

La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale

Charlaine Bouchard

Volume 34, Number 2, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043218ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043218ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, C. (1993). La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale. *Les Cahiers de droit*, 34(2), 349–394.
<https://doi.org/10.7202/043218ar>

Article abstract

The juridical personality of partnerships has always been a problematical question. Legal scholars have been unable to conciliate the moral person and unlimited liability. This legendary incomprehension may be explained historically, though this does not justify it. It results, as we see it, from a dual historic anomaly : first from within the Romano-Germanic family and secondly, from Quebec law at the time of codification. Far from clearing the air, newly reformed legislation adds another dimension and raises new questions about the juridical nature of the moral person.

La réforme du droit des sociétés : l'exemple de la personnalité morale*

Charlaine BOUCHARD**

La personnalité juridique des sociétés a toujours été problématique. De tout temps, les juristes ont été incapables de concilier personne morale et responsabilité illimitée. Cette incompréhension légendaire s'explique sans se justifier historiquement. Elle résulterait, selon nous, d'une double anomalie historique : la première, au sein même de la famille romano-germanique, la seconde, en droit québécois, au moment de la codification. Le nouveau droit, loin de clarifier le débat, ajoute une dimension nouvelle et amène à s'interroger sur la nature juridique de la personne morale.

The juridical personality of partnerships has always been a problematical question. Legal scholars have been unable to conciliate the moral person and unlimited liability. This legendary incomprehension may be explained historically, though this does not justify it. It results, as we see it, from a dual historic anomaly : first from within the Romano-Germanic family and secondly, from Quebec law at the time of codification. Far from clearing the air, newly reformed legislation adds another dimension and raises new questions about the juridical nature of the moral person.

* L'auteure tient à remercier le professeur Nabil N. Antaki pour sa collaboration et son soutien dans l'élaboration du présent texte, qui constitue la synthèse de son mémoire de maîtrise (Université Laval, 1992).

** LL.M. (Laval), notaire.

	<i>Pages</i>
1. La constitution du droit des personnes morales	351
1.1 Le contexte historique	351
1.1.1 Genèse.....	351
1.1.2 L'intégration en droit québécois	355
1.2 La conception civiliste de la personne morale.....	358
1.2.1 Les différentes théories doctrinales.....	359
1.2.2 L'évolution de la jurisprudence	362
2. Le choix effectué par le législateur québécois	366
2.1 Le paradoxe de la nouvelle législation	366
2.1.1 La société n'est pas une personne morale.....	366
2.1.1.1 Personne morale <i>versus</i> corporation.....	367
2.1.1.2 La classification des personnes morales.....	370
2.1.2 La recrudescence des attributs.....	373
2.1.2.1 La situation en vertu du <i>Code civil du Bas Canada</i>	374
2.1.2.2 La situation en vertu du <i>Code civil du Québec</i>	376
2.2 L'impact réel de la nouvelle législation.....	380
2.2.1 Exégèse.....	381
2.2.1.1 L'intention du législateur.....	381
2.2.1.2 L'interprétation de la législation	384
2.2.1.3 Les conséquences	386
2.2.2 La nécessité d'une intervention législative	389
2.2.2.1 Pour un pur système de fiction	389
2.2.2.2 Pour un amalgame de la fiction et de la réalité.....	389
Conclusion	391
Annexe I Évolution et formation de la personne morale	392
Annexe II Classification usuelle	393
Annexe III Nouvelle classification	394

Le droit québécois est en mutation. Le processus de recodification avait comme objectif premier d'adapter le droit à la réalité contemporaine. Les solutions proposées ne sont malheureusement pas toujours conformes aux objectifs visés. Les nouvelles sociétés du *Code civil du Québec* en fournissent un exemple éloquent. En ce qui concerne le contrat, l'unification des règles de droit civil et commercial a modifié entièrement la structure juridique. Quant à la société-personne morale, elle ne correspond plus à aucun moule traditionnel. Ce dernier aspect a été privilégié, dans le cadre de notre étude, puisqu'il constitue, à notre avis, un excellent modèle de la logique parfois surprenante du législateur.

La personnalité juridique de la société a toujours été difficile à circonscrire. La justification première paraît être son développement anachronique. La société-personne morale a émergé en toute rupture avec l'histoire,

en scindant l'unité du concept et en réconciliant deux idées jusqu'alors contradictoires : la personnalité distincte et la responsabilité personnelle des associés. Dans un autre ordre d'idée, en ce qui concerne l'intégration même du droit des personnes morales en sol québécois, la dualité de régimes et l'interprétation effectuée du rapport des codificateurs ont conduit à dénaturer la notion et à l'isoler de ses sources civilistes.

Plus d'un siècle plus tard, au moment du renouvellement du droit québécois, les prétextes futiles auraient dû être abandonnés et le droit des personnes morales situé dans son contexte naturel. Tel n'a cependant pas été le cas. Le législateur a, au contraire, ajouté une dimension nouvelle à la problématique historique de la personnalité des sociétés en leur niant, d'une part, expressément la qualité de personne morale, tout en augmentant, d'autre part, leurs attributs juridiques.

Nous jetterons, dans un premier temps, un bref regard sur la constitution du droit des personnes morales (1.). Nous analyserons, dans un second temps, ce qui nous apparaît être le paradoxe de la nouvelle législation (2.).

1. La constitution du droit des personnes morales

1.1. Le contexte historique

1.1.1 Genèse¹

C'est à Rome que l'on retrouve les premiers vestiges ayant contribué à l'élaboration d'une théorie générale des personnes morales. Le concept d'*universitas* révèle pour la première fois l'idée de personnalité, d'unité corporative. L'*universitas* apparaît comme un sujet de droit autonome se dégageant des personnes qui le composent. L'entité est perçue de façon tout à fait distincte de la collectivité qui la constitue. On consacre pour la première fois en droit la situation qui existait en fait. Il s'agit alors d'un changement fondamental dans la perception de la conception patrimoniale des groupements corporatifs. On a donc, d'un côté, l'indivision sous forme de copropriété avec parts idéales individuelles (*singuli*) et, de l'autre, la propriété corporative, évoquée par la notion d'*universitas*. Avec l'avènement de l'*universitas*, la conception de la personnalité juridique est

1. La présente section est basée sur le magistral cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques de R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922. La personnalité morale a donné lieu à une littérature abondante au début du xx^e siècle en France. Son évolution historique a malheureusement été négligée par les auteurs. L'ouvrage de Raymond Saleilles, unique en son genre par son analyse historique, constitue incontestablement l'outil fondamental en la matière. Voir *infra*, annexe I.

profondément bouleversée. On assiste à l'émergence, à côté de l'être humain, d'un tout nouveau sujet de droit. Le droit romain venait de dresser les fondations de la théorie de la personnalité morale : « [I]l [faudra cependant] attendre, pour qu'elle s'élabore, le moyen âge et l'époque contemporaine, et c'est sans doute pourquoi elle est si défectueuse² ».

« Pendant très longtemps [...] on peut dire qu'il n'y a pas eu, soit, en Allemagne, soit en France, ou ailleurs, de théories de la personnalité³. » Et pourtant, logique ou illogique, peut-on savoir, toute l'Europe foisonnait de groupements plus ou moins organisés au début du Moyen Âge. Il s'agissait de véritables associations et non de simples indivisions. Le Moyen Âge se caractérise par la renaissance des études du droit romain dans les universités. Le droit est alors envisagé comme un modèle d'organisation sociale.

Il s'opère peu à peu dans l'histoire une sélection et un classement naturels entre les différentes formes d'associations. Une hiérarchie s'établit entre les différents types de propriétés collectives. Trois constructions s'avèrent fondamentales dans l'évolution de la théorie de la personnalité au Moyen Âge : tout d'abord un type d'indivision, la propriété commune ou *gesamle Hand*, avec plus de concentration et d'unification, la propriété collective ou *Genossenschaft* et, enfin, la propriété corporative ou personne morale, qui « eut pour effet d'opérer une séparation très nette entre l'idée de personnalité et la notion de sujets individuels⁴ ».

L'émergence du concept de propriété corporative doit être attribuée, *a priori*, aux glossateurs. L'idée d'un patrimoine appartenant à une personne nouvelle, l'*universitas*, bouleversa et ébranla considérablement leur perception de l'association⁵. Ils résistèrent tout d'abord à cette conception en invoquant l'absolutisme des notions de pluralité et de collectivité. Le temps fit cependant peu à peu son œuvre, et l'idée d'*universitas*, dans son esprit d'unité, s'installa sur le vieux continent. Les glossateurs élaboreront donc la théorie en se référant principalement à l'Église catholique : « Elle a des droits, un patrimoine. Or, comment concevoir sa situation sur le théâtre juridique, à elle qui ne se confond ni avec l'ensemble des fidèles, ni avec le corps du clergé, et pas même avec la personne de son fondateur Jésus-Christ, sans recourir à la notion de personne morale⁶. » Les canonis-

2. M. VILLEY, *Le droit romain*, coll. « Que sais-je ? », n° 195, Paris, PUF, 1972, p. 58 (l'italique est de nous).

3. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 161.

4. *Id.*, p. 216.

5. Le vocable « association » était employé à cette époque-là comme terme générique rassemblant les groupements de personnes. On l'opposait alors aux « fondations » qui réunissaient les groupements de biens.

6. M. VILLEY, *op. cit.*, note 2, p. 60.

tes entrent alors en scène. Imprégnés du sentiment que la propriété ecclésiastique et les fondations ont une fonction indépendante de la volonté de ceux qui les desservent, ils appliqueront le même raisonnement aux associations. Puisqu'on a réussi à personnifier la finalité de la fondation, pourquoi ne pas en faire autant avec l'association.

C'est donc l'idée d'affectation, de but, qui est à la base de la reconnaissance de la personnalité morale. Le raisonnement est simple : l'association, tout comme la fondation, a un but. Le degré de mutabilité de la finalité n'a cependant pas la même intensité dans l'une et dans l'autre. Dans la fondation, le but ne peut être modifié, émanant de la volonté du fondateur. Au contraire, dans l'association, l'affectation peut être transformée par la volonté des associés. L'hésitation à admettre l'idée de personne fictive résidait, principalement, dans cette possibilité pour l'association de modifier sa finalité.

Au ^{xvii}^e siècle, dans l'ancien droit français, les assises de la personnalité morale sont bien ancrées. Elles se traduisent à la fois par l'idée de *communauté* et de *corporation*. Par communauté, on entend des entités entièrement indépendantes des individus qui les composent, les associés n'ayant aucun droit sur le patrimoine social. Seules les communautés peuvent arborer le qualificatif de personne morale. Ainsi, tout groupement légalement reconnu et établi bénéficie de la personnalité morale et toute personne morale se résume dans l'idée de corporation. On rassemble sous ce vocable toutes les associations et fondations privées organisées.

