

La «société» en droit québécois

Donald A. RIENDEAU

Résumé

Depuis la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'immeuble Allard ltée et al.*, la question portant sur la nature véritable de la société en droit québécois a refait surface. La cour écartait définitivement la thèse de la société comme entité juridique et concluait à l'existence d'un droit de propriété indivis des associés sur les actifs de la société. Cette décision ayant été rendue sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, l'auteur s'interroge sur la portée de cette décision face aux nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*. Le refus du législateur de reconnaître une personnalité juridique à la société (à l'exception de la société par actions) viendrait-il appuyer la thèse de l'indivision? L'auteur ne le croit pas. L'introduction dans le *Code civil du Québec* de la notion de division du patrimoine permet d'écarter cette thèse et d'entrevoir dans la société une forme particulière de détention des biens. Toutefois l'auteur souligne la présence de certaines dispositions dans le *Code civil du Québec* qui ne sont pas totalement en accord avec cette théorie. Bien que non concluantes, ces dispositions laissent planer le doute sur l'intention véritable du législateur en cette matière et une intervention de ce dernier pour mettre fin à l'incertitude serait souhaitable.

La «société» en droit québécois

Donald A. RIENDEAU

1. NATURE VÉRITABLE DE LA SOCIÉTÉ SOUS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC	134
1.1 Dispositions du Code civil du Québec vs celles du Code civil du Bas Canada	135
1.1.1 Exigence d'un nom propre pour la société en nom collectif et pour la société en commandite (art. 2189 C.c.Q.)	136
1.1.2 Recours des créanciers sous le Code civil du Bas Canada (art. 1899 C.c.B.C.) et ceux sous le <i>Code civil du Québec</i> (art. 2221 C.c.Q.) . .	137
1.1.2.1 Analyse de l'article 1899 C.c.B.C.. .	137
1.1.2.2 Analyse de l'article 2221 C.c.Q. . .	139
1.1.3 Reconnaissance législative de la division du patrimoine et du patrimoine d'affectation (art. 2 et 2645 C.c.Q.)	140
2. LA COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION DES ARTICLES 1012 C.C.Q. ET SUIVANTS ET LA SOCIÉTÉ, INDIVISION D'UN TYPE PARTICULIER OU AUTRE MODALITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ . . .	141
2.1 Détention de biens en commun	142
2.2 La quote-part indivise et la part sociale.	143
2.2.1 Quote-part	143
2.2.2 La part sociale	144
2.2.2.1 La part sociale sous le Code civil du Bas Canada et le Code Napoléon . .	144

2.2.2.2	La part sociale sous le Code civil du Québec	148
2.3	Une modalité du droit de propriété	152
2.3.1	Rapport des associés entre eux	152
2.3.2	La société et les tiers	154
3.	OBSTACLES À LA THÉORIE DE LA DIVISION DU PATRIMOINE.	155
3.1	L'article 2207 C.c.Q.	156
3.2	Article 2211 C.c.Q.	159
	CONCLUSION.	161

Est-il possible qu'en l'an 2004, nous en soyons encore à discuter de cette question de la personnalité morale des sociétés en droit québécois? Le débat dure depuis plus d'un siècle. Alors que l'on pouvait croire la question à peu près réglée sous le *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.C.»), voilà que surgit de nouveau le débat en 1996 avec la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'Immeubles Allard ltée et al.*¹ (ci-après «arrêt Allard»). Bien que cette décision porte sur les dispositions du C.c.B.C., nous verrons son impact sur les dispositions du *Code civil du Québec* («C.c.Q.»).

En l'absence de dispositions expresses sur la personnalité des sociétés dans le C.c.B.C., pouvons-nous néanmoins y découvrir les éléments requis pour conclure à l'existence de cette personnalité? Cette recherche n'est pas un exercice purement théorique. En l'absence de réponse précise, il est impossible de cerner l'étendue des droits des associés à l'intérieur de cette institution et, notamment, leur rapport avec les biens mis en commun.

Chez les auteurs, tel Mignault, l'on reconnaissait à la société, tant civile que commerciale, une personnalité distincte de celle des associés, quoique moins étendue que celle de la corporation:

Je crois que, faisant abstraction des corporations, on peut considérer comme personne morale 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 dirai 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.²

La jurisprudence est également volumineuse sur cette question. Dès 1896, la Cour d'appel du Québec confirmait, dans une certaine mesure, l'existence de cette personnalité chez les sociétés commerciales (*Damien c. Société de prêt et de placement*)³.

1. [1996] R.J.Q. 1566.

2. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome 8, 1919, p. 186-187.

3. [1896] 3 R.D.J. 2.

Il faut toutefois remarquer que la question de la personnalité juridique de la société n'a été abordée que de façon accessoire par nos tribunaux jusqu'en 1996, soit jusqu'à l'arrêt *Allard*. Dans cette cause, après une étude exhaustive de la jurisprudence, la Cour d'appel mettait fin définitivement au débat et concluait à l'absence de personnalité juridique des sociétés sous l'ancien Code civil. Pour le juge Brossard, la société n'est pas une entité juridique. En conséquence, cette société ne pouvait, à titre d'exemple, détenir elle-même des biens. Lorsque l'on parle des «immeubles de la société» (art. 1851 C.c.B.C.) cela n'implique pas nécessairement la propriété de cette dernière:

il s'agit d'une façon abrégée de désigner les biens dont la propriété demeure entre les mains des associés. (p.1580)

De même, lorsqu'on parle des affaires de la société administrées par l'associé, en réalité cet associé le fait pour le compte des associés et non pour la société. Enfin, le juge Brossard en vient à la conclusion que la vente des «parts sociales» ne signifie pas autre chose que

[...] la vente d'une part indivise dans la propriété des actifs de sorte qu'il y avait un transfert réel de la moitié indivise de l'immeuble [...]. (p. 1581)

C'est ainsi que la cour était amenée à reconnaître la validité de l'imposition par la ville de droits de mutation lors du transfert d'une part sociale.

Mais la portée de cette décision ne se limitait pas à cette seule question fiscale: elle remettait en cause la nature véritable de la société, tant en vertu du *Code civil du Bas Canada* que du *Code civil du Québec*, comme nous le verrons en détail plus loin.

Tout ce débat sur la personnalité des sociétés aurait pu être évité avec la présence d'une disposition spécifique dans le *Code civil du Bas Canada*. Nous aurions souhaité que le nouveau Code civil clarifie la situation. De fait, l'Office de révision du Code civil avait clairement identifié le problème et proposait, comme solution, l'attribution expresse de la personnalité juridique aux sociétés. Cette proposition fut retenue dans trois projets de loi traitant de la réforme du Code civil, mais ces projets ne virent jamais le jour.

Entre l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991 et sa mise en vigueur en 1994, la position du législateur au sujet des sociétés a été modifiée substantiellement sous la pression, en particulier, des fiscalistes. En effet, dans la mesure où les sociétés seraient devenues des personnes morales, certains prétendaient que cela aurait automatiquement changé leur statut fiscal. Or, cette façon de voir a été fortement critiquée par plusieurs, car l'obstacle ne leur apparaissait pas insurmontable⁴. Malheureusement, le choix des tenants de «l'absence de personnalité» fut retenu par le législateur. C'est ainsi que, comme sous l'ancien Code, nous ne retrouvons aucune disposition dans le *Code civil du Québec* conférant une personnalité juridique à la société de personnes. En fait, nous avons maintenant une disposition qui prive expressément de cet attribut les sociétés de personnes autres que la société par actions (art. 2188, 2^e alinéa C.c.Q.). Certains ont tenté de se convaincre que ce renvoi aux sociétés par actions à l'article 2188 n'avait pas pour conséquence de dénier entièrement la personnalité morale aux sociétés en commandite et en nom collectif⁵ (art. 2186 à 2279 C.c.Q.). D'autres auteurs, tout en reconnaissant que les sociétés n'étaient pas des personnes morales, affirment que le législateur leur a conféré la personnalité juridique⁶: cette distinction nous apparaît trop subtile. Pour notre part, nous sommes d'avis que le débat est clos et l'absence de personnalité pour ces sociétés ne fait plus aucun doute.

Alors que la réforme du Code civil s'avérait le moment idéal pour clarifier la situation en accordant expressément la personnalité morale aux sociétés, il n'en fut rien. Nous sommes replongés dans l'incertitude qui existait sous l'ancien Code et il existe actuellement une grande confusion sur cette question, comme nous pourrions le constater à la lecture de certaines décisions de nos tribunaux.

Dans la cause *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et Décoration Côté Sud (St-Denis) inc.*⁷, le juge G.B. Maughan, après avoir cité l'arrêt *Allard*, en vient à la conclusion étonnante que le législateur n'a pas écarté, sous le nouveau Code,

4. Voir la critique de Charlaïne BOUCHARD, «La Réforme du Droit des sociétés: l'exemple de la personnalité morale», (1993) 34 C.A.D. 85-86.

