruté cet élément pour savoir s'il existait une société entre deux concubins. La Cour a décidé qu'il y a société :

[...] « lorsqu'il ressort de l'attitude des associés entre eux une collaboration active et consciente — ce qui distingue la société de l'indivision — sur un pied d'égalité — ce qui distingue le contrat de société du contrat de travail —, intéressée, c'est-à-dire en vue de partager des bénéfices. »¹⁹

18. « ... elle ne veut sans doute pas dire grand-chose, d'où l'emploi d'une expression latine », P. DIDIER, *Droit commercial*, Paris, t. 1, p. 311, rapporté par GUYON, *supra*, note 3, p. 125.

19. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra*, n. 8, p. 15. Voir aussi : PIC et KREHER, *Droit des sociétés commerciales*, T. 1, 3^e éd., Paris, 1940, n^o 72 s., p. 38 s.

Cette même idée a aussi été exprimée de manière différente à plusieurs reprises.²⁰ Depuis quelques années on a mis en évidence l'intention des associés de collaborer à une « entreprise commune ». La société est un contrat collectif²¹ caractérisé par une volonté d'union ou une convergence d'intérêts. Tous les associés ont intérêt à la bonne marche de la société alors que, dans les contrats synallagmatiques, les intérêts des contractants sont souvent opposés. Ainsi le vendeur souhaite vendre le plus cher possible et l'acheteur acheter au meilleur prix, mais tous les associés désirent la prospérité de la société.²²

L'intention de réaliser une œuvre dans un esprit de collaboration et d'égalité²³ est relative. Elle se retrouve avec une intensité différente dans les contrats de société. Ainsi, la relation entre les membres d'une société en nom collectif est très personnalisée et la structure juridique s'en ressent au niveau de la gestion, de la responsabilité des associés et des causes de dissolution. La société en nom collectif est vulnérable et sensible à tout changement de la situation personnelle des associés. Dans ce contrat, l'*intuitus personae* est à son apogée et l'*affectio societatis* est très intense. Cette intention se retrouve à des degrés différents dans les autres sociétés et son intensité diffère parfois d'une catégorie d'associés à l'autre à l'intérieur de la même forme juridique. Ainsi il n'existe aucune commune mesure entre l'attachement à l'entreprise commune d'un commandité et d'un commanditaire, bailleur de fonds pour des raisons de commodité fiscale. Rendu à ce niveau on peut sérieusement douter de la valeur réelle des deux concepts.

Le concept d'*affectio societatis* est utilitaire. Les tribunaux sont, en effet, amenés à scruter l'intention pour savoir si les parties sont associées, lorsque le contrat qui les lie doit être qualifié ou interprété. Cette recherche permet de pondérer les éléments positifs du test et d'opérer une synthèse qui présente l'ensemble de la relation de manière positive. Cette technique a été utilisée par la Cour suprême dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*. Le raisonnement de la Cour est éloquent :

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

20. Y. GUYON, *supra*, n. 3, p. 124 : « La théorie classique y voyait une collaboration, volontaire et active, intéressée et égalitaire. »

21. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte collectif*, Paris, L.G.D.J., 1961.

22. Y. GUYON, *supra*, n. 3, p. 124.

23. M. COIPEL, *supra*, n. 3, p. 94.

Je suis d'accord avec l'intimé que si l'apport de l'un est hors de proportion avec celui de l'autre le juge du fond doit en tenir compte et considérer que ce fait pèse grandement à l'encontre de l'existence de l'*affectio societatis*. »²⁴

3.2.2. La solution

Il est inutile que l'intention de s'associer soit explicitement retenue comme critère de qualification de la société. Cet élément subjectif n'est utile qu'en l'absence d'une présomption légale à l'effet que la société existe. Le régime de publicité retenu par l'Avant-projet va dans ce sens et c'est à juste titre que l'article 2310 rappelle que le contrat de société en participation, qui peut être écrit ou oral, peut s'inférer de faits manifestes indiquant l'intention de s'associer. Référer à l'intention est aussi justifié pour prouver, dans des circonstances analogues, le contrat d'association visé par l'article 2336. La langue ayant ses limites, on a été amené ici encore à utiliser « l'intention de s'associer ». Il est évident que l'intention n'est pas identique dans un contrat de société et un contrat d'association.

La recherche de l'intention sera encore utile dans le nouveau droit pour qualifier un contrat avant l'immatriculation de la société. Il est cependant difficile d'identifier le régime social appliqué à une telle société contractuelle qui ne jouit pas de la personnalité morale.

4. La personnalité morale

4.1. La problématique

La personnalité morale est l'attribution de droits et d'obligations à des sujets autres que les êtres humains.²⁵ La personnalité morale présente de nombreux avantages. Elle réunit les participants dans une structure organisée qui permet, le plus souvent, une prise de décision à la majorité plutôt qu'à l'unanimité. Elle est aussi indépendante de ses membres ; elle a son propre patrimoine et ses organes de représentation susceptibles de l'engager.