Dans les mentalités de la fin du ^{xviii}^e et du début du ^{xix}^e siècles, en pleine Révolution française, n'existe que le droit individuel. Devant l'individu se dresse l'État dans toute sa prestance : organique et vivant. On ne reconnaît aucun intermédiaire entre ces corps juridiques séparés, disloqués et l'État qui représente la communauté, l'organisation type. Parallèlement, ce siècle voit naître une nouvelle forme de personne morale. Alors que l'on nie la personnalité juridique aux groupements en ayant traditionnellement été dotés, on reconnaît aux sociétés de commerce les bienfaits de la personnification. Il est en effet intéressant de constater que, tant en droit romain qu'en droits français et allemand, la société de personnes n'a jamais été considérée, historiquement, comme une personne morale. Elle ne fut qu'une variété de copropriétés en mains communes⁷

7. La *gesamle Hand* et la *Genossenschaft* constituent des types particuliers de propriétés, qui rapprochent le groupement de la personnalité juridique, sans que le patrimoine cesse pour autant d'appartenir aux associés individuellement : « Aussi admet-on dans la conception de la *Genossenschaft* allemande, — et c'est là une nouvelle conséquence, et des plus intéressantes, de ce mélange d'unité et de pluralité — que les associés aient des droits personnels, à titre de droits séparés et qui leur appartient par apport à la collec-

superposée d'une convention liant les associés entre eux. La responsabilité individuelle subsidiaire des associés a toujours été incompatible avec la notion d'entité indépendante. Dans la conception de la personnalité élaborée au Moyen Âge et adoptée dans l'ancien droit, la personne morale était entièrement distincte et indépendante de ses éléments composites. En conséquence, elle était sujet de droit autonome : propriétaire, créancière et débitrice à ce seul titre. La responsabilité subsidiaire des associés quant aux dettes sociales et le fait que sous l'Ancien Régime la personnalité juridique n'était attribuée qu'aux corps hiérarchiquement organisés, alors que dans la société le niveau d'organisation était réduit à sa plus simple expression, rendaient inconcevable l'admission à ces entités de la personnalité juridique.

La reconnaissance de la personnalité aux sociétés s'explique sans se justifier historiquement. On se trouve devant des collectivités dont émanent plusieurs caractéristiques de la personnalité juridique, sans pouvoir comprendre le phénomène. La solution la plus plausible apparaît être celle de la personnalité. On en vient à la conclusion que la coutume commerciale traditionnelle avait dû admettre la même justification. On invoque, comme argument suprême, le *Code civil* et le *Code de procédure civile* qui confèrent aux sociétés, dans plusieurs de leurs dispositions, des attributs de la personnalité juridique. C'est ainsi que la doctrine et la jurisprudence quelques années plus tard consacrent la personnalité morale des sociétés :

[L]e droit français, sans s'en douter, et par cela même qu'il soudait ensemble deux idées que l'on croyait alors contradictoires, celle de la personnalité et celle de la responsabilité individuelle, s'est trouvé contredire par là même sa propre conception de la personnalité et nous permettre d'en construire une autre, à laquelle il fut le premier à servir de base, et qui tiendrait compte encore, à côté de l'unité de personne, de l'idée de pluralité des éléments composites qu'elle recouvre⁸.

Cette évolution historique s'avère importante et constitue un maillon fondamental dans la théorie de la personne morale. Le XIX^e siècle marque la reconnaissance, à côté des corporations, d'un autre type de personne morale, non en tout point semblable, mais n'en constituant pas moins un sujet de droit autonome.

tivité. Ainsi, supposez qu'un associé ait fait un apport individuel lors de la fondation de l'association, cet associé aura sur le patrimoine social un droit proportionnel à son apport ; et sa part se calculera d'après cette proportion, lorsqu'elle se fixera au jour de la liquidation. *C'est ce qui arrive dans une société civile ou dans une société commerciale. Ce sont des sociétés d'apports.* » (R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 206 (l'italique est de nous)).

8. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 303 (l'italique est de nous).

1.1.2 L'intégration en droit québécois

Après avoir effectué la genèse de la notion de personnalité morale, nous situerons maintenant son cadre en droit québécois. Comment cette création romano-germanique a-t-elle été intégrée dans notre système juridique ? Existe-t-il un lien entre la conception civiliste de la personnalité et l'approche adoptée au Québec ?

Le titre onzième, « Des Corporations », du Livre premier du *Code civil du Bas Canada* constituait exclusivement du droit nouveau et ne s'inspirait en aucune façon du Code Napoléon, qui ne contenait à l'époque aucune réglementation sur les personnes morales. Il suffit de se rappeler qu'en France, au milieu du XIX^e siècle, le droit d'association est supprimé et tout groupement ne bénéficiant pas de la « bénédiction » de l'État est illicite. Les codificateurs étaient conscients de l'évolution historique différente du droit français et désiraient remédier au vide laissé par leur législation :

L'omission au Code Napoléon de toutes dispositions sur le sujet est due probablement *au peu de cas que l'on faisait autrefois en France des corporations* [...].

En France, *les principes, en ce qui concerne les corporations, sont en général fort mal compris et souvent méconnus, ou plutôt en cette matière il n'existe ni règle ni doctrine* [...].

Pour remédier à la lacune qui y est ainsi laissée, les Commissaires ont préparé et soumettent le présent titre intitulé : « Des Corporations », à l'instar de celui qui se trouve au Code de la Louisiane, dont au reste, ils n'ont pu s'aider que médiocrement⁹.

Les nouvelles dispositions avaient donc pour objet d'organiser les relations de ces êtres fictifs avec les autres membres de la société. Les commissaires ont donc traité uniquement des corporations relevant du droit civil, celles de droit public n'étant pas de leur compétence. Cependant, « [l']opinion s'est accréditée dans la doctrine québécoise que la codification française avait omis de traiter des personnes morales parce qu'on estimait en France que les corporations ne faisaient pas partie du droit civil proprement dit, mais relevaient plutôt du droit administratif¹⁰ ».

Cette controverse découle de l'interprétation d'un paragraphe du rapport des codificateurs. Lorsque les commissaires s'interrogent sur le motif de l'omission au Code Napoléon, ils se réfèrent à un édit rencontré au

9. COMMISSAIRES POUR LA CODIFICATION DES LOIS DU BAS-CANADA QUI SE RAPPORTENT AUX MATIÈRES CIVILES, *Code civil du Bas Canada, Rapport des codificateurs*, t. 1, *Premier, second et troisième rapports*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, pp. 228-230 (l'italique est de nous).

10. Voir, à cet égard, l'excellente étude de M. CANTIN CUMYN, « Les personnes morales dans le droit privé du Québec », (1990) 31 *C. de D.* 1021, 1025.

deuxième volume de la concordance des codes par Saint-Joseph où, parlant des articles 418 à 438 du *Code de la Louisiane*, l'auteur mentionne : « toutes les dispositions (contenues dans ces articles) sont relatives aux corporations, à leur nature, à leur usage, à leurs privilèges, incapacités et dissolution ; *on n'a pas cru nécessaire de les reproduire, comme n'ayant aucun trait au droit civil proprement dit*¹¹ ». En poursuivant la consultation du rapport, on découvre cependant une toute petite phrase reflétant admirablement bien l'intention des codificateurs : « cette assertion a paru incorrecte¹² ». Les commissaires, comme nous l'avons souligné antérieurement, étaient parfaitement au courant du contexte historique français et de la nécessité d'instaurer au Bas-Canada un corps de règles organisant le fonctionnement d'un certain type de personne morale. Cependant, ne pouvant bénéficier d'un modèle répondant parfaitement à leurs besoins, ils ont puisé, ici et là, en droit français et en droit anglais, les bases de leur législation. Il semble cependant que de la référence limitée à certaines sources de droit anglais, conséquence inévitable du rôle joué par l'État dans le développement des personnes morales, on en ait conclu que l'ensemble du secteur dépendait du droit public¹³.

Fidèles à la tradition civiliste de la fin du XIX^e siècle, les commissaires ont édicté un corps de règles déterminant les rapports d'entités hiérarchiquement organisées avec les autres membres de la société. La même logique fut appliquée en matière de société. À la lumière du droit français, sans faire référence expressément à la notion de personne morale, on attribua aux sociétés de personnes plusieurs caractéristiques de la personnalité juridique. Le *Code civil du Bas Canada*, dans sa composition initiale, était en filiation directe avec la tradition civiliste. L'interprétation qu'en ont faite la doctrine et la jurisprudence québécoises a conduit à déformer le droit des personnes morales en les considérant comme relevant exclusivement du droit public. Éloigné de ses sources naturelles, le concept n'a pu se développer et s'apparente de plus en plus à un véritable monstre juridique :

L'étroitesse du droit québécois de la personnalité en fait un cas singulier dans la famille des droits civilistes. L'écart qui l'éloigne de ces droits correspond à celui qui existe entre la tradition civiliste et les pays de common law eu égard à la personnalité morale. *Alors que les droits civilistes se sont enrichis d'ouvrages nombreux de doctrine portant sur les fondements et les applications du concept de personne morale, le droit anglais se caractérise par l'intérêt limité que présente*

11. COMMISSAIRES POUR LA CODIFICATION DES LOIS DU BAS-CANADA QUI SE RAPPORTENT AUX MATIÈRES CIVILES, *op. cit.*, note 9, p. 228 (l'italique est de nous).

12. *Ibid.*

13. M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 10, 1027-1029 et 1030 (pour d'autres causes subsidiaires).

cette notion sur laquelle on ne s'attarde pas puisqu'elle ne fait pas partie, ni de la structure du droit, ni des catégories de la common law [...] Isolé de la doctrine française dont on reconnaît pourtant la pertinence dans les autres domaines du droit privé surtout lorsque notre propre doctrine est insuffisante, le droit des personnes morales conserve aujourd'hui sa physionomie du siècle dernier.

[...]

Au regard des personnes morales, la codification a eu l'effet paradoxal de priver le droit québécois, non seulement de ses sources doctrinales naturelles, mais surtout du cadre civiliste dans lequel la matière devrait logiquement s'intégrer¹⁴.

On retrouve dans la conception québécoise de la personne morale toute l'expression de la dualité de régime. Les solutions élaborées par le législateur québécois à la lumière du droit anglais s'intègrent difficilement à la réalité civiliste. Le droit québécois des personnes morales a besoin d'être entièrement renouvelé. La position précaire de la personnalité des sociétés en fournit un exemple éloquent.

Toute la problématique de la personnalité des sociétés résulte, en fait, d'une double anomalie historique. Anomalie tout d'abord au sein même de la famille civiliste, au moment de la formation du droit des personnes morales. Anomalie ensuite en droit québécois, par l'interprétation donnée au rapport des codificateurs.

Comme nous l'avons déjà souligné, la propriété collective¹⁵, élaborée et utilisée principalement en Allemagne, aurait répondu, pour l'essentiel, aux besoins de la société. Cette conception de la propriété, située à mi-chemin entre l'indivision et la personne morale, expliquait et conciliait les émanations de la personnalité et la responsabilité illimitée des associés. La personne morale s'est construite originairement autour de deux idées directrices : l'affectation idéale et la responsabilité limitée. La personnalité de la société a émergé en toute contradiction avec ces fondements. On a anéanti les bases de la personne morale en soudant ensemble deux idées jusqu'alors contradictoires. Il est tout de même incroyable de constater que l'on nie aujourd'hui la personnalité juridique aux associations, alors que traditionnellement il s'agissait du modèle type de personne morale.