5. Voir notamment les articles de M.-A. LABRECQUE, «Statuts juridiques des sociétés en vertu du *Code civil du Québec*», (1997) R. du N. 373.

6. D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 495.

7. [1999] R.J.Q. 3037.

le concept qu'une société est une personne et possède manifestement une personnalité juridique distincte de ses associés.

Par contre, dans l'arrêt *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc. et al.*⁸, le juge Frank G. Baraket déclare:

Également, il semble clair que, n'étant pas une personne morale et une personne distincte de ses associés, la société ne peut avoir ni détenir un bien en tant que propriétaire. (p. 14)

Pour le juge Baraket, la société ne peut même pas acquérir de biens sous le nom qu'elle déclare, faute de disposition légale à cet effet (page 13).

Enfin, dans la cause *Corporation des Maîtres-Électriciens du Québec c. Clément Jodoin Électrique Inc. et al.*⁹, la juge Suzanne Courteau, en s'appuyant sur le texte de M^e Charlaïne Bouchard, conclut à l'existence d'un patrimoine d'affectation et écarte le concept de la personnalité juridique de la société.

Ces trois décisions résument, en quelque sorte, les trois régimes juridiques possibles en présence: la société comme entité distincte, l'indivision et le patrimoine d'affectation. Il est intéressant de constater que la théorie mise de l'avant par M^e Charlaïne Bouchard semble, pour le moment, avoir la faveur de nos tribunaux en cette matière. Cette théorie n'est cependant pas sans faille comme nous aurons l'occasion de le souligner au cours de notre exposé.

Tout d'abord, nous essaierons de cerner la nature véritable de la société en partant de la prémisse qu'il ne s'agit pas d'une personne morale. Nous tenterons ensuite de concilier les dispositions du *Code civil du Québec* avec certains principes fondamentaux exprimés dans l'arrêt *Allard* tout en tenant compte du nouveau cadre juridique mis en place par le législateur en 1994.

1. NATURE VÉRITABLE DE LA SOCIÉTÉ SOUS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Il existe dans notre Code civil plusieurs groupements de personnes qui possèdent certains attributs de la personnalité juridique leur permettant d'agir comme un ensemble ou une collectivité sans pour autant être dotés nécessairement de la person-

8. C.S., n° 200-05-004938-960.

9. C.S. (Joliette), n° 705-05-001282-964.

nalité juridique complète. C'est le cas de la société en participation (art. 2250 C.c.Q.), de l'association non personnifiée (art. 2267 C.c.Q. et s.), de l'indivision (art. 1012 et s.), etc. Ainsi, même si le législateur a écarté la notion de personne morale pour la société (et nous nous référons ici tant à la société en nom collectif qu'à la société en commandite), on y retrouve néanmoins, comme sous l'ancien Code civil, de nombreuses dispositions traitant de l'organisation de cette institution en tant que groupement de personnes, ayant un but collectif et dotée d'une certaine autonomie. Par exemple, la société a un nom propre sous lequel elle agit (art. 2189 C.c.Q.), elle peut s'obliger et lier les tiers envers elle (art. 2208 C.c.Q.), ester en justice (art. 2225 C.c.Q.), etc. Comment, alors, caractériser cette institution dans la mesure où elle n'est pas une personne morale? A-t-elle une vie distincte de celle de ses membres ou associés, possède-t-elle des biens propres?

Nous avons déjà mentionné l'arrêt *Allard* dans lequel ces questions ont été analysées en profondeur à la lumière des dispositions de l'ancien Code civil. Malgré des attributs incontestables rattachés normalement à la personnalité juridique, la Cour d'appel du Québec a refusé de reconnaître cette personnalité à la société et conclut à l'existence d'un groupement ou d'une collectivité sans vie propre et entièrement rattaché à l'existence des associés. C'est ainsi que les biens de la société ont été caractérisés comme faisant partie d'une indivision dont les associés étaient les propriétaires.

Pouvons-nous, à la lumière des dispositions du nouveau *Code civil du Québec*, nous écarter de la thèse de l'indivision mise de l'avant par la Cour d'appel? Dans l'affirmative, quelle est la véritable structure mise en place par notre législateur en 1994? Pouvons-nous parler de patrimoine autonome ou d'affectation ou sommes-nous encore ramenés à l'indivision?

1.1 Dispositions du Code civil du Québec vs celles du Code civil du Bas Canada

Nous devons d'abord résoudre la question suivante. En l'absence de personnalité morale de la société, ne sommes-nous pas obligés de nous en remettre à l'arrêt *Allard* et de reconnaître que les biens mis en commun doivent nécessairement se trouver entre les mains des associés et accepter, comme régime juridique de détention des biens, l'indivision pure et simple entre les associés? Nous ne le croyons pas.

Il est vrai que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* des dispositions analogues à celles du *Code civil du Bas Canada* en matière de société. Toutefois nous avons noté la présence de nouvelles dispositions qui nous amènent à soutenir que le législateur a voulu modifier substantiellement le régime juridique des sociétés du Code civil. Nous examinerons ici les changements que nous croyons les plus pertinents.

1.1.1 Exigence d'un nom propre pour la société en nom collectif et pour la société en commandite (art. 2189 C.c.Q.)

Contrairement au régime des sociétés sous l'ancien Code, l'existence de la société en nom collectif tout comme celle de la société en commandite ne relève pas uniquement du domaine contractuel. L'article 2189 C.c.Q. prévoit expressément que la société en nom collectif ou en commandite «est formée sous un nom commun aux associés» et que, faute de se déclarer, elle est réputée être une société en participation. C'est donc par son nom et son immatriculation que la société en nom collectif et la société en commandite prennent véritablement naissance, du moins à l'égard des tiers. Une telle disposition n'existait pas dans l'ancien Code.

Également, cette référence du législateur à la société en participation est fort intéressante. Il ne fait pas de doute que dans une société en participation chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société ainsi que des autres biens acquis durant l'existence de la société (art. 2252 C.c.Q.). Selon le ministre de la Justice, cet article «énonce, à propos de la propriété des biens sociaux, des règles qui découlent naturellement du fait que la société en participation, contrairement à la société en nom collectif ou en commandite, ne dispose pas, à l'égard des tiers, d'un patrimoine distinct de celui des associés».

Certains trouveront dans ces commentaires du ministre un appui important à la thèse du «patrimoine distinct». Sans nécessairement en arriver à cette conclusion¹⁰, cela fait clairement ressortir que, sans nom et sans immatriculation, il n'existe pas comme tel de biens sociaux à l'égard des tiers. Ainsi aucun bien immeuble ne pourra être considéré (du moins vis-à-vis des tiers)

10. Il est difficile en effet de parler de «patrimoine distinct» dans la mesure où l'on ne reconnaît pas de personnalité juridique à la société. En cela, nous rejoignons la position exprimée par le juge Baraket dans la cause *Caisse populaire Laurier*, note 8, *supra*.

comme un bien de la société à moins d'être inscrit en son nom propre au registre foncier.

Bien que cette disposition nous indique l'intention du législateur de démarquer distinctivement les biens personnels de l'associé de ceux acquis dans le cadre des activités de la société, elle ne nous éclaire pas sur la forme ou la nature de la détention de l'associé sur ces biens.

1.1.2 Recours des créanciers sous le Code civil du Bas Canada (art. 1899 C.c.B.C.) et ceux sous le Code civil du Québec (art. 2221 C.c.Q.)

Il existe, selon nous, une différence importante entre les dispositions du *Code civil du Bas Canada* et celles du *Code civil du Québec* en ce qui a trait aux recours des créanciers de la société contre les biens sociaux, et la façon dont le passif de la société est traité par le législateur est très révélatrice de la nature exacte de l'actif de la société. Par exemple, dans la mesure où les créanciers de la société et ceux des associés peuvent exercer les mêmes recours contre les biens de la société, il est difficile alors de parler d'un patrimoine de la société distinct de celui des associés.

1.1.2.1 Analyse de l'article 1899 C.c.B.C.

À première vue, les dispositions de l'article 1899 C.c.B.C. semblent accorder beaucoup de poids à la théorie du patrimoine social distinct de celui des associés puisque les «biens de la société doivent être employés au paiement des créanciers de la société de préférence aux créanciers particuliers de chaque associé...». C'est l'opinion qu'exprimait le juge Rothman dans l'arrêt *Lalumière c. Moquin*¹¹. En se référant à l'article 1899 C.c.B.C., le juge déclare:

While a partnership does not have the same distinct legal personality as a corporation, it is, I believe, well established that the patrimony of a commercial partnership is distinct from the patrimonies of the individual partners. (p. 446)

Le juge Rothman pouvait effectivement s'appuyer sur les propos de plusieurs auteurs tels que H. Roch et R. Paré¹² auxquels il se réfère ainsi que Michael Wilhelmson¹³. Quant à la position de

11. [1995] R.D.J. 440.

12. H. ROCH et R. PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, p. 339.

13. «The Nature of the Quebec Partnership: Moral Person, Organized Indivision or Autonomous Patrimony?», (1992) *McGill Law Journal*, n° 37.