Deux théories principales expliquent le moyen d'acquérir la personnalité juridique. La théorie de la fiction et celle de la réalité.

La théorie de la fiction soutient que les personnes physiques sont les seuls véritables sujets de droits mais reconnaît que la loi peut accorder une

24. *Beaudoin-Daigneault c. Richard, supra*, n. 8, p. 16.

25. A. PERRAULT, *supra*, n. 3, p. 425.

personnalité juridique fictive à certains groupements.²⁶ L'article 352 C.c.B.-C. présente une illustration parfaite de cette approche et a pour effet que toutes les corporations jouissent explicitement de la personnalité morale par déclaration de la loi, avec toutes les conséquences découlant de cette reconnaissance.

La théorie de la réalité enseigne que la personnalité morale du groupe lui est spontanément conférée par la réunion des éléments favorables qui caractérisent la personne morale, soit la structure organisée et l'indépendance par rapport aux membres. Ainsi, un groupement organisé à but lucratif ou non acquiert spontanément la personnalité morale et jouit de ses avantages sans l'intervention directe ou indirecte de l'autorité publique.

Comme l'article 352 C.c.B.-C. ne vise que les corporations et que les articles relatifs aux sociétés n'attribuent pas expressément la personnalité morale à ces groupements, il était légitime de s'interroger sur leur régime juridique. Pour Mignault la réponse était évidente :

« ... J'ai également dit qu'il y a une autre classe de personnes morales (que les corporations), et j'ai spécialement nommé les sociétés. Je crois que, faisant abstraction des corporations, on peut considérer comme personnes morales les associations car ces associations ont un patrimoine distinct de celui qui appartient aux personnes qui les composent. Il n'est pas douteux que le patrimoine de la société est distinct de celui des associés (art. 1899)... Je dirais donc que toutes les sociétés sont des personnes morales, et je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard la société commerciale de la société civile, comme le font la plupart des auteurs en France. »²⁷

Le droit du Québec avait donc opté pour la théorie libérale de la réalité. Tout groupement qui réunit les conditions des articles 1830 et 1831 C.c.B.-C. et dont les membres sont animés par l'*affectio societatis* est une société et toute société a la personnalité morale. Jouit aussi de ce même privilège l'association contractuelle structurée et tout autre groupement analogue. Poussée à ses limites absurdes, cette théorie compromettrait la sécurité juridique puisque les groupements pourraient se faire et se défaire au gré du moment et en l'absence de toute publicité. Ce danger n'est toutefois qu'apparent puisque la théorie exige une structure évidente et un patrimoine propre qui, dans les faits, ne peuvent exister en dehors d'une extériorisation de la volonté.

La jurisprudence a évolué en marge de ce cadre juridique simple. Les tribunaux et les auteurs sont unanimes aujourd'hui à reconnaître la personnalité

26. *Id.*, p. 428.

27. P.-B. MIGNAULT, *supra*, n. 3, p. 186.

morale aux sociétés commerciales mais, faisant écho à une ancienne jurisprudence isolée,²⁸ les auteurs hésitent à reconnaître la personnalité morale aux sociétés civiles. Finalement, la doctrine nie la personnalité morale aux associations.²⁹

Dans notre droit actuel, la société commence à l'instant même du contrat, si une autre époque n'y est indiquée (1832 C.c.B.-C.). La déclaration de société qui doit être faite au bureau du protonotaire en vertu de l'article 1834 du Code et selon les conditions et modalités prescrites par la *Loi sur la déclaration des compagnies et des sociétés* est une mesure de publicité visant à protéger les tiers et non une condition de validité. L'omission de la remise de cette déclaration ne rend pas la société nulle nous dit l'alinéa 2 de l'article 1834 C.c.B.-C. Ceci est vrai même pour la société en commandite qui en l'absence de la publicité requise est traitée comme une société en nom collectif. La personnalité juridique est donc actuellement reconnue à la société indépendamment de la publicité requise. Celle-ci ne constitue qu'une présomption d'existence.

4.2. La solution

Le droit nouveau change fondamentalement les règles du jeu et mérite qu'on s'y attarde. Les articles 322 C.C.Q. et suivants précisent que l'immatriculation au registre des associations et entreprises peut seule conférer le statut de personne morale aux associations, sociétés ou autres groupements de droit privé. Par ailleurs, les personnes morales de droit privé doivent emprunter les formes juridiques que la loi exige pour conférer la personnalité juridique; elles se divisent principalement en associations et en sociétés. Ces personnes morales ont la personnalité juridique. Le législateur a donc abandonné explicitement la théorie de la réalité à la base de notre droit depuis le début et lui a préféré la certitude de la théorie de la fiction. Cette innovation est bienvenue.