Il est tout aussi étonnant de constater l'interprétation effectuée du droit québécois ayant conduit à dénaturer les assises de la personne morale pour en faire un curieux mélange « anglo-civilo ». En fait, si le droit québécois, au lieu de s'en tenir au modèle de la corporation, s'était donné des outils adéquats lui permettant de comprendre la véritable nature juridique de la société, sa personnalité singulière aurait pu être détectée et située

14. *Id.*, 1023, 1024 et 1034 (l'italique est de nous).

15. Voir *supra*, note 7.

dans son cadre naturel. Tel n'a cependant pas été le cas, la personnalité des sociétés faisant, depuis de nombreuses années, figure d'amputée.

Après avoir établi la disjonction historique entre la conception originare de la personne morale et son affectation actuelle, nous nous arrêterons, dans la prochaine section (1.2), à la détermination de sa nature juridique.

1.2 La conception civiliste de la personne morale

Étymologiquement, il se révèle tout à fait faux de parler de conception civiliste de la personnalité, alors que le concept constitue une pure création des droits romano-germanique et n'entre en opposition avec aucun autre système juridique.

La doctrine civiliste s'entend majoritairement dans sa définition de la personne morale¹⁶. La divergence d'opinion se situe plutôt dans l'explication du concept. On s'accorde généralement pour distinguer les notions de personnalité juridique, personne, sujet de droit et personne morale. La personnalité juridique est définie comme l'aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations. Tout être capable de posséder des droits et d'être soumis à des obligations constitue une personne, un sujet de droit autonome. En conséquence, une personne morale se définit comme « un sujet de droit qui n'est pas en même temps un être humain, une personne physique¹⁷ » :

Cette définition, purement négative, n'apprend rien sur la nature de la personne morale et sur l'étendue des droits qui peuvent lui appartenir ; *mais elle est la seule que l'on puisse prendre comme point de départ, parce qu'elle est la seule sur laquelle tout le monde puisse s'entendre*. Elle exprime un simple fait, le fait que dans nos sociétés humaines des droits distincts sont attribués, non pas seulement à des êtres physiques, mais à certains groupements, à certaines associations, et

16. Voir, entre autres, en droit français : C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1897, p. 260 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des personnes*, Paris, Larose, 1898, p. 201, n^o 295 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1925, p. 69 ; R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 311 ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1932, p. 4 ; R. LEGAIS, « Personne morale », dans P. RAYNAUD (dir.), *Répertoire de droit civil*, t. VI, Paris, Dalloz, 1974, p. 1. En droit belge : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4^e éd., t. 2, v. I, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 37. En droit québécois : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, Montréal, Albert Lévesque, 1936, p. 425 ; G. TRUDEL, *Traité de droit civil*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 455 ; M. RIVEST, « Esquisse de la personne selon le droit », (1981) 11 *R.D.U.S.* 417, 445 ; J. PINEAU, « Les grandes lignes de la réforme du droit des personnes », (1987) 18 *R.D.U.S.* 7, 19.

17. L. MICHOD, *op. cit.*, note 16, p. 4.

parfois même à quelque chose de plus abstrait encore, à un but idéal indépendant, au moins en apparence, de tout groupement. *Ce fait qui se produit sous nos yeux, et dont nous pouvons constater l'existence dans les sociétés qui ont précédé la nôtre, a paru si extraordinaire à certains esprits qu'ils y ont vu une institution tout à fait étrange et anormale, une sorte de création ex nihilo dépassant presque les pouvoirs du législateur*¹⁸.

Le concept de personne morale constitue une abstraction indispensable à la construction de rapports juridiques¹⁹. Aucune société ne peut se concevoir sans l'attribution de certains droits à des collectivités : « On peut différer d'opinion sur l'explication juridique mais ce phénomène a un tel caractère de constance et d'universalité qu'il est impossible d'y voir quelque chose d'étrange et d'exceptionnel²⁰. » En effet, plusieurs entreprises d'intérêts privés ne pourraient pleinement se réaliser par le fait d'un seul individu ou de la simple addition des forces de plusieurs. Les relations de l'association avec les tiers s'avéreraient beaucoup trop compliquées, exigeant l'intervention de chacun des membres. Les possibilités de crédit du groupement seraient aussi beaucoup plus limitées. L'attribution de la personnalité morale facilite donc grandement les relations d'affaires en permettant d'agir par l'intermédiaire d'un représentant et d'éviter ainsi la règle de l'unanimité bloquant les activités du groupement. Le regroupement de forces individuelles sous l'égide d'un nouveau sujet de droit constitue enfin un moyen de concurrence vital pour un pays, sa prospérité commerciale dépendant largement des instruments dont il dispose.

L'octroi de la personnalité juridique à un groupement a donc comme fondement d'éviter l'application des règles de l'indivision, d'écarter les situations d'impasse entre les associés et de pallier la règle de l'unité du patrimoine. On confère aux groupements une plus grande durabilité et une plus forte imperméabilité aux singularités des associés : « [L]a personnalité morale permet donc aux personnes physiques exerçant des activités diverses de se grouper, dans un but commun, en entreprise puissante ayant des droits propres et d'assurer la pérennité aux groupements²¹ ».

1.2.1 Les différentes théories doctrinales

L'explication juridique du phénomène de la personne morale a donné lieu à de nombreux débats et à l'élaboration de plusieurs théories interprétant, chacune à leur façon, le concept : « Le problème discuté en ce qui

18. *Id.*, pp. 4-6 (l'italique est de nous).

19. Voir l'argumentation de M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 16, p. 76.

20. L. MICHOUË, *op. cit.*, note 16, p. 6.

21. H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, Éditions Montchrestien, 1959, pp. 587-588.

les concerne est de savoir si cette appellation n'est qu'une manifestation du penchant anthropomorphique de l'être humain ou s'il faut y voir la traduction d'une réalité sociale et juridique²². » L'importance des droits de la personne morale semble dictée par le fondement que l'on donne à la personnalité morale²³. Ceux qui considèrent le concept comme une réalité technique lui attribuent des droits en fonction de l'intérêt qu'elle représente. Par contre, ceux qui l'envisagent comme une pure fiction ne lui accorderont que les droits que l'État voudra bien lui reconnaître. On prend donc conscience de l'importance énorme de la conception privilégiée dans la délimitation des caractères propres à la personne morale. Il est possible de rassembler les théories de la personnalité en trois catégories distinctes : les théories de la fiction, les théories négatives de la personnalité et, enfin, les théories de la réalité.

Le premier groupe, concevant la personne morale comme une pure fiction, supprime complètement la collectivité pour n'y voir que l'unité. Le point de départ du système de la fiction réside dans le postulat que seul l'être humain, personne réelle, est sujet de droit. En conséquence, on ne peut expliquer que par une fiction l'attribution de la personnalité juridique à d'autres personnes que les êtres humains. La personnalité juridique ne peut résulter dans cette conception que d'une émanation du pouvoir étatique : « C'est ce que l'on a appelé *le système de la reconnaissance légale*. Il n'y aurait de personnes juridiques que celles reconnues et créées par la loi, et leur capacité, ainsi que leur personnalité, n'existeraient que dans la mesure et les limites reconnues par la loi²⁴. »

Le second groupe, niant le concept même de personne morale, annihile toute idée d'unité au profit de la collectivité. Cette famille rejette, en fait, toute idée de personne morale. Il n'y a de personne que les individualités réunies en collectivité. Pour certains²⁵, toute la théorie de la personne morale ne constitue en fait qu'une forme particulière de la propriété. Pour d'autres, il s'agit plutôt d'une simple modalité de l'association²⁶ ou d'un patrimoine sans maître²⁷. Enfin, d'aucuns²⁸ justifient leur

22. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. 1, v. 2, Paris, Sirey, 1967, p. 767.

23. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 16.

24. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 312 (l'italique est de nous).

25. Il s'agit notamment de la thèse de la propriété collective élaborée par Planiol. Voir aussi, dans le même sens, la doctrine de H. BERTHÉLEMY, dans L. MICHOU, *op. cit.*, note 16, p. 61.

26. Voir les développements de VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif* et Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales* (1902), cités dans R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 475.

27. Il s'agit de la théorie du patrimoine d'affectation élaborée par Brinz et Bekker.

28. Citons les théories ultraréalistes de Hölder et Binder.

négation de la personne morale par une description des relations juridiques en dehors de toute synthèse constructive.

Le troisième et dernier groupe explique la personne morale en conciliant les notions d'unité et de collectivité. Il s'agit de la thèse de la réalité technique, élaborée initialement par Géný, conforme à l'histoire et privilégiée par la doctrine et la jurisprudence civilistes depuis le début du xx^e siècle. Dans cette conception, nul besoin de l'intervention de l'État pour la création de personnes morales, chaque groupement possédant intrinsèquement les éléments nécessaires à la reconnaissance du concept. Pour ces tenants, la réalité juridique de la personne morale se traduit par trois éléments. Le premier, purement matériel et objectif, consiste en une organisation capable de dégager la volonté collective qui représentera le groupe dans les rapports juridiques. Le deuxième, élément subjectif, consistera en « une volonté qui [dirigera] l'orientation [de l'organisme] et en [réglera] l'application, pour en constituer la finalité directrice et en réaliser l'unité interne²⁹ ». C'est cependant en fonction du troisième et dernier critère, l'intérêt protégé, que l'on trouvera la base de la distinction entre les différents groupements. Pour voir s'il y a personne morale, il faudra considérer ce que représente la volonté mise au service de l'organisme juridique : les membres pris individuellement ou le but unitaire de l'institution indépendamment de tout droit individuel ? Les auteurs³⁰ rangent dans le premier groupe la propriété commune ainsi que les sociétés civiles et commerciales et se fondent sur cette distinction pour leur dénier la personnalité. Dans le second groupe se trouvent l'association et la fondation, considérées comme de véritables personnes morales. On constatera aujourd'hui le laxisme de cette théorie, alors que la personnalité juridique est reconnue aux sociétés et niées aux associations sur la base du seul critère de l'organisation³¹.

Ainsi, pour certains, la personnalité juridique existe de plein droit. Pour d'autres, seul le législateur est maître de la concéder aux conditions qu'il lui plaira. En fait, quel que soit le bénéficiaire ou quelle que soit la conception privilégiée, la personnalité juridique est toujours un don de la loi. Même les partisans de la réalité admettent que, sans subordonner nécessairement l'acquisition de la personnalité juridique à l'intervention de l'État, ce dernier peut intervenir pour en priver un groupement. Que l'on

29. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 582.

30. Voir, entre autres, L. MICHOD, *op. cit.*, note 16, p. 173 et R. SALEILLES, *op. cit.*, note 1, p. 569.

31. Sous réserve de la très importante décision *Prince Consort Foundation c. Blanchard*, [1991] R.J.Q. 1547 (C.A.), qui distingue le cas d'une association organisée de celui d'une association non organisée et lui accorde certains attributs de la personnalité juridique.

opte pour la fiction ou pour la réalité, l'intérêt de la discussion ne subsiste que dans la mesure où le législateur ne s'est pas exprimé clairement. Et c'est là d'où résulte toute la problématique de la personnalité des sociétés. Pourrait-on dire, à la lumière de la fiction, que le législateur leur a reconnu implicitement la personnalité, et, à l'instar de la réalité, qu'elles comportent intrinsèquement les caractéristiques d'une personne morale ?