P.B. Mignault que cite le juge Rothman, celle-ci nous apparaît manquer de clarté. Dans son analyse de l'article 1899 C.c.B.C., Mignault souligne, après avoir déclaré que la société constitue une personne morale et qu'à ce titre elle a des créanciers et des débiteurs, que:

Il se peut ainsi que l'associé ait deux catégories de créanciers, ceux de la société et ses créanciers individuels.

De deux choses l'une, il s'agit soit de créanciers de la société soit des associés mais non des deux à la fois. On retrouve cette même ambiguïté dans cet autre passage de Mignault:

La société diffère également de la corporation. Bien qu'elle constitue un être moral, les associés s'obligent en même temps qu'ils obligent la société. Ils sont propriétaires de ses biens et leurs créanciers peuvent faire vendre leur part dans les biens de la société. Ces créanciers prendront rang après les créanciers de la société (art. 1899), mais ils ont un recours direct contre l'actif de la société.¹⁴

Nous savons que l'opinion du juge Rothman n'a pas été suivie par la Cour d'appel en 1996 dans l'arrêt *Allard*. Selon le juge Brossard, la théorie du patrimoine distinct de la société découlant de l'article 1899 C.c.B.C. ne pouvait être retenue puisque la société ne jouit pas de la personnalité juridique:

Mon argumentation est à l'effet premier que la société n'a pas de personnalité juridique distincte de celle des personnes qui la composent et que, par voie de conséquence, elle ne peut avoir un patrimoine distinct de celui des associés. (p.1575)

De plus, pour le juge Brossard, l'article 1899 C.c.B.C. doit être lu dans un contexte bien particulier, soit celui de la dissolution de la société, qui a ses origines dans la common law et, plus précisément, dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité:

Il me paraît discutable qu'une règle de common law applicable au cas de dissolution d'une société, visant la protection des créanciers ayant contracté avec la société, soit invoquée pour accréditer la théorie concernant le patrimoine distinct des sociétés alors que, tel que vu précédemment, le «partnership» de common law ne reconnaît pas ce concept. (p. 1575)

14. *Supra*, note 2, tome 2, p. 330-331.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point et de démontrer que l'absence de personnalité de la société ne fait aucunement obstacle à l'existence d'un patrimoine particulier de l'associé ou d'une portion de ce patrimoine spécialement réservé aux recours de certains créanciers.

1.1.2.2 Analyse de l'article 2221 C.c.Q.

Contrairement à l'article 1899 C.c.B.C., l'article 2221 C.c.Q. ne traite plus de dissolution de la société: il est donc maintenant difficile de prétendre que cet article est inspiré de la common law en matière de faillite et d'insolvabilité, comme l'affirmait le juge Brossard. L'article aura donc une portée plus générale. C'est l'avis exprimé par M^e Payette dans des notes préparées pour une communication au déjeuner-causerie du 19 mars 1997¹⁵. Selon lui, bien qu'il existe une grande similitude entre ces deux articles, l'article 1899 C.c.B.C. n'aurait d'application que dans le cas de dissolution de la société alors que l'article 2221 C.c.Q. est d'application plus générale.

Mais il existe d'autres différences beaucoup plus importantes entre ces deux articles. Ainsi, nous constatons que l'article 2221 C.c.Q. ne fait pas référence (contrairement à l'article 1899 C.c.B.C.) aux recours des créanciers personnels des associés contre les biens de la société, mais uniquement de leur priorité sur les biens des associés. Dans la mesure où le créancier personnel d'un associé est privé de recours contre les biens de la société (conclusion qui nous apparaît découler de cette disposition) il existe, de toute évidence, un cloisonnement entre ces deux types de biens, les biens sociaux étant le gage exclusif des créanciers de la société, et les biens personnels de l'associé, le gage commun tant des créanciers de la société que de ceux des associés, avec préférence en faveur de ces derniers. On voit alors poindre à l'horizon les théories, longuement débattues en droit français, du patrimoine d'affectation et de la division du patrimoine.

15. Les Sociétés en commandite, le *Code civil du Québec* et l'arrêt *Québec (Ville de) c. La Cie d'immeuble Allard ltée*, notes préparées pour une communication au déjeuner-causerie du 19 mars 1997, Association du Barreau canadien, Section droit des affaires et Section droit immobilier.

1.1.3 Reconnaissance législative de la division du patrimoine et du patrimoine d'affectation (art. 2 et 2645 C.c.Q.)

Sous l'ancien Code civil, le système juridique de la détention des biens était établi essentiellement en fonction de la personne. Toute personne était dotée d'un patrimoine et d'un seul, bien que l'on retrouvait dans le Code certaines exceptions à la règle de l'indivisibilité du patrimoine telles que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, l'envoi en possession des biens d'un absent, les biens faisant l'objet d'une substitution, etc. Quant au rattachement du patrimoine à une personne physique ou morale, il ne pouvait y avoir d'exception et la Cour d'appel le confirme clairement dans l'arrêt *Allard*. À ce sujet, le juge Brosard déclare:

Or, le droit de propriété est un attribut d'une personne et ne peut donc exister qu'en faveur d'une personne physique ou morale. (p. 1575)

Pour la Cour d'appel, comme la société n'est pas une personne morale, elle ne peut être dotée d'un patrimoine: pas de personne sans patrimoine et pas de patrimoine sans sujet (personne physique ou morale).

Un long débat a eu cours en Allemagne, en France ainsi qu'en Belgique sur ce qu'on appelle le «patrimoine d'affectation». Il s'agit d'un concept avec lequel nous sommes très peu familiers au Québec. Nous en avons trouvé une définition particulièrement intéressante dans un texte de Pierre Charbonneau, laquelle nous éclaire sur les deux formes possibles du patrimoine d'affectation. Voici comment il s'exprime à ce sujet:

Résultant de l'affectation de biens à une destination, à une fin, le patrimoine d'affectation peut se définir comme étant un ensemble actif et passif de biens, une universalité juridique, dont les éléments sont groupés en vue d'une affectation spéciale, ensemble ou universalité juridique existant au sein du patrimoine général d'une personne, voire même s'en détachant pour vivre de sa propre autonomie [...].¹⁶

16. «Le patrimoine d'affectation: vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine», (1983) 85 *R. du N.* 492-493.

Cette théorie a eu peu d'adeptes au Québec sous le régime de l'ancien Code civil, car le principe de l'unicité du patrimoine et son rattachement à une personne était solidement ancré. Or, voici qu'avec le nouveau Code civil l'existence d'un patrimoine d'affectation et le principe de la divisibilité de celui-ci sont clairement reconnus.

L'article 2 C.c.Q. prévoit expressément que le patrimoine peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice insiste sur le fait que cette division et cette affectation ne sont toutefois pas laissées à la seule discrétion des parties, ce qui aurait pu entraîner des abus et de la fraude: elles ne sont permises que dans les cas prévus par la loi. Les seules formes de patrimoines d'affectation complètement autonomes reconnues par la loi sont la fiducie et la fondation. La société ne tombe donc pas dans cette catégorie: elle ne peut être considérée comme un patrimoine autonome, sans sujet de droit. Il pourrait toutefois s'agir d'une sorte de division de patrimoine (ou patrimoine d'affectation non autonome): dans ce dernier cas, nous retrouvons un sujet de droit, une personne détentrice de droits et d'obligations mais dont le patrimoine est composé de biens de diverses catégories, certains étant le gage commun des créanciers et d'autres destinés à la garantie exclusive de certains créanciers.

On recherchera en vain dans le *Code civil du Québec* une disposition expresse à l'effet que la société serait un exemple de division de patrimoine permise par la loi. Nous verrons toutefois que cette notion découle naturellement d'une interprétation logique de certaines règles que l'on retrouve au chapitre sur les sociétés et, en particulier, de l'article 2221 C.c.Q.

Il nous faut donc refaire l'analyse de la structure de la société du code civil à la lumière de ces nouveaux principes édictés par le *Code civil du Québec*. Sommes-nous depuis 1994 devant une nouvelle forme de société, différente de celle identifiée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*?

2. LA COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION DES ARTICLES 1012 C.C.Q. ET SUIVANTS ET LA SOCIÉTÉ, INDIVISION D'UN TYPE PARTICULIER OU AUTRE MODALITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Il est malheureux que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Allard*, n'ait pas fait ressortir la distinction fondamentale, même sous

l'empire du *Code civil du Bas Canada*, entre l'indivision pure et simple et l'état dans lequel se retrouvent les associés à l'intérieur de la société. Aujourd'hui, avec le nouveau Code civil, cette distinction nous apparaît encore plus clairement. Bien qu'il existe des traits communs entre le régime de la société et celui de l'indivision, nous retrouvons dans la société des caractéristiques qui lui sont particulières et qui la distinguent de l'indivision proprement dite. En voici quelques exemples.