L'Avant-projet applique ces principes au domaine des sociétés et des associations en créant un premier clivage entre les sociétés immatriculées qui jouissent de la personnalité morale depuis leur immatriculation et les associations et les sociétés non immatriculées qui demeurent valides mais sans bénéficier des avantages accordés par la personnalité juridique.

28. *Frenette c. Aqueduc St-Gilbert*, (1931) 69, C.S. 167: « Une société purement civile n'a pas d'existence juridique, distincte des membres qui la composent, et ne peut être assignée devant les tribunaux sous un nom collectif » (arrétiste).

29. V. cependant l'opinion défendue par M. FILION, *supra*, n. 14, p. 516 s.

L'article 2252 du projet précise que la société qui s'immatricule comme personne morale ne peut emprunter que la forme juridique de la société en nom collectif ou de la société en commandite tandis que celle qui n'est pas ainsi immatriculée constitue une société en participation. Le projet améliore le droit actuel des associés en nom collectif³⁰ et innove en précisant le régime de la société en participation et de l'association. L'initiative est louable et les dispositions proposées sont intéressantes.

5. Le règlement des différends entre associés

Les articles 2270 et 2290 de l'Avant-projet innovent en prévoyant une solution pour le règlement des différends, quant à la valeur des parts, pouvant naître entre les associés en nom collectif ou en commandite au moment du retrait de l'un d'eux. Cette possibilité n'est pas prévue dans le cas de la société en participation. L'initiative est heureuse mais son interprétation soulève des questions importantes.

Ces articles sont formulés ainsi :

« Lorsqu'un sociétaire cède sa part dans la société à un sociétaire ou à la société, ou que celle-ci la lui rachète, la valeur de cette part, si les parties ne s'entendent pas pour la fixer, est déterminée par une personne désignée par les parties ou, à défaut, le tribunal ». (le souligné est ajouté)

Cette disposition peut être comprise de deux façons différentes. Une première lecture permet de croire que le tiers sera chargé par les deux parties de compléter le contrat de cession en l'absence d'un différend préalable entre eux. Cette lecture supporte plusieurs variantes. La première serait à l'effet que le tribunal procédera à l'évaluation au cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre sur le nom du tiers. La deuxième ferait nommer ce tiers par le tribunal, en cas de désaccord sur sa personne entre les parties. Il est aussi permis de croire que le tribunal procédera à l'évaluation si, pour une raison quelconque, le tiers ne parvient pas à déterminer le prix.

Quelle que soit la proposition retenue, cette évaluation par le tiers relève de l'expertise obligatoire par un mandataire commun. Si l'une des parties ne respecte pas les obligations découlant de l'évaluation elle sera en situation d'inexécution du contrat. Pour sa part, l'expert ainsi désigné engagera sa responsabilité en cas d'erreur ou de négligence. C'est la solution retenue par l'article 1592 C.c.fr. pour la détermination du prix de la vente par un tiers.³¹

30. Notamment en ce qui concerne le traitement de l'apport en services.

31. « (le prix de vente) peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. » V. *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corp.*, C.A.Mtl, n° 09-000639-765, 17 novembre 1976, rapportée dans Reid et Ferland, *Code de Procédure Annoté*, p. 622 ; *Sport Maska Inc. c. Zittner*, (1988) 1 R.C.S. 564, infirmant (1985) C.A. 386.

Une deuxième lecture laisse croire, qu'en cas de *désaccord* entre les parties sur l'évaluation, elles procéderont à l'arbitrage obligatoire d'un tiers. Dans ce cas, le rôle éventuel des tribunaux sera nécessairement limité à nommer l'arbitre, en cas de désaccord sur sa personne. L'arbitrage est alors soumis aux dispositions de l'article 940 et s. du C.P.C. Au cas où l'une des parties refuse de donner suite à la décision, l'autre procédera par homologation. Dans tous les cas, l'arbitre ne sera tenu responsable qu'en cas de négligence grave assimilable à un dol.

Quelle que soit la solution retenue, cette disposition est, de toute évidence, supplétive et les parties pourront s'entendre pour déterminer le prix d'une manière différente.

Je favorise la solution de l'arbitrage. Celle-ci est conforme à la tendance actuelle visant à permettre aux gens d'affaires de régler leur différend en dehors des tribunaux. L'intention de l'Avant-projet n'est cependant pas claire et il faudrait revoir la rédaction des deux articles discutés.

L'Avant-projet est ambitieux mais surprenant. L'édifice juridique proposé est valable et, sauf des cas isolés,³² clarifie considérablement le droit actuel. Malheureusement, cette belle architecture repose sur des fondements très fragiles. Les définitions principales sont inacceptables et ne manqueront pas, si le texte est adopté dans sa version actuelle, de soulever des difficultés sérieuses.

32. V. à titre d'exemple la fin de l'art. 2318.