En effet les partisans de la fiction n'exigent pas pour reconnaître la personnalité morale qu'il y ait une concession explicite, résultant d'une déclaration formelle du législateur : la volonté du législateur peut être implicite et résulter de l'ensemble de la réglementation de l'institution considérée ; les partisans de la réalité sont conduits à admettre la nécessité d'une appréciation sinon du législateur du moins du juge [...].

En définitive en dehors de l'intérêt qui s'attache à éliminer les artifices de la fiction, les positions prises dans la controverse ont surtout comme portée de correspondre à deux tendances différentes ; *l'une, celle de la fiction, restrictive est moins favorable à l'extension de la notion de personnalité morale ; l'autre, celle de la réalité, est propre au contraire à étendre la personnalisation des institutions et groupements spontanés auxquels la personnalité juridique ne peut être refusée sans raisons sérieuses*³².

En scrutant l'évolution de la jurisprudence, nous tenterons de répondre à cette interrogation et de situer la personnalité des sociétés dans son cadre précis : la fiction, la réalité, ou encore un amalgame des deux.

1.2.2 L'évolution de la jurisprudence

Le droit québécois a continuellement été partagé entre la théorie de la fiction et celle de la réalité. La conception de la personne morale s'est toujours située au carrefour de ces théories et ne s'est généralement expliquée que par leur réunion. En effet, si le législateur a opté très clairement, au moment de la codification, pour la thèse de la fiction, la jurisprudence emprunte de plus en plus la voie de la réalité.

Après avoir dépouillé et scruté plus d'un siècle de décisions relatives aux sociétés, nous devons dresser, *a priori*, un constat. D'une part, la jurisprudence n'a jamais été très prolixe en matière de personnalité morale. Il semble que ce soit un concept théorique, réservé à la verve d'une certaine doctrine. Seules quelques décisions sont conséquentes, les tribunaux se prononçant, dans la plupart des cas, de manière accessoire. D'autre part, trois périodes sont marquantes dans l'évolution de la jurisprudence québécoise : la personnalité fut tout d'abord reconnue aux sociétés commerciales ; après une valse-hésitation, on tend à l'accorder aux sociétés civiles ; enfin, une décision récente du plus haut tribunal québécois consacre la théorie de la réalité en reconnaissant certains attributs de la

32. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 22, p. 771 (l'italique est de nous).

personnalité juridique aux associations. Mentionnons que la Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée sur la question.

Dès 1896, une décision de la Cour d'appel³³ reconnaît que la société commerciale est un être moral distinct des associés et que l'actif de la société constitue un patrimoine indépendant de l'avoir des associés individuellement³⁴. La jurisprudence n'a jamais été très explicite en la matière. Les décisions sont en général fondées sur les nombreuses dispositions du C.c.B.C.³⁵ qui laissent entrevoir que la société a un patrimoine distinct et la capacité de s'obliger quant à ses biens. Ainsi, une décision signale qu'en matière fiscale lorsqu'une société a l'obligation de faire des déductions et des remises, elle seule peut être poursuivie et non les associés individuellement³⁶. Une autre démontre que la responsabilité délictuelle de la société peut être engagée lorsque celle-ci contracte avec ses propres associés³⁷. Un jugement mentionne encore que les biens sociaux ne peuvent être saisis pour les dettes personnelles des associés³⁸. Enfin, la majorité des décisions reconnaissent une certaine personnalité à la société, mais lui dénie le droit d'ester en justice³⁹.

L'un des problèmes sur lequel les tribunaux ont eu souvent à se prononcer concerne la personnalité des sociétés civiles. Pourquoi nier la personnalité aux sociétés civiles, alors qu'on la reconnaît aux sociétés commerciales ? « N'est-il pas bizarre qu'un groupement puisse être une personne morale ou non en raison de la nature de l'activité (civile ou commerciale) qu'il exerce⁴⁰ ? » L'argument majeur semble être que « s'il existe des textes qui accordent la personnalité aux sociétés commerciales, entre autres l'article [...] 387 C.c., qui déclare meuble le droit de chaque associé sur les biens même immobiliers d'une société commerciale, il n'existe aucun texte équivalent en ce qui concerne les sociétés civiles⁴¹ ».

33. *Damien c. Société de prêts et de placements*, (1896) 3 R. de J. 32 (B.R.).

34. Voir aussi, dans le même sens, *Montréal Girard c. Rousseau*, (1887) 31 J. 112 (C.S.); 3 M.L.R. 293; 11 L.N. 60; 16 R.L. 533.

35. Voir C.c.B.C., art. 1834, 1839, 1847, 1849, 1894 et principalement 1899.

36. *Sous-ministre du revenu de la province de Québec c. Henri Jobin*, [1971] C.S. 565.

37. *Dame Noël c. Les petites sœurs franciscaines de Marie*, [1967] C.S. 1.

38. *Gareau c. Laboissière*, [1949] C.S. 51.

39. *Reindolph c. Harrison Bros. Ltd.*, [1949] R.L. 137 (C.S.); *Dupuis c. Couture*, [1958] C.S. 623; *Garneau c. Drapeau*, 77 C.S. 350; *Action locale et municipale c. Chartrand*, C.S. Montréal, n° 500-05-009455-831, 23 septembre 1983, J.E. 83-959; *Leblanc c. Société en commandite Notre-Dame*, [1989] R.D.J. 524, J.E. 90-40 (C.A.).

40. M. FILION, « Droit des associations », dans CHAMBRE DES NOTAIRES (dir.), *Répertoire de droit, Associations — Doctrine — Document 1*, Montréal, SOQUIJ, 1989, p. 322.

41. R. GOLDWATER, « La société civile est-elle une personne morale ? », (1960) 34 *Thémis* 91, 92.

En fait, les nombreux articles du C.c.B.C.⁴² invoqués pour soutenir la thèse de la personnalité des sociétés commerciales s'appliquent aussi aux sociétés civiles : « si l'on reconnaît la personnalité juridique de la société commerciale, on doit, dans le droit québécois, reconnaître la même personnalité à la société civile, car le Code ne distingue pas en cette matière⁴³ ». La jurisprudence a toujours été inconstante par rapport à la société civile. Les cours inférieures⁴⁴ ont déclaré à quelques reprises qu'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. Les positions semblent toutefois s'être assouplies au cours des dernières années, et il est intéressant de constater que la Cour d'appel⁴⁵ a reconnu récemment la personnalité juridique à une société civile : « Cette société civile [...] avait évidemment une personnalité juridique différente de celle de ses membres. »

On remarque donc que les cours québécoises n'ont jamais été tout à fait claires et précises quant à leur conception et à leur compréhension de la personnalité juridique des sociétés. Les jugements font souvent référence à une certaine personnalité⁴⁶, à un certain caractère de personnalité⁴⁷ ou encore à une personnalité imparfaite⁴⁸. En fait, les tribunaux, au même titre que la doctrine, ont beaucoup de difficulté à saisir le substratum de cette personnalité. On se réfère toujours à l'étalon « corporation » pour juger de la personnalité des sociétés, alors qu'il est incontestable qu'elle sera différente, construite à partir d'une tout autre unité : la responsabilité illimitée.

Il est inconcevable, à l'aube d'une réforme globale du droit civil québécois, que les sources du droit soient toujours incapables de déterminer la véritable nature juridique, l'ensemble des caractères, des propriétés qui définissent la personnalité des sociétés. Cette incompréhension historique constitue un handicap fondamental pour toute société. Lorsqu'on comprendra enfin qu'il existe en droit civil deux types de personnes morales, tous les problèmes seront résolus et la discussion ne sera plus alors que théorique.

42. Voir C.c.B.C., art. 1839, 1847 et 1899, entre autres.

43. R. GOLDWATER, *loc. cit.*, note 41, 96.

44. *Frenette c. Aqueduc St-Gilbert*, (1931) 69 C.S. 167.

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

46. *Journal l'Étoile du Lac Ltée c. Bolduc*, C.P., n° 155-02-000647-78, 2 février 1979, J.E. 79-272.

47. *Caisse populaire Pontmain c. Couture*, [1983] C.P. 149.

48. *Rosen c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1991] R.J.Q. 1152, J.E. 91-616 (C.Q.).

Soulignons, en terminant cette revue de la jurisprudence, la très importante décision, *Prince Consort Foundation c. Blanchard*, qui opère un virement d'importance en intégrant clairement la théorie de la réalité en droit québécois. Le tribunal distingue le cas d'une association non organisée de celui d'une association organisée et lui accorde certains attributs de la personnalité :

The conclusions which I draw from the jurisprudence and the authors are the following :

- An unincorporated, non-profit association formed by a group of individuals to pursue a common aim *has some but not all the attributes of a juridical personality.*
- When individuals get together to form such an association *they may adopt By-Laws* setting up an administrative group (Board) to manage the affairs of the association.
- The Board or *its officers may be given wide powers.*
- To manage the association
- To purchase moveable and immoveable property
- To open a bank account with signing officers
- To engage all the property of the association both moveable and immoveable
- To fix initiation fees and annual dues thereby restricting the liability of the individuals members
- And such others powers as may be appropriate
- The By-Laws may also fix the rights, privileges and obligations of the members.

As we have seen the members are not personally responsible for the debts of the association beyond the amount they agree to contribute pursuant to the By-Laws.

[...]

When such an association has been given the right to defend any action in law taken against it, the right to manage its own affairs, the right to acquire and dispose of property both moveable and immoveable and the right to do others things mentioned above, *I have difficulty in accepting the argument that it cannot inherit.* The submission that an association which has all those rights and is subject to all those obligations is not « civilly in existence » within the context of art. 608 C.C. is an incongruous statement. In my view, the Legislature and the Courts in recognizing that an association may own property and be the object of a seizure are in effect implicitly admitting that it may have a patrimony⁴⁹.

Cette décision unanime de la Cour d'appel du Québec se fonde sur le concept d'organisation pour reconnaître, en opposition avec toute la doctrine et la jurisprudence antérieures, certains attributs de la personnalité à

49. *Prince Consort Foundation c. Blanchard*, précité, note 31, 1558-1559 (l'italique est de nous).

l'association. En intégrant la théorie de la réalité, la Cour admet qu'il existe d'autres personnes morales que celles qui sont expressément créées par la loi.

Le législateur se devait logiquement de considérer cette évolution au moment de la réforme. À la lecture de la nouvelle législation, il ne semble pas cependant que ce soit la position privilégiée. Faisant fi de la réalité, il opte pour une direction nouvelle et inconnue.

2. Le choix effectué par le législateur québécois

Nous avons démontré dans la première section que la personnalité a été reconnue aux sociétés en toute rupture avec l'histoire et que son développement embryonnaire en droit québécois était le reflet de l'écart entre les droits civil et anglais. Nous avons ensuite effectué une revue des principales théories élaborées pour expliquer le phénomène de la personification. Un constat s'impose : le droit québécois des personnes morales doit être pris en main et raccordé à la tradition civiliste. La réforme du droit civil québécois s'avérait le moment opportun pour ouvrir le débat et rétablir la situation. La discussion fut entreprise et le législateur est intervenu, non pour instaurer un droit des personnes morales conforme à la tradition civiliste, mais pour brouiller les cartes et ajouter une dimension nouvelle à la problématique historique de la personnalité des sociétés.