2.1 Détention de biens en commun

L'indivision est essentiellement un état des biens. Elle naît de l'acquisition (par succession ou autrement) d'un bien avec d'autres personnes. C'est un système centré sur le bien lui-même: pas de biens, pas d'indivision. Au contraire, la société prend naissance dès la signature du contrat de société (du moins entre les parties) et avant même que les biens soient mis en commun: chaque associé détient une part sociale même en l'absence d'actifs sociaux. À ce sujet, il est intéressant de noter que le législateur n'a pas repris dans le nouveau Code civil les dispositions de l'article 1893 C.c.B.C. prévoyant la dissolution de la société «par la perte de la chose» mise en commun. N'est-ce pas là une indication de la volonté du législateur de s'écarter davantage du concept de l'indivision en matière de société?

Également, on ne peut concevoir l'indivision sans la multiplicité de sujets. Or, la société, comme cela est prévu à l'article 2232 C.c.Q.¹⁷, peut subsister (pour une période de 120 jours) advenant la réunion des parts sociales dans les mains d'une même personne. Il est déjà difficile de concevoir qu'une personne puisse être associée avec elle-même (ce qui ne serait pas possible sans une disposition expresse dans la loi). Comment alors imaginer qu'une personne puisse détenir par elle-même un bien dans l'indivision?

Dans le cas de la société, il existe une plus grande flexibilité au niveau de l'élaboration des relations juridiques entre les associés puisqu'il s'agit davantage d'une relation personnelle que

17. L'article 2232 est de droit nouveau et il s'agit, selon nous, d'un changement majeur par rapport à l'ancien droit. Le ministre de la Justice, dans ses commentaires, souligne qu'il s'agit d'une «solution pragmatique qui vise à assurer la protection des tiers et des créanciers...». Or, c'est minimiser l'importance de ce changement. On a introduit ici une notion et une caractéristique de la société qui rend impossible son rapprochement avec l'indivision.

réelle. On ne retrouve pas cette flexibilité dans l'indivision, même conventionnelle: par exemple, les parties ne peuvent, dans leur convention, prévoir le maintien de l'indivision advenant la réunion des parts indivises entre les mains d'une même personne ou advenant la disparition du bien, ce qui irait à l'encontre même de la nature de l'indivision.

2.2 La quote-part indivise et la part sociale

La différence fondamentale entre l'indivision et la société réside essentiellement au niveau de la détention des droits de l'indivisaire à l'égard de sa quote-part et celle de l'associé à l'égard de sa part sociale.

2.2.1 Quote-part

Selon la définition même de la copropriété, qu'elle soit divisée ou indivise, le copropriétaire est «investi, privativement, d'une quote-part du droit de propriété» (art. 1010 C.c.Q.). Quant à la copropriété par indivision, l'article 1015 C.c.Q. prévoit que chacun des indivisaires a, relativement à sa part, les droits et obligations d'un propriétaire exclusif. Le copropriétaire peut aliéner ou hypothéquer sa quote-part et ses créanciers peuvent la saisir.

En réalité, et contrairement à ce que l'article 1015 C.c.Q. sous-entend, le droit de l'indivisaire dans une quote-part d'un bien indivis et son droit dans le bien lui-même se confondent. La quote-part n'est pas un droit comme tel. La quote-part n'est qu'un fractionnement du droit de propriété, une unité de mesure des intérêts de l'indivisaire dans la propriété du bien. Par exemple, hypothéquer sa part indivise dans un immeuble ou hypothéquer l'immeuble dans la proportion de ses droits s'équivalent. Il en découle nécessairement que, si les biens indivis se composent d'immeubles, l'hypothèque consentie par l'indivisaire sera une hypothèque de nature immobilière. D'ailleurs, l'indivisaire apparaît au registre foncier comme l'un des propriétaires de cet immeuble et sous son nom propre. Cette quote-part ou les intérêts de l'indivisaire dans les biens se trouvent alors exposés aux recours de tous ses créanciers sans distinction entre ceux ayant ou non un rapport avec l'immeuble détenu en indivision.

2.2.2 *La part sociale*

Rappelons d'abord que la part sociale se compose d'un ensemble de droits et d'obligations réciproques entre les associés; c'est cette part sociale qui permet à l'associé de recevoir une partie des profits réalisés par la société, qui l'oblige à une participation aux charges et qui lui donne droit éventuellement à une portion des fruits de la liquidation. Or, la part sociale est-elle de nature purement contractuelle, un droit personnel de l'associé en retour de son apport à la société ou bien, comme dans l'indivision, un droit de propriété dans les actifs de la société?

À première vue, il ne semble pas y avoir une grande différence entre la quote-part de l'indivisaire et la part sociale d'un associé. En effet, dans la mesure où l'on ne reconnaît point une personnalité propre à la société, les droits de l'associé dans sa part sociale et ses droits dans les actifs de la société ne se confondent-ils pas? Ainsi, comme dans l'indivision, la nature de chaque part devrait varier en fonction de la composition de l'actif social: elle serait mobilière ou immobilière selon que l'actif est composé de meubles ou d'immeubles, ou même de nature mixte si l'actif comprend à la fois des meubles et des immeubles.

Cette question a longuement été débattue sous l'ancien Code civil jusqu'à ce que l'arrêt *Allard* vienne y mettre fin. Il est toutefois intéressant de s'y arrêter quelques instants, car cette analyse pourra mettre en lumière certaines caractéristiques propres à la société sous le nouveau Code civil.

2.2.2.1 *La part sociale sous le Code civil du Bas Canada et le Code Napoléon*

L'article 387 C.c.B.C. (bien que cette disposition ne soit pas d'une très grande limpidité) décrétait que la part sociale était mobilière alors même que des immeubles étaient compris dans l'actif social. Cette proposition n'offrait pas de difficulté et semblait découler naturellement du principe alors généralement reconnu à l'effet que la société devait être considérée comme une entité légale distincte des associés. D'ailleurs, plusieurs voyaient en l'article 387 C.c.B.C. une reconnaissance par le législateur de cette personnalité légale de la société.

Telle était l'opinion exprimée par un grand nombre d'auteurs québécois et français dans leurs commentaires sur l'article 387

C.c.B.C. et son équivalent en droit français, l'article 529 C.N.¹⁸. Ainsi, Mignault affirmait:

Que l'action et l'intérêt soient meubles lorsque le fonds, le capital social est lui-même mobilier, rien de plus logique, rien de plus conforme à la théorie générale de notre code sur la classification du droit. Mais la loi ajoute que l'action et l'intérêt sont meubles, alors même que le fonds social est immobilier. Sa décision, dans ce cas, ne peut se comprendre et ne se justifie qu'au moyen d'une fiction. Les rédacteurs du code sont partis de cette idée: la société ou l'être collectif constitue une personne civile, morale, distincte de la personne des associés considérés individuellement. C'est à cette personne morale qu'appartient le capital qui constitue son avoir, son patrimoine propre.¹⁹

Il est frappant de constater combien les auteurs se sont écartés du but premier de cet article qui était de déclarer meuble la part sociale par détermination de la loi pour s'attarder davantage à ce qu'ils croyaient être son corollaire, soit la preuve de l'existence d'une personnalité morale de la société. Or, ce corollaire ne découle pas nécessairement de cet article et on peut même en arriver à la conclusion inverse. En effet, on peut argumenter que cet article est la preuve que les sociétés ne sont pas dotées d'une personnalité morale. Quel serait l'intérêt d'un tel article si, effectivement, la société était une personne morale? Si une telle personnalité existait, il irait de soi que la part de l'associé, comme celle de l'actionnaire, serait un bien meuble quelle que soit la composition de l'actif de la société ou de la corporation. C'est là l'interprétation que faisait la Cour d'appel de cet article, dans l'arrêt *Allard*.

Une telle position de la cour aurait dû nécessairement l'amener à assimiler la part sociale d'un associé à sa quote-part dans les actifs de la société, au même titre qu'un indivisaire. Or, à notre grande surprise, la cour déclare ne pouvoir repousser entièrement l'existence d'une part sociale considérée comme bien meuble, donc comme distinct de l'actif social:

[...] il (art. 387 C.c.B.C.) n'aurait plutôt pour effet que de rendre meuble la part sociale ou l'intérêt qu'a un associé dans une société, ce sous certaines conditions [...]. (p. 1572)

18. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité de la distinction des biens*, tome 1, n° 412; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 5, 4^e édition, n° 503.

19. *Supra*, note 2, tome 2, p. 440.

Comment parler d'une part sociale comme étant mobilière dans une société composée d'actifs immobiliers dans la mesure où l'on refuse de considérer la société comme un être distinct? Dans un tel cas, les droits de l'associé ne portent-ils pas directement sur les biens de la société comme dans l'indivision? Lorsque l'associé dispose de sa part sociale, il ne peut alors que poser un acte directement sur les biens de la société. De même, en saisissant la part sociale les créanciers saisissent du même coup les actifs de la société. D'ailleurs, c'est une conclusion à laquelle la cour en arrive:

[...] que l'immeuble ayant fait l'objet de la cession de Sam Wong et André Morisset à l'intimée demeurait la propriété des associés, que la vente des «parts sociales» détenues par Wong et Morisset ne signifiait pas autre chose que la vente de leurs parts indivises dans la propriété des actifs, et qu'il y a donc eu un transfert réel de la moitié indivise de l'immeuble social [...]. (p. 1581)

Ainsi, contrairement aux apparences, la cour ne semble pas assimiler complètement la part sociale à la quote-part de l'indivisaire en matière d'indivision. En d'autres termes, la cour n'écarte pas l'existence d'une part sociale distincte des droits de l'associé dans l'actif social mais sans s'expliquer plus clairement sur cette question.