Nous décrirons, dans un premier temps, le paradoxe de la nouvelle législation (2.1) et tenterons, dans un second temps, d'en déterminer l'impact réel (2.2).

2.1 Le paradoxe de la nouvelle législation

Le *Code civil du Québec* nie, d'une part, expressément la personnalité aux sociétés et leur confère, d'autre part, toute une série de nouveaux attributs de la personnalité juridique. Seule la responsabilité limitée distingue dorénavant la société de la personne morale au sens du nouveau Code.

Que comprendre de tout ce chaos juridique ? Comment intégrer, logiquement, ces nouvelles dispositions en droit québécois ? Enfin, le débat a-t-il un intérêt pratique ou n'existe-t-il que d'un point de vue théorique ?

2.1.1 La société n'est pas une personne morale

Le remplacement du terme « corporation » par l'expression « personne morale » constitue la clé de voûte de l'imbroglio causé par la nouvelle législation.

D'une part, l'article 2188 C.c.Q. dispose :

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

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

D'autre part, le C.c.Q. instaure un titre sur les personnes morales dont les dispositions introductives énoncent :

298. Les personnes morales ont la personnalité juridique.

Elles sont de droit public ou de droit privé.

299. Les personnes morales sont constituées suivant *les formes juridiques prévues par la loi et parfois directement par la loi.*

Elles existent à compter de l'entrée en vigueur de la loi ou au temps que celle-ci prévoit, si elles sont de droit public, ou si elles sont constituées directement par la loi ou par l'effet de celle-ci ; *autrement, elles existent au temps prévu par les lois qui leur sont applicables.*

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ; *les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce*⁵⁰.

Qu'entend-on au juste par personne morale dans le *Code civil du Québec* et qu'est-ce qui la distingue de la corporation au sens du *Code civil du Bas Canada* (2.1.1.1) ? Enfin, quelle est donc cette nouvelle classification offerte par le droit québécois (2.1.1.2) ?

2.1.1.1 Personne morale versus corporation

Le nouveau Code ne contient plus aucune trace du vocable « corporation ». La nouvelle législation ne fait référence qu'aux personnes morales. Devrait-on s'en réjouir ? Le législateur aurait-il enfin édicté un droit commun des personnes morales en pleine filiation avec la tradition civiliste ? Les rêves ne deviennent, hélas, pas tous réalité !

Par « personne morale » au sens du C.c.Q., il faut comprendre « corporation » au sens du C.c.B.C.⁵¹ :

Ces règles s'appliquent à certaines organisations constituées suivant le Code civil ainsi qu'à toutes les espèces de personnes morales actuellement reconnues par la loi, telle cette multitude d'organismes de droit privé ou de droit public que sont les compagnies, associations, syndicats coopératifs, sociétés religieuses, coopéra-

50. L'italique est de nous.

51. Voir la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, Projet de loi 38, L.Q. 1992, c. 57, art. 423, qui mentionne que « « corporation au sens du Code civil du Bas-Canada » correspond à « personne morale au sens du Code civil du Québec » ».

tives, caisses et fonds de toutes sortes, sociétés d'État, organismes publics divers, gouvernementaux, municipaux, scolaires ou sociaux⁵².

On maintient donc le droit actuel, soit le système de la fiction, en opérant toutefois des modifications en matière de terminologie. Pour répondre aux pressions de l'Office de la langue française, l'appellation « corporation » est abandonnée et l'expression « personne morale » « est utilisée comme *terme générique* pour désigner ce que le droit actuel considère comme des corporations⁵³ ». Il est intéressant, à ce stade-ci, de s'arrêter à l'étymologie des termes. La corporation et la personne morale englobent-elles des réalités identiques ? Quelles sont l'origine et la filiation des concepts ?

Après plus d'un siècle d'emploi et comme cela s'est avéré le cas dans les législations fédérales⁵⁴, le mot « corporation » est banni du droit civil québécois et remplacé par l'expression « personne morale ». Dans un souci de francisation, le législateur québécois a faussé la réalité juridique. Le droit doit-il être sacrifié pour une gymnastique linguistique ? La langue doit-elle l'emporter sur le droit ?

On se rappellera qu'au jour de la codification le titre sur les corporations était de droit nouveau et ne s'inspirait aucunement de la codification française. On se rappellera aussi que les codificateurs étaient conscients de la réalité civiliste de la personne morale et ils ont puisé tant au droit français qu'au droit anglais pour la rédaction du titre. On se souviendra encore que le *Code de la Louisiane* contenait un titre sur les corporations et que les commissaires ont pu s'en inspirer quant à la forme de la codification. On se souviendra surtout qu'en droit français le terme « corporation » était employé comme expression générique regroupant les personnes morales : « L'emploi du terme corporation dans le *Code civil du Bas-Canada* et l'usage qui s'en est maintenu depuis en droit québécois contraste [cependant] avec celui qui a cours en droit français contemporain⁵⁵. »

Le droit des corporations ayant été interprété comme relevant du droit public, le concept a été imprégné de la signification nord-américaine. Et est-il nécessaire de rappeler qu'aux États-Unis « [l]es corporations [...] sont les seules sociétés dont la personnalité soit reconnue⁵⁶ », que l'on

52. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Le Journal des débats*, Commissions parlementaires, sous-commission des Institutions, étude détaillée du projet de loi 125, *Code civil du Québec*, (4), le mardi 3 septembre 1991, n° 6, p. SCI-188 (l'italique est de nous).

53. *Ibid.* (l'italique est de nous).

54. Voir l'article de A. DANDONNEAU, « La francisation à l'aveuglette du droit des corporations », (1978) 13 *Thémis* 89.

55. M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 10, 1030.

56. H. LEPARGNEUR, *Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique — Leur régime juridique*, Paris, Dalloz, 1951, p. 125.

n'oppose pas en droit anglais les notions de *corporation* et de *partnership* puisqu'on « ne reconnaît pas à cette société une personnalité morale ; les associés [agissant] en justice sous leur propre nom et [détenant] de même les biens de leur société⁵⁷ ».

On remarque donc la signification particulière accordée au terme « corporation » en droit québécois. L'étymologie singulière de la corporation québécoise, en toute homogénéité avec celle qui a été adoptée sur le continent américain, s'avère en pleine contradiction avec la conception française. L'Office de la langue française avait recommandé de remplacer le terme « corporation » par un autre mot plus approprié. Avec une volonté civiliste, on explore le droit français et on arrête « logiquement » son choix sur l'expression « personne morale », la corporation en constituant un type particulier. Sans vouloir entrer ici dans toutes les subtilités qui peuvent pousser les linguistes à privilégier un mot plutôt qu'un autre, nous croyons quand même opportun de faire remarquer qu'avant « de faire disparaître le mot corporation de la terminologie administrative du Canada et du Québec, *il faut repenser le droit à la française*. Il n'est pas uniquement question ici de traduction ou d'équivalents non plus que de la simple propriété des termes⁵⁸. » Comme on le soulignait à juste titre, « [i]l ne suffit pas que les termes choisis « sonnent » français, il faut encore qu'ils désignent avec précision les réalités à nommer, compte tenu du triple contexte canadien, québécois et français⁵⁹. »

Le mot « corporation » est défini dans tous les dictionnaires français. Au Québec, on le qualifie d'anglicisme, car il est employé dans un sens différent de celui qui est traditionnellement admis. Le terme « corporation » a un sens propre à la réalité juridique québécoise. Si le législateur désirait maintenir le sous-développement chronique du droit des personnes morales, il aurait au moins dû conserver telle quelle l'acception du terme « corporation ». En substituant l'appellation « personne morale » au terme « corporation », le législateur a ajouté une dimension insoutenable au droit actuel : « [O]n traduit des mots, sans se soucier de l'absurdité du résultat⁶⁰. » Vouloir franciser une notion originellement civiliste, qui a été élaborée à l'orée du droit anglais, équivaut à la couper à la fois de sa racine primaire et de sa racine secondaire. Et à la question : « le *droit corporatif québécois* qui s'abreuvait jusqu'ici aux sources du droit anglais, de la common law et même du droit américain devra-t-il dorénavant puiser à la source du droit français, du droit belge, du droit civil européen relatif aux

57. *Id.*, p. 35.

58. G. DAGENAI, cité dans A. DANDONNEAU, *loc. cit.*, note 54, 90 (l'italique est de nous).

59. *Id.*, 91.

60. *Id.*, 94.

personnes morales⁶¹ ? », nous répondrons, sans aucune hésitation, non, car le choix effectué par le législateur fait du nouveau droit québécois un cas singulier tant en droit français qu'en droit anglais.

Nous démontrerons, dans les paragraphes qui suivent, l'écart créé entre la classification généralement adoptée dans les pays de droit civil et celle du droit québécois.

2.1.1.2 La classification des personnes morales

Une bonne classification des personnes morales est essentielle, non seulement pour fixer l'ordre à suivre dans leur étude, mais aussi et surtout pour fournir la base des différences à établir entre elles. Elle ne peut se faire qu'en remontant à la nature de chacune des personnes morales qu'il s'agit de classer, pour rechercher si la conception même que nous nous en faisons doit entraîner entre elles des différences fondamentales⁶².

Il s'avère donc fondamental de classer adéquatement les personnes morales, *a priori*, pour déterminer si un groupement constituera ou non une personne morale et, *a posteriori*, pour connaître les règles allant la gouverner. Car il faut bien comprendre qu'il n'existe pas un régime juridique unique pour l'ensemble des personnes fictives, mais une panoplie de possibilités correspondant à autant de catégories. Et à l'intérieur de chacune d'elles, on réglementera distinctement leurs conditions de formation, leur capacité et leur régie interne.

Ces prémisses admises, deux distinctions s'avèrent fondamentales pour une bonne classification des personnes morales. La première « se rapporte à la construction, à la structure intime de la personne morale⁶³ ». Il s'agit de la traditionnelle distinction entre les corporations et les fondations. La seconde « se rapporte [plutôt] au mode d'activité [que la personne morale] est appelée à déployer⁶⁴ ». Et l'on retrouve la séparation entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé.

Nous n'insisterons pas ici sur la distinction fondation-corporation, notre attention allant plutôt se porter sur la division droit public-droit privé. Nous dresserons, dans un premier temps, l'organigramme des personnes morales dans la tradition civiliste, pour évaluer, dans un second temps, la classification du nouveau droit québécois.

61. A. LAVERDIÈRE, « Disparition du mot « corporation » dans le droit civil du Québec — Réflexions et commentaires », (1989) 49 R. du B. 851, 862.

62. L. MICHOU, *op. cit.*, note 16, p. 209 (l'italique est de nous).

63. *Ibid.*

64. *Ibid.*

*Selon la tradition civiliste*⁶⁵

Le droit public est cette branche du droit qui régit les relations entre l'État et les citoyens. Le droit privé, quant à lui, réglemente les rapports des particuliers entre eux. Les personnes morales de droit public sont donc celles « qui, *en dehors de leur qualité de personnes morales* (laquelle reste purement patrimoniale), sont en même temps des institutions de droit public, telles que l'État et les communes⁶⁶ ». En fait, les personnes morales sont de droit public ou de droit privé suivant que le but qu'elles poursuivent est d'intérêt général ou d'intérêt particulier. La distinction remonterait au Moyen Âge, au moment même où le droit des personnes morales se formait :

[On] la fait remonter aux canonistes, et notamment à Innocent IV, à qui les post-glossateurs, et particulièrement Barthole, l'ont empruntée en la précisant. Les jurisconsultes de la première partie du XIX^e siècle, suivant les traces de Savigny, lui ont substitué la distinction en corporations et fondations. Mais peu à peu on est revenu, presque inconsciemment, à la distinction ancienne, et aujourd'hui elle a pris dans la littérature juridique une place importante⁶⁷.

La distinction est capitale, car les personnes morales de droit public se distingueront profondément des personnes morales de droit privé. Elles auront, entre autres, des privilèges et des moyens d'action plus étendus. Corollairement, elles seront plus jalousement gardées, parce qu'elles appartiennent au droit public. Elles auront donc souvent une situation privilégiée à l'égard des tiers au lieu d'être placées, comme les personnes morales privées, sur un pied d'égalité. On divisait traditionnellement les personnes morales de droit public en trois catégories : les États, qui se subdivisaient en États souverains et non souverains, les communautés territoriales et les établissements publics, qui se subdivisaient, à leur tour, en fondations et en associations.

En France, l'intérêt de la distinction ne s'est pas posé avec la même acuité dès le début. La liberté d'association étant supprimée, il n'y avait comme personnes morales privées que les sociétés civiles et commerciales. Toutes les autres personnes morales appartenaient au droit public. Ainsi, même lorsqu'elles étaient d'origine privée, les personnes morales étaient englobées dans le droit public, leur reconnaissance dépendant toujours de l'autorité étatique.

Les personnes morales de droit privé se diviseront en corporations (groupe de personnes) et en fondations (groupe de biens). Nous nous en tiendrons ici au groupe corporatif. À l'intérieur de ce cercle, il y aura lieu de

65. Voir *infra*, annexe II.

66. L. MICHOU, *op. cit.*, note 16, p. 227.

67. *Id.*, p. 228.

distinguer les collectivités à but intéressé de celles à but désintéressé. La distinction est importante à un double niveau. Premièrement, parce que les relations entre associés ne peuvent être soumises à un régime identique dans les deux cas, et que l'organisation dans les groupements à but intéressé comportera pour les associés des droits sur le patrimoine social qui seront inconnus dans les associations à but idéal. Deuxièmement, la politique de l'État ne sera pas la même par rapport à un type ou l'autre de groupement. En effet, à l'égard des associations à but lucratif, l'État n'a aucune méfiance, il ne craint pas l'accumulation de gains, les biens devant éventuellement se fondre dans les patrimoines privés. Les seules précautions à prendre concernent l'intérêt des associés et celui des tiers exposés à l'habileté des « entrepreneurs ». On instaurera donc des mesures de publicité ainsi que des dispositions réglementant l'obligation des associés aux dettes ou le fractionnement du patrimoine social.

Partout, dans les pays de droit civil, la séparation fondamentale entre les corporations consistera à distinguer les personnes morales à but intéressé de celles à but désintéressé. Cette division se traduira, essentiellement, par les concepts de société et d'association. Ces dernières sont parfois difficiles à différencier. Il s'agit, dans les deux cas, de groupements de personnes animées d'une volonté commune mais aux vocations diamétralement opposées. Les sociétés sont des collectivités à but lucratif, alors que les associations en sont par essence dénuées. Leur trait distinctif se résume en ce que, dans la société, les associés ont comme ultime finalité d'acquérir un bénéfice pécuniaire qui produira un enrichissement positif du patrimoine, alors que, dans l'association, on cherchera plutôt à obtenir un avantage de nature morale. Il s'avère cependant beaucoup plus juste de parler pour l'association de poursuite d'un but « autre que le partage de bénéfices pécuniaires » au lieu d'avantage moral. Car, en se référant à « bénéfices pécuniaires⁶⁸ » dans le nouveau Code, le législateur a tranché le débat et qualifié d'association tout groupement qui aurait comme vocation de faire réaliser des économies à ses membres.

Selon le nouveau Code civil du Québec⁶⁹

Le C.c.Q. offre une toute nouvelle classification, sans fondation, en toute rupture avec la tradition, tant civiliste que québécoise.

La disposition première⁷⁰ du titre sur les personnes morales énonce qu'elles sont de droit public ou de droit privé. Jusque-là, tout paraît

68. Voir les définitions des contrats de société et d'association, C.c.Q., art. 2186.

69. Voir *infra*, annexe II.

70. C.c.Q., art. 298.

conforme à la traditionnelle distinction. Les choses se compliquent lorsqu'on découvre que les personnes morales du C.c.Q. ne constituent en fait rien d'autre que les corporations du C.c.B.C. La belle et apparente classification du C.c.Q. se résume donc simplement en la description d'un type particulier de personne morale, la corporation, « rebaptisée » pour les plaisirs de la langue.

Déjà, au tout début du processus de réforme, l'Office de révision du Code civil⁷¹ anticipait le problème. Il proposa donc un titre général sur les personnes morales, doublé d'un titre particulier sur les corporations. Sans avoir repensé et reformulé entièrement le droit à la française, en conciliant droit civil et contexte nord-américain, l'Office proposait alors une législation conforme à la réalité contemporaine québécoise.

Comment le législateur a-t-il pu bouleverser tout cela et réduire le terme générique « personne morale » à un vase clos ne décrivant plus qu'un aspect de la réalité du concept ? Le droit des personnes morales devait être rajeuni, rafraîchi, raccroché à la famille romano-germanique. Réduire le droit québécois des personnes morales aux seules corporations nord-américaines équivaut en fait à le couper définitivement du droit civil ; de malade chronique qu'il était, on le condamne à une mort certaine.

2.1.2 La recrudescence des attributs

C'est en interprétant les dispositions du *Code civil du Bas Canada* que la doctrine et la jurisprudence en sont venues à qualifier la société de personne morale. Plusieurs articles laissent entrevoir que la société, parce qu'elle est dotée d'un patrimoine indépendant, constitue un être distinct, une personne morale. La théorie est cependant controversée, et plusieurs utiliseront l'argument de la responsabilité subsidiaire des associés ou le fait que la société ne puisse ester en justice pour lui dénier le caractère de personne morale.

Le nouveau droit ajoute un élément non négligeable à la discussion. D'une part, comme nous l'avons vu antérieurement, il nie expressément à la société le caractère de personne morale. D'autre part, comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, il accroît ses attributs de façon à lui conférer cette plus grande permanence caractéristique de la personne morale.

71. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 43 et suiv., art. 241 et 271.

2.1.2.1 La situation en vertu du *Code civil du Bas Canada*

Le titre onzième du livre troisième du *Code civil du Bas Canada* est imprégné de dispositions militant pour la qualification de société-personne morale. Sur 77 articles relatifs à la société, nous relevons plus de 20 dispositions démontrant l'indépendance du patrimoine social de ceux des associés, sans compter tous les autres articles dont s'infère implicitement le principe. Sans faire l'énumération de toutes les dispositions dont se dégagent des indices de la personnalité juridique, nous exposerons celles qui nous paraissent les plus fondamentales et qui ont été les plus déterminantes dans la reconnaissance de la personnalité aux sociétés.

Tout d'abord, l'état de la société est clairement défini dans la législation. La société a un nom ou une dénomination sociale qui l'identifie. Lorsqu'elle emploie celui d'une autre personne⁷², le Code lui impose l'obligation de le dénoncer aux tiers. La société a aussi la possibilité d'avoir plusieurs résidences. L'article 1834 l'oblige à déclarer chacune d'elles. Et c'est à l'un de ces bureaux d'affaires que la signification⁷³ pourra être faite à la société commerciale. La société a aussi et surtout un patrimoine indépendant⁷⁴; plusieurs articles du Code le démontrent clairement. Ainsi, « [c]haque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter⁷⁵ »; un associé peut être à la fois créancier d'une personne qui est aussi débitrice envers la société⁷⁶; un associé peut être tenu responsable envers la société des dommages qu'il lui a causés⁷⁷ et avoir même action contre elle⁷⁸. Notons aussi les articles 1896a et 1898 qui font référence à la dissolution et à la liquidation de l'actif social et principalement l'article 1899 qui dispose que le patrimoine social est le gage des créanciers sociaux. Autre disposition importante à signaler, à l'extérieur cette fois du titre sur les sociétés, l'article 387, qui a été à la base de la reconnaissance de la personnalité des sociétés commerciales. Il est intéressant de rappeler l'éloquente explication de Mignault :

Que l'action et l'intérêt soient meubles lorsque le fonds, le capital social, est lui-même purement mobilier, rien de plus logique, rien de plus conforme à la théorie générale de notre code sur la classification des droits. Mais la loi ajoute que

72. C.c.B.C., art. 1834b.

73. C.p.c., art. 129.

74. Voir, entre autres, les décisions *Girard c. Rousseau*, (1887) 31 L.C.S. 112; *Walker c. Lamoureux*, (1904) 13 B.R. 209; *Donohue c. La corporation paroissiale de St-Étienne*, (1923) 31 R.P. 103, [1924] R.C.S. 510; *Fortin c. Cimon*, (1931) 50 B.R. 242.

75. C.c.B.C., art. 1839.

76. *Id.*, art. 1843.

77. C.c.B.C., art. 1845.

78. *Id.*, art. 1847.

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*⁷⁹.

Mentionnons aussi l'article 115 du C.p.c. qui dispose que si une action est intentée contre une société commerciale, le jugement prononcé n'est exécutoire que contre ses biens. Enfin, la société ayant une incapacité totale d'exercice de ses droits, le Code prévoit une série de règles pour sa représentation. Du titre sur les sociétés se dégage aussi un élément important soulevé par les partisans de la réalité technique : la notion d'organisation. Les associés pourront nommer un gérant pour administrer les affaires de la société ; à défaut de gérant, les associés sont présumés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre⁸⁰. La référence au régime juridique du mandat démontre, une fois de plus, l'indépendance de la société par rapport aux associés : la société est le mandant et le gérant ou les associés, le mandataire⁸¹.

Ainsi, comme nous venons de le démontrer, la société possède maints attributs de la personnalité juridique. Mais, comme plusieurs aiment bien le rappeler, la personnalité de la société est incomplète : « [l]a société ne peut ester en justice sans le concours de ses membres et, ce qui la défavorise le plus par rapport à la corporation, la responsabilité de ses membres n'est pas limitée à leur apport et peut s'étendre à toutes les dettes sociales⁸² ». On nous dira encore « que l'existence de la société est beaucoup trop liée, en principe, au sort des associés, ou à leur volonté, pour considérer qu'elle est une personne morale⁸³ ».

Dans la nouvelle législation, la société peut ester en justice et plusieurs causes actuelles de dissolution sont transformées en simple perte de la qualité d'associé. En ce qui a trait à la responsabilité subsidiaire des associés, elle fait, selon nous, partie intégrante de la nature juridique de la société. Pourrait-on croire, enfin, que malgré un libellé équivoque la société soit considérée par le droit québécois comme une véritable personne morale ?

79. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 440 (l'italique est de nous).