En France, on était confronté à la même difficulté avec les dispositions de l'article 529 C.N. Comment, en effet, expliquer l'existence de cette part sociale en l'absence d'une personnalité attribuée à la société? Voici comment s'exprime Planiol sur cette question:

2259 – Assimilation du droit de l'associé à une créance –

En sommes-nous donc réduits à reconnaître que la décision de l'art. 529 ne peut s'expliquer que par la fiction de la personnalité des sociétés? Je ne pense pas. Du moment où l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts, on conçoit qu'il s'établisse entre eux des rapports de créance et d'obligation analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes. Ainsi, le droit de toucher individuellement les dividendes est de plus en plus traité en pratique comme une créance d'un genre particulier existant contre la société. Ainsi encore ce qu'on appelle sa part (action ou intérêt) figure dans son patrimoine personnel en même temps que dans le patrimoine social; c'est une valeur représentative de la part réelle et qui peut être aliénée par lui et saisie par ses créanciers. Devons-nous voir dans cette valeur un droit de propriété? Pas pour le moment. Ce sera un jour une propriété, lorsque la société

sera dissoute et que les ex-associés se partageront son actif; mais provisoirement, ce n'est qu'une créance: l'associé ou son auteur a déboursé une somme ou a cédé un bien quelconque pour la formation de la société; la restitution de cette valeur est due par la société, mais sans détermination précise; elle peut se faire en nature ou en argent. Le patrimoine personnel est donc créancier de la société, et, à raison de l'indétermination de son objet, qui est exprimé seulement par un chiffre, cette créance ne peut être que mobilière [...].²⁰

Cette explication de Planiol a été reprise par Louis Payette dans son traité (*Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, page 453, n° 1061). Voici comment il s'exprime sur cette question:

Le patrimoine de l'associé fait l'objet d'une division: son patrimoine propre et celui qu'il affecte à la société. Pour reprendre l'expression de Planiol, il s'établit entre ces deux patrimoines un rapport de créance et d'obligation analogue à celui qui existe entre deux personnes différentes. La part de l'associé figure dans son patrimoine personnel: il ne constitue pas un droit de propriété; il n'est qu'une créance contre l'autre patrimoine [...].

Comment peut-on parler de rapport de créance et d'obligation entre deux patrimoines sans leur reconnaître une autonomie complète, ce que ne semblent admettre ni Planiol ni Payette. Ainsi, malgré l'affirmation de Planiol à l'effet que l'article 529 C.N. pouvait s'expliquer sans recours à la fiction de la personnalité des sociétés, sa démonstration n'est pas entièrement satisfaisante. En effet, en l'absence de cette personnalité, qui, alors, est propriétaire des biens sociaux? Comment parler d'un droit de créance de l'associé en l'absence d'une personnalité morale de la société? Nous ne voyons pas comment l'associé peut détenir une créance sur des biens qui se retrouvent dans son patrimoine: il ne peut être à la fois débiteur et créancier de la même créance.

Est-il vraiment nécessaire de parler de créance d'un patrimoine contre un autre pour expliquer la nature de la part sociale? En fait, il faut retenir que le patrimoine de l'associé se divise en deux, ses biens personnels d'une part, gage commun de ses créanciers, et les biens spécialement affectés au but social, gage exclusif des créanciers de la société.

20. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, tome 1, 6^e édition, Paris 1866, n° 2259, p. 697.

Certains auteurs ont cru entrevoir une solution du côté de la notion de patrimoine autonome ou de patrimoine d'affectation. Ainsi, les auteurs Mongin et Saleilles, cités par Planiol, tentent une explication en se référant précisément au concept de l'affectation du patrimoine social. Voici ce que Planiol déclare à ce sujet:

On distingue chez les personnes associées deux sortes de patrimoine, leur patrimoine personnel et leur part dans le patrimoine social. Cette dernière, dit M. Saleilles, «est affectée à une destination exclusive, qui la soustrait au gage commun des créanciers». Elle est comprise dans le fonds social, qui est nécessairement soumis à un régime d'administration unitaire, et qui est en même temps soustrait, pour toute la durée de la société, aux demandes en partage des copropriétaires et aux poursuites de leurs créanciers... Ce que nous appelons «apport à une société», en considérant cet acte comme une aliénation au profit d'une personne fictive, se concevait alors comme une simple affectation, équivalant à une scission dans le patrimoine de l'associé et suffisante pour arrêter l'action de ses créanciers personnels.²¹

Cette théorie, selon Planiol, ne peut être retenue car elle vient à l'encontre des dispositions de l'article 529 C.N., lequel considère meuble la part de l'associé dans l'actif social. Pour lui, il y a là un obstacle insurmontable:

Cependant, il en est un que cette théorie ne paraît pas justifier complètement: c'est le caractère mobilier des parts d'associés, dans le cas où la société possède des immeubles. En effet, chacun d'eux continue à être lui-même et personnellement propriétaire de sa part dans l'actif social: il est donc propriétaire d'immeuble.²²

Nous allons voir maintenant si cet obstacle demeure, notamment avec l'avènement du nouveau Code civil.

2.2.2.2 *La part sociale sous le Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* n'a pas reproduit les dispositions de l'article 387 C.c.B.C., soit l'équivalent de l'article 529 C.N. Peut-on alors recourir à la théorie de Mongin et Saleilles pour tenter d'expliquer la nature exacte de la part sociale? Charlaïne Bouchard semble le croire et voici comment elle explique la naissance de la part sociale:

21. Voir note 20, p. 744.

22. Voir note 20, p. 744.

L'associé reçoit en contrepartie de l'apport qu'il effectue, une part sociale représentant ses intérêts dans la société. Le mécanisme de l'affectation de biens au but commun transforme donc le droit de l'associé, qu'il soit en propriété ou en jouissance, en droit personnel. L'affectation de biens au but commun a donc un pouvoir transformateur de droit, et nul besoin de recourir à la création d'un être moral pour expliquer le caractère mobilier de la part sociale.²³

Mais, si le bien a quitté le patrimoine de l'associé et que la société ne constitue pas une personne morale, où est donc passé ce bien?

Selon M^e Bouchard, la part sociale que l'associé reçoit en contrepartie de son apport ne lui fait pas perdre définitivement la propriété du bien mis en commun. Elle tente d'expliquer que le bien ne quitte pas de façon absolue le patrimoine de l'associé. On retrouverait donc, dans le patrimoine de l'associé, d'une part, un bien mobilier constitué de la part sociale, laquelle fait partie du patrimoine personnel de l'associé, gage de tous ses créanciers et, d'autre part, un droit de propriété (meuble ou immeuble, selon l'objet sur lequel il porte mais d'une nature particulière, comme nous le verrons plus loin) éventuel des biens sociaux.

C'est la «part sociale» qui permettra à l'associé de recevoir une partie des actifs de la société lors de sa dissolution. M^e Bouchard décrit la nature de ce lien comme étant une charge sur les biens sociaux:

La nature particulière de la part sociale est simplement la conséquence de l'incomplète autonomie du patrimoine social à l'égard de l'associé. En effet, bien qu'elle puisse constituer une garantie pour l'associé par le cloisonnement patrimonial qu'elle opère, l'autonomie patrimoniale existe surtout en faveur des tiers: «ni l'actif ni le passif social ne sont absolument distincts de l'actif et du passif de chacun des associés. On ne saurait oublier que l'actif initial de la société est composé de biens apportés à la société.» En fait, comme la part sociale permet à l'associé de reprendre son apport après le paiement des dettes sociales, l'affectation doit être considérée plutôt comme une charge imposée au bien que comme une véritable disposition. Le droit de l'associé sur son apport est simplement paralysé pour la durée de l'affectation. Après la liquidation, le bien réintégrera le patrimoine général de l'associé.²⁴

23. C. BOUCHARD, *Les cours de perfectionnement*, novembre 1996, *Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes*, p. 41.

24. *Supra*, note 23, p. 41 et 42.

Pendant la durée de la société, nous serions en présence d'une sorte de propriété collective qui n'a rien à voir avec l'indivision classique.

La propriété collective est une copropriété sans part, dotée comme la personne morale d'une autonomie patrimoniale... La société de personnes constitue donc une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être individuellement propriétaire des biens affectés en tout ou en partie. La question qui se pose alors est: comment concilier le fait que tous les copropriétaires soient sujets de droit mais qu'aucun d'entre eux ne soit propriétaire individuellement?²⁵

Ainsi, il est parfois question de patrimoine autonome, parfois de biens sans maître et parfois de propriété collective. On cherchera en vain une définition de la propriété collective dans le *Code civil du Québec*: il s'agirait, selon Charlaïne Bouchard et Nabil Antaki, de biens appartenant à plusieurs sans appartenir à aucun des associés individuellement. Voilà, à notre avis, un concept bien ambigu.

Enfin M^e Bouchard précise que les biens compris dans ce patrimoine seraient grevés d'une charge permettant à l'associé de reprendre le bien qu'il y a apporté lors de la création de la société ou d'y exercer un contrôle absolu après la liquidation de la société.

Nous sommes confrontés ici à deux obstacles majeurs face à cette théorie.

D'une part, comme nous l'avons déjà souligné, l'existence d'un patrimoine autonome dans le cas de la société n'est pas expressément prévue dans la loi. Si certaines dispositions du code nous permettent de conclure à la reconnaissance d'une division de patrimoine en matière de société, il n'y a rien d'aussi évident au niveau du patrimoine d'affectation proprement dit.

D'autre part, de quelle disposition législative M^e Bouchard peut-elle tirer cette conclusion à l'effet que l'associé aurait un droit de reprendre son apport lors de la liquidation? Elle affirme que cette conclusion découle des dispositions de l'article 1324 C.c.Q. Or, cet article ne traite aucunement de cette question. Avait-elle à l'esprit les dispositions des articles 2265 et 2266 C.c.Q.? En effet,

25. N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droits et pratiques de l'entreprise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 399 et 400.

l'article 2265 C.c.Q. accorde à l'associé le «droit d'obtenir la restitution des biens correspondant à la part dont il a la propriété et d'exiger l'attribution en nature ou en équivalent, des biens dont il a la propriété indivise dans la société, au moment où le contrat prend fin...». Comme le précise le ministre de la Justice dans ses commentaires, cet article reconnaît le droit de chaque associé de demander la restitution des biens dont il a la propriété exclusive. Cela se comprend aisément pour un associé dans une société en participation puisque, dans ce cas, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport (art. 2252 C.c.Q.). Il est donc logique dans un tel cas qu'il puisse reprendre son bien à la fin du contrat de société²⁶.

Pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, il faut plutôt regarder les articles 358 à 364 C.c.Q. auxquels réfère l'article 2235 C.c.Q. Ainsi, l'article 361 C.c.Q. parle de remboursement des apports par le liquidateur une fois les dettes payées. Mais cette disposition ne saurait s'appliquer à l'apport d'un bien dont la propriété elle-même est transférée à la société car cela voudrait dire que la société ne pourrait disposer définitivement et irrévocablement de ce bien, lequel serait grevé d'une espèce de droit de retour en faveur de l'associé qui a fait cet apport. Il n'y a rien de tel de prévu dans la loi. Par contre, on comprendra facilement que l'associé qui n'a apporté à la société que la jouissance d'un bien puisse à la fin de la société reprendre cette jouissance dont il ne s'est départi que temporairement. De même, la loi précise (art. 2199, al. 3) que l'apport en jouissance de biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société transfère la propriété des biens à la société, à la charge pour celle-ci, d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur²⁷.

Signalons enfin que la thèse de Me Bouchard ne trouverait d'application que pour les apports faits par les associés et non pour les autres biens sociaux acquis durant l'existence de la société.

Ainsi nous ne pouvons endosser entièrement la thèse de Me Bouchard. Toutefois son analyse a le mérite de faire ressortir certains éléments propres à la société et qui la distingue de l'indi-

26. On notera que les commentaires du ministre ne sont pas entièrement en accord avec le libellé de l'article, lequel traite «des biens correspondant à la part dont il a la propriété» et non pas «des biens dont il a la propriété».

27. Voir au même effet D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *supra*, note 6, p. 552 et 553.

vision. Mais, alors, si la société n'est pas une indivision, comment caractériser cette institution juridique?

2.3 Une modalité du droit de propriété

Bien qu'il n'y ait pas unanimité sur la nature exacte des rapports entre l'associé et les biens de la société, l'on doit reconnaître, malgré l'arrêt *Allard*, qu'il ne s'agit pas de droits indivis au sens courant du terme.

Le droit de propriété de l'associé sur les actifs de la société ne possède pas le caractère «exclusif» ou «privatif» souligné plus haut au sujet de la quote-part en matière d'indivision. L'associé ne peut seul poser d'actes à l'égard des actifs de la société (à l'exception des bénéfices): les associés doivent agir ensemble et tout se passe comme si les biens appartenaient à la collectivité alors que cette dernière se trouve dépourvue de personnalité légale. C'est ce qui amène le constat suivant de M^e Bouchard:

La difficulté est alors d'expliquer comment une pluralité de personnes peut jouir collectivement d'un patrimoine autonome sans constituer ni une indivision ni une personne morale.²⁸

En effet la société donne naissance à une forme de détention qui ne s'identifie à aucune des modalités du droit de propriété mentionnées dans le Code civil. Selon nous, les biens de la société sont l'objet d'une forme spéciale de détention des biens ou, comme l'affirme M^e Bouchard:

Cette structure juridique se distingue tant de l'indivision que de la personnalité morale; il s'agit, en fait, d'une autre modalité de la propriété, à l'orée des deux précédentes.²⁹

Afin de mieux saisir la nature exacte de cette modalité particulière du droit de propriété, il faut examiner d'une part les rapports des associés entre eux et leurs rapports avec les tiers.

2.3.1 Rapport des associés entre eux

Entre les associés tout se passe au niveau de la part sociale. À cet égard, les droits des associés sont semblables à ceux des indivisaires: ils sont propriétaires exclusifs et privatifs de cette part.

28. *Supra*, note 23, p. 41.

29. *Supra*, note 23, p. 42.

Il existe toutefois une différence fondamentale entre la quote-part de l'indivisaire et la part sociale de l'associé. Comme nous l'avons souligné plus haut, l'acte posé par l'indivisaire à l'égard de sa quote-part équivaut à un acte posé sur le bien lui-même. Tel n'est pas le cas pour la part sociale. Par exemple, la cession d'une part sociale ne signifie pas un transfert d'une part dans les actifs sociaux, du moins vis-à-vis des tiers. S'il y a transfert d'une part sociale, cette transaction est de nature mobilière (même si les actifs de la société comprennent des immeubles) et ne requiert aucunement l'observation des règles de publicité ayant trait aux immeubles: seule une inscription au registre spécial établi en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises, des sociétés et des personnes morales* (ci-après le «registre de l'Inspecteur général») est requise. Cette transaction ne sera pas notée au registre foncier, l'immeuble demeurant inscrit au nom de la société. Également, l'acte posé par un associé au niveau de sa part sociale (vente, hypothèque, etc.) n'aura aucun effet sur l'actif de la société: les tiers, tels les créanciers détenant une hypothèque sur les actifs de la société, ne seront aucunement affectés.

Cette structure ressemble étrangement à celle que les promoteurs immobiliers vont parfois choisir pour éviter les inconvénients inhérents à la copropriété indivise. Nous voulons parler ici de la détention d'immeubles par le truchement d'une corporation prête-nom qui apparaît comme propriétaire inscrit au registre foncier et dont les actions sont détenues par les promoteurs. Généralement ces derniers signeront une entente pour régir les droits et obligations de chacun, entente qui est parfois qualifiée de convention de copropriété bien qu'en réalité cette copropriété n'a d'effet qu'entre les parties et non à l'égard des tiers. À toutes fins utiles, l'actif de chaque promoteur est constitué de droits résultant de la convention dite de copropriété et d'actions dans la corporation prête-nom: il s'agit donc de droits mobiliers que chacun peut hypothéquer ou céder à sa guise. Par contre, si on désire céder l'immeuble ou l'hypothéquer, il faudra nécessairement passer par la corporation prête-nom et toute décision à cet égard sera prise par les promoteurs à titre d'actionnaires ou d'administrateurs de cette corporation et non comme copropriétaires indivis non inscrits de l'immeuble.

Ainsi, le double régime que nous croyons retrouver dans le domaine des sociétés, soit l'un régissant les rapports entre les

associés et l'autre leurs rapports avec les tiers, n'a rien de spectaculaire et d'inusité.

2.3.2 La société et les tiers

À l'égard des tiers, la société se comporte comme une entité juridique distincte. Ainsi les actifs sociaux sont détenus sous un nom qui lui est propre et non pas sous le nom de chaque associé. Il n'y a aucune nécessité (il y a même une impossibilité) de tenir compte, par une inscription au registre foncier ou autrement, des changements qui peuvent survenir au niveau des associés: une transmission d'une part sociale n'entraîne pas, à l'égard des tiers, un transfert de propriété des actifs sociaux. Dans ces circonstances, l'arrêt *Allard* n'aurait jamais existé puisqu'en l'absence d'inscription des transactions survenues entre les associés, aucun droit de mutation n'aurait été dû (art. 6 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1).