80. C.c.B.C., art. 1849 et 1851.

81. Voir l'arrêt Noël c. *Les petites sœurs franciscaines de Marie*, précité, note 37, où l'on mentionne que les associés sont des mandataires ou des préposés de la société.

82. J. SMITH, *Cours de droit commercial*, t. 1, Montréal, Centre d'édition juridique, 1979, p. 76 ; voir aussi J. SMITH, « La personnalité morale des groupements non constitués en corporation », (1979) 81 *R. du N.* 457 (l'italique est de nous).

83. *Ibid.*

2.1.2.2 La situation en vertu du *Code civil du Québec*

Malgré la négation explicite de la personnalité des sociétés, on dénote dans la nouvelle législation une panoplie de nouveaux attributs confortant la thèse de la société-personne morale. En effet, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite peuvent ester en justice, racheter leurs parts sociales, ne compter qu'un seul membre, avoir une existence indépendante de motifs liés personnellement à leurs membres et être liquidées suivant les mêmes règles que les personnes morales. Quant aux associés, ils pourront céder ou hypothéquer leur part dans l'actif et les bénéfices de la société. Soulignons enfin la création d'un nouveau type de société, celle en participation, caractérisée principalement par son absence de personnalité, démontrant bien l'opposition avec les sociétés personnifiées.

La nomenclature

La société pourra dorénavant ester en justice sous le nom qu'elle déclare et être poursuivie au même titre⁸⁴. Cette modification comble la principale lacune reprochée à la société. L'antinomie société-personne morale indépendante, incapable d'exercer ses droits, est maintenant résolue. La législation est claire et ne pose aucune ambiguïté à cet égard.

Le nouveau droit transforme les causes de dissolution reliées intrinsèquement aux associés⁸⁵ en simple perte de cette qualité⁸⁶. La société acquiert donc une plus grande stabilité et une plus grande permanence. On « vise à éviter les pertes tout à fait inutiles, bien souvent, que pouvaient entraîner la dissolution de la société pour ces causes et la reconstitution, par les associés restants, d'une nouvelle société pour continuer les affaires de l'ancienne. Elle favorise également la poursuite des activités des sociétés⁸⁷. » La société n'est plus dépendante de la présence, de la capacité et de la solvabilité des associés. Ainsi, l'associé cesse d'être membre de la société, en cas de cession ou de rachat de sa part sociale⁸⁸, par son décès, l'ouverture à son égard d'un régime de protection, sa faillite ou par l'exer-

84. C.c.Q., art. 2225 ; voir aussi la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 51, art. 191-192 et 215, qui modifient en conséquence les articles 60, 61 et 115 du C.p.c.

85. C.c.B.C., art. 1892, al. 1 (5), (6), (6a), (7) et al. 3.

86. C.c.Q., art. 2226-2229.

87. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires détaillés sur le projet de loi 125 — Code civil du Québec*, Livre V, *Des Obligations*, Titre deuxième, « Des contrats nommés », v. II, art. 2214, p. 50.

88. C.c.Q., art. 2210.

cice de son droit de retrait⁸⁹. Mentionnons qu'il cesse aussi d'être associé par sa volonté, son expulsion ou par un jugement autorisant son retrait ou ordonnant la saisie de sa part.

Dans la même optique, le nouveau Code dispose que la société constituée pour un temps déclaré peut être continuée avec le consentement de tous les associés⁹⁰ et que la réunion de toutes les parts sociales dans les mains d'un seul associé n'emporte pas dissolution, pourvu que dans les 120 jours au moins un nouvel associé se joigne à la société⁹¹. Ces dispositions « se [situent] dans le prolongement de l'approche nouvelle que reflètent les articles précédents, selon laquelle la société ne se termine plus nécessairement du seul fait de la diminution ou de l'augmentation du nombre d'associés, voire de la substitution d'un associé à un autre⁹² ».

Deux nouvelles dispositions démontrent, une fois de plus, l'indépendance du patrimoine social de ceux des associés. En effet, un associé pourra hypothéquer⁹³ sa part dans l'actif ou les bénéfices de la société, la céder à un autre associé ou la faire racheter par la société⁹⁴. Inspirées du *Code civil* français⁹⁵, ces dispositions confirment le caractère mobilier de la part sociale et l'ouverture du droit des sûretés en faveur de l'hypothèque mobilière. Mentionnons simplement que cette possibilité d'affecter les parts sociales ne devrait pas nuire au caractère *intuitu personae* de la société, car, dans l'hypothèse où la part s'avérerait cédée à un tiers par l'exercice des recours hypothécaires, les autres associés pourraient toujours utiliser le levier offert par l'article 2209 et écarter l'acquéreur en lui remboursant le prix de la part ainsi que les frais.

Le C.c.Q. offre aussi de nouveaux indices d'une représentation organique de la société. Soulignons notamment la codification de règles supplétives sur la prise de décisions collectives à la majorité plutôt qu'à l'unanimité⁹⁶ ainsi que la précision d'anciennes dispositions relatives à l'organisation et à la gestion de la société⁹⁷. La nouvelle législation fait

89. Voir, à ce sujet, le nouvel article 2209 C.c.Q. qui permet à un associé, dans un délai de 60 jours à partir du moment où il a appris qu'un tiers a acquis à titre onéreux une part sociale, de l'écarter.

90. C.c.Q., art. 2231.

91. *Id.*, art. 2232.

92. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 87, p. 57, art. 2220.

93. C.c.Q., art. 2211.

94. *Id.*, art. 2210.

95. *Code civil* français, art. 1843-1844 et 1866.

96. C.c.Q., art. 2216.

97. *Id.*, art. 2212-2215.

référence, enfin, pour la liquidation des sociétés⁹⁸, aux règles prévues dans le titre sur les personnes morales⁹⁹. On prévoit un régime de liquidation renouvelé, mieux adapté et structuré aux besoins d'une véritable organisation.

Ainsi, le C.c.Q. transcende de nouveaux attributs de la personnalité et semble adopter, à tout le moins subsidiairement, la thèse de la réalité. L'instauration d'un nouveau type de société, n'ayant par essence aucune personnalité, nous conforte donc dans notre position !

La société en participation

De droit nouveau, la société en participation « rejoint le concept de société anonyme du droit actuel, tout en regroupant globalement les sociétés peu organisées, les sociétés ponctuelles et les sociétés dites de fait¹⁰⁰ ».

La société en participation est dénuée de toute personnalité et échappe à toute mesure de publicité. Elle n'existe en fait que dans les rapports entre associés : « En apparence il n'y a pas de société, mais des personnes indépendantes avec qui les tiers concluent des contrats sans nécessairement connaître la réalité, qui est la société en participation¹⁰¹. » Ce type de société pourra être utilisé comme moyen de financer de manière occulte une personne qui effectuera un travail pour le compte de plusieurs ou comme technique de collaboration interentreprises. C'est la société en participation telle que nous la retrouvons actuellement en France. Celle du C.c.Q. se distingue, à cet égard, de celle du *Code civil* français. On nous réfère à ce modèle, alors qu'il s'agit d'une réalité différente. En effet, la société québécoise inclut, contrairement au droit français, les sociétés dites de fait, peu organisées, où la volonté est tacite. Ainsi, elle constituera au Québec la catégorie résiduaire regroupant toutes les sociétés non déclarées.

La société en participation est simple, dépourvue de toute personnalité ; discrète, échappant à toute mesure de publicité ; et souple, se rapprochant beaucoup plus des techniques contractuelles, donc de l'autonomie de volonté, que des règles applicables à la société. Cette dernière n'étant assujettie à aucune forme de publicité, chaque associé demeure

98. *Id.*, art. 2235.

99. *Id.*, art. 358-364.

100. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 87, p. 76, art. 2238. À opposer à la très importante décision, *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, (1984) 1 R.C.S. 2, où la Cour suprême du Canada déclare qu'il n'existe pas de « sociétés de fait » en droit québécois.

101. Y. GUYON, *Droit des affaires*, 7^e éd., Paris, Economica, 1992, p. 523, n° 514.

propriétaire des biens constituant son apport à la société et n'est présumé agir qu'en son nom personnel¹⁰² ; les apports n'étant pas translatifs de propriété, il y a absence de patrimoine social et les créanciers sociaux sont confondus avec les créanciers personnels. La société n'a pas de nom déclaré, elle n'a pas le pouvoir d'ester en justice ou d'être poursuivie¹⁰³. La société prendra fin par le décès ou la faillite de l'un des associés, par l'ouverture à leur égard d'un régime de protection ou par un jugement autorisant la saisie d'une part sociale¹⁰⁴. Enfin, la liquidation de la participation se fera selon un processus beaucoup plus sommaire que pour les sociétés personnifiées¹⁰⁵.

Il faut s'interroger sur les motivations profondes de la création de ce nouveau type de société, en l'opposant à la disposition selon laquelle « seule la société par actions est une personne morale ». La société en participation avait toute sa raison d'être dans un système d'immatriculation où l'on distinguait clairement les sociétés avec personnalité de celles qui en étaient dénuées. Car si, comme nous l'avons démontré, les sociétés en nom collectif et en commandite « sont devenues « plus que des sociétés » [...], les sociétés en participation sont « moins que des sociétés » puisqu'on leur retire leur patrimoine à discuter avant de poursuivre les associés et que l'on n'exige pas qu'elles déposent la déclaration de société¹⁰⁶ ». En effet, l'intention à la base de la création de cette catégorie était de priver les sociétés non déclarées des avantages de la personnalité morale. Et l'on peut actuellement se demander sérieusement si la mission a été remplie et si, comme certains le croient, « au lieu de protéger les tiers, ce [ne] sont [pas] eux que le législateur pénalise en les privant de l'information de la déclaration de société, même à l'égard des sociétés exerçant une « entreprise », et en rendant plus précaires et ardues leurs recours contre les associés¹⁰⁷ ».

Le législateur, en abandonnant son projet de société-personne morale, n'aurait-il pas dû logiquement faire disparaître la société en participation

102. C.c.Q., art. 2252, al. 1 et 2253, al. 1.

103. *Id.*, art. 2189.

104. *Id.*, art. 2258, al. 2.

105. *Id.*, art. 2264-2266.

106. P. MARTEL, « Les personnes morales et les sociétés », dans BARREAU DU QUÉBEC, (dir.), *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 25.

107. *Ibid.* Nous ne croyons pas cette mission accomplie, car il est de l'essence de la participation qu'elle soit occulte. Pour ce qui est des sociétés exploitant une entreprise, il devrait y avoir une réglementation dans la future loi sur la publicité légale. Soulignons qu'au moment d'écrire ces lignes aucun projet de loi n'avait encore été déposé et que la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 51, n'y fait aucunement référence.

créée en fonction même de l'immatriculation ? Tout l'effet paradoxal réside dans le fait que, d'une part, on mentionne que la société n'est pas une personne morale, alors que, d'autre part, on oppose des sociétés personnifiées à une société sans personnalité. On écrivait récemment :

*La stipulation que les sociétés par actions sont des personnes morales confirme implicitement, par la négative, que les autres sociétés n'en sont pas. Cette stipulation est excessivement importante car nous allons voir que, dans les faits, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite jouissent de la plupart des caractéristiques des personnes morales*¹⁰⁸.