Ainsi, lorsqu'on désire acquérir un immeuble inscrit au nom d'une société, il n'y a pas lieu de rechercher au registre foncier toutes les transactions ayant pu s'opérer sur les parts sociales depuis la création de la société: elles n'y figurent pas et ne devraient pas s'y retrouver puisqu'il ne s'agit pas d'actes qui intéressent les tiers. Il faudra simplement s'assurer, par une vérification du registre de l'Inspecteur général, que les associés avec lesquels l'on désire traiter sont bien ceux dont le nom apparaît au registre à cette date précise. De plus, en raison de la présomption d'exactitude des renseignements contenus dans la déclaration de la société et dans la déclaration modificative (cette dernière étant requise lorsqu'il se produit, par exemple, un changement d'associé), il n'est pas requis de retracer la chaîne de titres de la part sociale depuis la formation de la société.

N'oublions pas, cependant, que la société n'est pas une personne morale et que nous ne sommes pas non plus en présence d'un patrimoine autonome ou d'un patrimoine de la société, distinct de celui des associés. Donc, les actifs sociaux et la part sociale doivent nécessairement se retrouver dans le patrimoine de chaque associé. Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, ces biens ne sont pas régis par les mêmes règles juridiques. La part sociale relève du domaine exclusif de l'associé: l'associé peut en disposer et ses créanciers peuvent la saisir. Quant aux actifs sociaux, ils ne peuvent être considérés comme la propriété exclu-

sive des associés mais plutôt comme une copropriété indivise d'un type particulier car non inscrite en son nom ou une modalité particulière du droit de propriété: l'associé ne peut seul traiter avec ces biens. Tout se passe comme si le patrimoine de l'associé était fractionné en deux parties, l'une composée de la part sociale et l'autre des actifs sociaux.

Bien qu'il n'existe pas de disposition expresse dans le Code civil confirmant une telle division du patrimoine en matière de société, cela nous semble découler logiquement de l'article 2221 C.c.Q., lequel prévoit un double régime en matière de recours des créanciers de la société et de ceux des associés.

Nous sommes également d'avis que cette division du patrimoine ou cette modalité particulière du droit de propriété continue d'exister même dans le cas prévu à l'article 2232 C.c.Q. où l'associé se retrouve temporairement le seul membre de la société. Comment pouvons-nous alors parler d'indivision? Celle-ci présuppose nécessairement la présence de plusieurs personnes. En fait les biens sociaux, durant cette période, demeurent dans une catégorie distincte du patrimoine de l'associé: ils ne peuvent être considérés comme sa propriété absolue et ne peuvent se confondre avec les autres actifs de son patrimoine.

3. OBSTACLES À LA THÉORIE DE LA DIVISION DU PATRIMOINE

Dans notre exposé, nous avons souligné la présence dans le *Code civil du Québec* de certaines dispositions nous permettant de nous éloigner de la théorie retenue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*. Nous croyons qu'il faut absolument nous éloigner de cet arrêt en raison des conséquences désastreuses découlant de son application.

Peut-on, par exemple, imaginer la situation dans laquelle nous serions plongés si les commanditaires devaient être considérés comme propriétaires des immeubles compris dans l'actif de la société? Toutes les transactions sur les parts sociales devraient alors être inscrites au registre foncier: il pourrait en résulter des milliers d'inscriptions puisque certaines sociétés en commandite comprennent des centaines de commanditaires.

Comment également, dans un tel régime, considérer la part sociale du commanditaire comme un titre négociable tel qu'il est

prévu à l'article 2237 C.c.Q.? C'est ce que faisait remarquer Louis Payette:

L'application de cet arrêt (c'est-à-dire l'arrêt *Allard*) aux sociétés en commandite sous le nouveau Code aurait certes pour effet d'empêcher qu'une part sociale soit un «titre négociable». En effet, un titre négociable est un titre qui se négocie «par endossement et délivrance ou par délivrance seulement» (art. 2709 C.c.Q.). Une part sociale d'une société en commandite titulaire de droits immobiliers, dont la cession ne deviendrait parfaite que par une inscription dans les registres appropriés dans les bureaux de la publicité des droits fonciers, ne serait pas un titre négociable. Elle ne serait pas une valeur mobilière.³⁰

La théorie de la division du patrimoine n'entraîne pas de telles conséquences. Nous devons cependant admettre que certaines dispositions du Code civil ne sont pas parfaitement en accord avec cette théorie.

3.1 L'article 2207 C.c.Q.

C'est ainsi que nous ne pouvons passer sous silence les dispositions de l'article 2207 C.c.Q. lequel traite des créances de la société. En principe, selon notre théorie, un associé seul n'aurait aucun contrôle sur cette créance. Or, cet article (lequel est la reproduction textuelle de l'article 1844 C.c.B.C.) prévoit ceci:

Lorsque l'un des associés a reçu sa part entière d'une créance de la société et que le débiteur devient insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la société ce qu'il a reçu, encore qu'il ait donné quittance pour sa part.

Selon la Cour d'appel, dans l'arrêt *Allard* (page 1580), cet article indique clairement que l'associé a un droit direct dans la créance qui est due à la société. Le paiement fait à l'associé de sa part de la créance serait valable: si ce n'était pas le cas, le législateur aurait plutôt parlé de répétition de l'indu et obligé l'associé à rapporter ce qu'il a reçu dans tous les cas et non seulement s'il y a insolvabilité du débiteur. La créance serait donc la propriété indivise de chaque associé et, comme l'affirment Beaudry-Lacantinerie et Albert Wahl:

On peut tirer un argument semblable de l'article 1849, qui oblige l'associé auquel aurait été payée, par le débiteur devenu depuis

30. *Supra*, note 15, p. 43 et 44.

insolvable, sa part entière dans la créance commune, de rapporter cette part à la société; ce texte suppose ainsi la validité du paiement, fait à l'associé, de sa part dans la créance et ne permet pas aux autres créanciers du débiteur insolvable d'exercer contre lui la répétition de l'indû et de concourir avec la société sur la somme payée à l'associé. Si le paiement fait à l'associé est valable, c'est évidemment que l'associé a un droit personnel à faire valoir la créance pour sa part.³¹

D'ailleurs, pour la Cour d'appel, l'article 1844 C.c.B.C. est un autre argument confirmant l'absence de personnalité de la société. C'est ce qu'affirmait également Laurent dans un exposé sur l'article 1849 du Code Napoléon (l'équivalent des articles 1844 C.c.B.C. et 2207 C.c.Q.). Voici ce qu'il déclare à ce sujet:

Tant que dure la société, dit DuVergier, chaque associé n'a point une part distincte dans les créances sociales. Cela suppose que la créance appartient à la société, considérée comme un être moral. C'est la société, dit Troplong, qui est propriétaire de la créance; ce que l'associé reçoit de la créance sociale n'était pas à lui, mais à la société: les deniers, en passant par ses mains sont tombés forcément dans celles de la société; il en a été le ministre malgré lui, il a agi pour elle, alors qu'il croyait n'agir que dans son intérêt individuel. Il est inutile de combattre cette interprétation, nous la signalons comme une erreur, à notre avis, évidente. L'article 1849, loin de consacrer l'opinion qui personnifie la société civile, témoigne contre ceux qui l'invoquent, car on ne peut pas séparer cette disposition de l'explication que Pothier en donne, il n'y a pas un mot dans Pothier qui ait trait à la personnification; au contraire, ce qu'il dit implique que les créances sociales se divisent et qu'elles appartiennent à chaque associé pour sa part; et le texte de l'article 1849 le dit en toutes lettres, puisqu'il prévoit le cas où l'associé aurait donné quittance pour sa part. Les auteurs oublient donc le texte de la loi, et ne tiennent aucun compte de son esprit.³²

Comme l'explique Laurent, les auteurs DuVergier et Troplong oublient le texte même de l'article 1849 C.N. Cet article serait en effet inutile dans la mesure où la créance appartiendrait effectivement à la société. Puisqu'il s'agit d'une créance de la société, cette obligation pour l'associé de remettre à la société ce qu'il a reçu d'un débiteur de la société devrait exister dans tous les cas et non seulement s'il y a insolvabilité du débiteur.

31. *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édition, tome 23, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1907, p. 12.

32. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 26, 4^e édition, Paris 1884, p. 278.

Il est intéressant de noter que malgré les dispositions assez claires de l'article 1844 C.c.B.C. la Cour supérieure, dans la cause *Papineau c. Théroux*³³, avait conclu qu'un créancier personnel d'un associé ne pouvait saisir une créance due à la société, que la cession d'une part sociale n'avait pas transféré une part indivise dans les biens de la société et que seulement lors du partage il y aurait transfert des biens sociaux à l'associé (voir également dans le même sens *Caisse Populaire c. Couture*³⁴). Or, cette décision ne fait malheureusement plus autorité puisqu'elle repose en grande partie sur le principe de la société comme entité distincte des associés, principe qui a été clairement écarté cent ans plus tard par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*.

Force nous est de reconnaître qu'à sa face même, l'article 1844 C.c.B.C., ou son équivalent dans le nouveau Code (art. 2207 C.c.Q.), constitue un obstacle sérieux à la théorie de la division du patrimoine de l'associé: selon cette théorie, cette créance de la société visée par l'article 1844 C.c.B.C. devrait être considérée comme une créance de la collectivité, ou comme une créance comprise dans le patrimoine spécialisé de l'associé et non dans son patrimoine ordinaire, gage général de tous ses créanciers. Ce n'est pas ce que semble prévoir cet article.

Or, nous croyons qu'une interprétation aussi restrictive des dispositions de l'article 1844 C.c.B.C., comme celle retenue par la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard*, peut entraîner un préjudice sérieux aux créanciers de la société. Une partie de l'actif qu'ils croyaient leur être spécialement consacrée serait comprise dans l'actif général de l'associé: les créanciers de la société se retrouveraient en concurrence avec les créanciers ordinaires de l'associé à l'égard de cette créance de la société. N'y a-t-il pas là une contradiction entre les dispositions de l'article 2207 et celles de l'article 2221 C.c.Q.? En effet, nous avons vu que, selon les dispositions de cet article 2221, les créanciers de la société se voyaient conférer un droit exclusif sur les biens de la société (y compris la créance en question) à l'encontre des créanciers ordinaires de l'associé.

Quel sens donner alors à l'article 2207 C.c.Q.? Il faut, selon nous, regarder cette disposition comme une exception à la règle

33. (1889) 16 *Québec Law Reports* 4.

34. [1983] C.P. 149.

générale à l'effet que les actifs sociaux ne font pas généralement partie du domaine exclusif du patrimoine de l'associé. Le législateur aurait fait exception à cette règle en ce qui a trait aux créances de la société. Cette exception peut se justifier: dans la mesure où chaque associé reçoit du débiteur une portion de la créance égale à sa part sociale, aucun associé ne peut s'en plaindre. Ainsi, nous croyons que, dans la mesure où le paiement d'une partie de la créance fait directement à un associé causerait un préjudice aux créanciers de la société, ceux-ci pourraient, en invoquant les dispositions de l'article 2221 C.c.Q., prétendre avoir un droit exclusif sur cette créance à l'encontre des créanciers d'un associé.

3.2 Article 2211 C.c.Q.

Selon notre théorie, un associé ne peut seul poser un acte à l'égard des actifs sociaux. Comment alors expliquer les dispositions de l'article 2211 C.c.Q. selon lesquelles «la part d'un associé dans l'actif ou les bénéfices de la société peuvent faire l'objet d'une hypothèque...»? Nous reconnaissons que l'associé puisse hypothéquer sa part des bénéfices de la société puisque ceux-ci lui appartiennent en propre. Mais nous ne pouvons accepter qu'il puisse grever l'actif de la société puisqu'il ne peut poser d'acte sur l'actif qu'en agissant en commun avec les autres associés: l'associé n'a de contrôle réel que sur sa part sociale.

Il faut d'abord distinguer entre les dispositions de l'article 2209 C.c.Q. traitant de la part de l'associé dans la société et celles de l'article 2211 C.c.Q. où l'on vise plutôt la part de l'associé dans l'actif social. Il s'agit, selon nous, de deux concepts bien distincts mais tous ne font pas cette distinction³⁵ y compris le ministre de la Justice dans ses commentaires sur l'article 2211 C.c.Q.³⁶. Pour lui, la part dans l'actif et la part dans la société s'équivalent. C'est ce qui ressort de ses commentaires sous l'article 2211 C.c.Q.:

Cet article est de droit nouveau. Il reflète l'ouverture désormais créée par le droit des sûretés en faveur de la constitution d'hypothèques mobilières, en permettant à tout associé d'hypothéquer sa part sociale pour la garantie de ses obligations. L'article apporte

35. Voir l'analyse de Denys-Claude LAMONTAGNE et al., *supra*, note 6, p. 530.

36. Louis Payette parle également de l'hypothèque sur la part sociale dans ses commentaires sous l'article 2211 C.c.Q., *Les Sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 454.

cependant une distinction entre l'hypothèque de la part dans l'actif de la société et celle dans les bénéfices de celle-ci [...].
(les soulignés sont de nous)

Or, quoi qu'en dise le ministre de la Justice, l'article 2211 C.c.Q. ne vise pas la part sociale ou la part de l'associé dans la société. Il en est plutôt question aux articles 2209 et 2210 C.c.Q. Le ministre a toutefois raison de souligner la possibilité pour l'associé d'hypothéquer sa part sociale, mais ce n'est pas de cela que traite l'article 2211 C.c.Q.

Si l'on prend l'article 2211 C.c.Q. à la lettre³⁷, cela signifie qu'un associé, tout comme l'indivisaire, peut poser des actes directement contre un bien de la société (quoique dans certains cas le consentement de tous les associés soit requis) et non seulement contre sa part sociale. Or, une telle interprétation soulève de nombreuses difficultés. Par exemple, devrait-on inscrire au registre foncier le nom de chaque associé comme propriétaire des immeubles de la société? En effet, comment un associé peut-il conférer une hypothèque sur une part de l'actif si cet actif n'est pas inscrit en son nom? Pour nous, il ne fait aucun doute que les actifs, y compris les immeubles mis en commun par les associés, doivent être inscrits sous le nom commun que les associés se sont donné. Ainsi en l'absence d'une inscription sous son nom propre, un associé ne pourrait seul hypothéquer un actif de la société ni une part de celui-ci.

Alors quel sens donner aux dispositions de l'article 2211 C.c.Q.? Nous croyons que la solution se trouve dans le texte même de cet article. En effet, on y prévoit que l'hypothèque «sur la part de l'associé dans l'actif n'est possible que si les autres associés y consentent...». À notre avis, tout repose sur la portée juridique de ce consentement accordé par les coassociés. En acceptant qu'un tel acte soit posé par un associé, tout se passe comme si la société (ou les associés en tant que collectivité et agissant au nom de la société), permettait qu'une part indivise d'un bien de la société soit hypothéquée en faveur du créancier de l'un des associés. Ainsi, advenant un défaut en vertu de l'acte constatant l'hypothèque ainsi consentie, le créancier, ou un tiers, par suite de l'exercice d'un recours hypothécaire, deviendrait copropriétaire du

37. Certains prétendront qu'il s'agit d'une rédaction boiteuse et qu'en réalité, le législateur visait l'hypothèque sur la part sociale et non sur les actifs eux-mêmes.

bien, mais non pas un «associé» à moins qu'une hypothèque ait également été consentie par le débiteur sur sa part sociale. En d'autres termes, l'indivision qui n'avait d'existence qu'au niveau des relations des associés entre eux deviendrait possible également au niveau des relations avec les tiers par suite de cette décision collective des associés permettant à l'un d'eux de grever une partie des actifs.

CONCLUSION

Notre analyse nous a permis d'identifier à l'intérieur du nouveau Code civil de nombreux éléments permettant de nous éloigner de l'arrêt *Allard*. Parler de simple indivision entre les associés nous apparaît inacceptable tant sur un fondement théorique que sur un fondement pratique. Ce régime enlève à l'institution toute sa raison d'être puisqu'il n'y aurait pratiquement plus de distinction entre la société et l'indivision proprement dite. Pis encore: la société serait désavantagée par rapport à l'indivision puisqu'il n'existe dans le Code aucune disposition prévoyant la publication d'un contrat de société pour le rendre opposable aux tiers comme c'est le cas pour l'indivision (voir l'article 1014 C.c.Q.). Or, nous savons combien cette disposition législative avait été souhaitée par les praticiens puisque sous l'ancien droit les tiers n'étaient point liés par le contenu de la convention d'indivision, laquelle par exemple comprenait habituellement de nombreuses restrictions quant aux droits pour les parties de disposer de leur quote-part.

Nous croyons éviter ces difficultés en considérant la société comme une modalité du droit de propriété. À l'égard des tiers, tout se comporte comme si nous étions en présence d'une entité distincte, une propriété unique détenue sous un nom propre à la collectivité: une modalité du droit de propriété qui a ses règles propres, distinctes de celles prévues pour l'indivision proprement dite.

Toutefois, nous regrettons l'absence dans notre Code civil de dispositions claires sur la nature véritable de la société. Cela laissera planer un doute sur toute théorie mise de l'avant, que ce soit le patrimoine distinct, le patrimoine autonome, l'indivision, etc. Nous pourrions laisser aux théoriciens la tâche d'explorer davantage l'un ou l'autre de ces concepts. Mais des impératifs économiques doivent prévaloir et le législateur serait bien avisé

d'intervenir pour mettre fin à cette incertitude. S'il jugeait bon de le faire, nous suggérons d'opter en faveur de la personnalité morale plutôt que du patrimoine autonome, notion peu connue au Québec et encore moins dans les provinces de common law. C'est le souhait qu'exprimait M^e Wilhelmson³⁸ dans son analyse sur les sociétés qui a été publiée en 1992 et qui demeure toujours valable.

38. *Supra*, note 10.