Le discours, une fois de plus, n'est pas situé au bon niveau. Les sociétés ne sont peut-être pas des personnes morales au sens du C.c.Q., mais cette même législation leur confère cependant la personnalité juridique. Si la doctrine et la jurisprudence ont pu reconnaître que les sociétés civiles et commerciales du C.c.B.C. étaient des personnes morales, comment en dénier la qualité aux nouvelles sociétés, alors qu'il n'y a plus que la responsabilité illimitée des associés qui les distingue des corporations ?

Le législateur a créé de toutes pièces une ambiguïté en remplaçant le vocable « corporation » par l'expression « personne morale » et en opérant un demi-retour au *statu quo*. Quel sera l'impact d'un tel quiproquo ?

2.2 L'impact réel de la nouvelle législation

La personnalité juridique de la société a toujours été problématique. Lorsque les fondations d'une institution sont chancelantes, il est normal que la construction soit fragile. Le monde juridique a toujours été incapable de concilier personne morale et responsabilité subsidiaire des associés. Certes, l'un des principaux avantages de la personne morale est de pallier la règle de l'unité de patrimoine. Cependant, faut-il le rappeler, il ne s'agit pas du seul. La constitution d'une personne morale permet aussi et surtout de réunir les participants dans une structure organisée et d'éviter ainsi les règles de l'indivision et d'écarter les situations d'impasse.

Lorsqu'on y regarde avec du recul et après avoir étudié les fondements de l'institution, on peut penser que le but poursuivi par la société aurait très bien pu être servi sans faire référence à l'idée de personnalité. La propriété collective fut conçue initialement pour répondre à ce type particulier de groupement. L'histoire en a cependant décidé autrement. La société a très tôt été associée à l'idée de personnalité et les juristes ont cherché de tout temps à comprendre ce phénomène. L'interprétation faite de la codification québécoise, loin de redresser la situation, ajouta une autre perspective à la problématique en réduisant le droit des personnes morales à un simple

108. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 107, 19 (l'italique est de nous).

concept de droit anglais. Cent vingt-cinq ans plus tard, au lieu de clarifier le droit, le législateur modifie la terminologie et produit un non-sens.

Comment concilier cette réforme avec le passé et comment l'envisager dans une perspective d'avenir ? Nous analyserons, dans un premier temps (2.2.1), le bien-fondé et l'impact réel de la nouvelle législation, et tenterons de proposer, dans un second temps (2.2.2), des solutions aux problèmes juridiques soulevés.

2.2.1 Exégèse

La nouvelle législation présente deux avenues possibles. D'une part, on semble opter très clairement pour la fiction et dénier toute personnalité à la société. D'autre part, de nombreux éléments de la réalité se dégagent de la nouvelle législation.

Comment justifier cette position adoptée par le législateur québécois (2.2.1.1) ? Comment interpréter la nouvelle législation (2.2.1.2) ? Et, enfin, quelles seront les conséquences d'une telle législation (2.2.1.3) ?

2.2.1.1 L'intention du législateur

Contrairement aux propositions de l'Office de révision du Code civil¹⁰⁹ et de l'avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*¹¹⁰, qui optaient pour un pur système de fiction en attribuant la personnalité aux sociétés par l'immatriculation dans un registre, le C.c.Q. opère un retour en arrière et dispose expressément que la société n'est pas une personne morale. Qu'est-ce qui a bien pu motiver ce revirement complet de position ?

Malgré le fait que la doctrine et la jurisprudence ont souvent reconnu à la société du droit actuel une certaine personnalité morale, *il ne conviendrait pas d'affirmer cette personnalité au Code civil*. D'une part, la personnalité ainsi reconnue ne correspond pas entièrement à celle d'une « corporation » puisque les associés demeurent responsables personnellement des dettes sociales ; d'autre part, cette affirmation pourrait susciter des difficultés aux sociétés québécoises par rapport à celles constituées dans d'autres provinces, notamment sur le plan fiscal. *En effet, en droit canadien, la non-responsabilité aux dettes fait partie intégrante de la notion de personne morale ou de « corporation »*. Je proposerais donc de ne pas attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom collectif ou en commandite¹¹¹.

109. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 71, art. 748.

110. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Avant-projet de loi : Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1987, art. 2251.

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

Les représentations des milieux professionnels n'ont pas été étrangères à ce revirement spectaculaire. Tout ce qui est nouveau dérange et fait peur, particulièrement lorsque la norme est bien établie depuis plusieurs années :

Si le législateur avait maintenu telle quelle la première version du chapitre relatif aux sociétés, *le monde des affaires aurait été substantiellement bouleversé.*

Les sociétés seraient devenues des personnes morales dès leur immatriculation au registre des associations et entreprises, *ce qui aurait automatiquement changé leur statut fiscal ainsi que tout leur fonctionnement interne.*

[...]

Obnubilés par les réalités françaises, nos légistes ont mis beaucoup de temps à comprendre et à accepter que la « *personne morale* » française et celle du continent nord-américain ne sont pas les mêmes et que le droit fiscal français renferme des aménagements que le nôtre ne connaît pas lorsqu'il s'agit de distinguer entre une corporation et une société (toutes deux désignées « *société en France* »). Il leur a fallu longtemps pour saisir qu'une société ne fonctionne pas, à l'interne, comme une corporation, avec un conseil d'administration et des assemblées des membres¹¹².

C'est donc essentiellement pour les deux facteurs énoncés plus haut, soit l'environnement nord-américain et le système fiscal, que le législateur a décidé de faire marche arrière.

Certains juristes clament ouvertement que qualifier les sociétés de personnes morales équivaldrait à prendre une position contraire à ce que l'on voit partout dans les autres provinces et en Amérique du Nord. Les impératifs de la concurrence commanderaient d'avoir une législation semblable à celles des pays avec qui l'on traite. Certes, on ne peut nier cette nécessité pour le Québec de considérer son entourage immédiat : c'est une réalité sociale avant d'être une réalité juridique. Le droit québécois peut s'inspirer du droit anglais mais doit cependant éviter son enveloppe idéologique. Est-il nécessaire de rappeler que le droit privé québécois est distinct de celui qui se pratique sur le continent nord-américain ? La personnalité morale est une notion essentiellement civiliste et n'a qu'un rôle accessoire en droit anglais : « Il y a peu d'inconvénients dans les provinces

112. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 107, 15-16 (l'italique est de nous) ; mentionnons aussi BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des personnes présenté à la Commission parlementaire le 28 mai 1985 sur le Projet de loi 20 : loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, Montréal, Barreau du Québec, 1985, p. 17, où la corporation exprime l'opinion suivante : « [La réforme] laisse cependant subsister une certaine confusion notamment en éliminant la notion de « corporation » solidement ancrée dans le monde des affaires nord-américain, en introduisant une nouvelle sorte de personnes morales au statut nébuleux, celles non immatriculées au registre des associations et entreprises, et en créant un doute sérieux quant au régime de responsabilité et au régime fiscal applicables. »

de common law à ne reconnaître la personnalité qu'aux corporations. Le *trust* rend pour le reste l'essentiel des services que les pays de droit civil demandent à la personnalité morale¹¹³. » Doit-on encore insister sur la nécessité de raccorder le droit privé à sa source première : le droit français ? « Le succès d'une réforme [...] risque [...] d'être [sérieusement] compromis si on ne se libère pas de *certaines contraintes artificielles qui ont traditionnellement bloqué toute véritable réflexion juridique*¹¹⁴. »

Le deuxième motif, fréquemment évoqué, qui paraît avoir contribué au maintien du *statu quo* concerne le système fiscal. En droits canadien et québécois, seule la corporation est considérée comme un sujet de droit autonome et bénéficie en conséquence de son propre régime d'imposition. La *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹⁵ ne définit pas la société, mais en expose, lorsque c'est nécessaire, les conséquences fiscales. Une société n'est pas une personne au sens de la loi, bien que l'article 96 dispose que le revenu d'un associé est calculé comme si la société était une personne distincte. Le revenu de la société sera présumé avoir été réalisé par les associés et ce seront eux qui seront responsables personnellement des impôts en proportion de leur part sociale. La société est donc « un véhicule qui sert à compiler les résultats provenant de plusieurs sources et à les transmettre aux différents associés tout en conservant leurs caractéristiques¹¹⁶ ».

Il est évident qu'avec l'unification du droit des personnes morales l'idéal aurait été d'adapter le système fiscal afin de ne pas créer de disparité de traitement. Notre objectif n'étant pas d'explorer les méandres des législations fiscales, qu'il nous suffise seulement de mentionner qu'il aurait à tout le moins été possible, par une disposition interprétative, de maintenir le système d'imposition actuel. Dans une province où la dualité de régime est la règle, cette particularité n'aurait certes pas été considérée comme hors du commun. Après la langue, faut-il maintenant sacrifier le droit privé au profit du droit public ?

Enfin, autre élément qui nous paraît important, le fameux registre des associations et entreprises. Le projet de loi 54, déposé en 1987, instaurant la *Loi sur le registre des associations et entreprises*¹¹⁷ a été complètement abandonné et n'a donné lieu à aucune autre loi depuis. Cet important projet

113. M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 10, 1035.

114. *Id.*, 1023 (l'italique est de nous).

115. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. C-63.

116. R. HUOT, « Cours d'impôt », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (dir.), *Répertoire de droit, Fiscalité—Doctrine—Document 1*, Montréal, SOQUIJ, 1992, p. O-2.

117. Loi présentée le 16 juin 1987 par Pierre Fortier, alors ministre délégué aux Finances et à la Privatisation : *Loi sur le registre des associations et entreprises*, Projet de loi 54, 1^{re} session, 33^e législature (Québec).

de loi remplaçait la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*¹¹⁸ et la *Loi concernant les renseignements sur les compagnies*¹¹⁹ et abrogeait toute une série d'autres lois¹²⁰ afin d'établir un nouveau système de publicité légale des associations et entreprises au Québec. Ce projet de loi allait en effet beaucoup plus loin que le remaniement du système de publicité puisqu'il s'attaquait directement à la constitution des personnes morales¹²¹. On transférait à l'inspecteur général¹²² les fonctions exercées actuellement par le protonotaire ; on informatisait les registres ; on bouleversait en fait tout le système actuel. Le législateur n'étant pas encore prêt à effectuer le virage, on abandonna le projet en essayant d'effectuer le moins d'amendements possibles. Le résultat est malheureux !

2.2.1.2 L'interprétation de la législation

Comment la jurisprudence interprétera-t-elle ces dispositions ? L'apparente clarté de l'article 2188 l'emportera-t-elle sur l'intention réelle du législateur ? Quels seront les paramètres qui gouverneront les tribunaux dans leur interprétation ? Autant de questions qui méritent mûre réflexion.

Première chose importante à considérer lorsqu'on jette un regard sur la nouvelle législation, c'est qu'elle constitue une recodification et non une codification originale et nouvelle sur le plan du fond¹²³. Il s'agit donc en fait d'une reprise du code actuel accompagnée de formules nouvelles. Un processus de recodification poursuit deux avenues : une filiation directe avec le passé et une adaptation aux réalités contemporaines.

La filiation avec le passé s'exprimera principalement par une continuité jurisprudentielle. Comme le législateur a tenu compte des décisions jurisprudentielles pour la rédaction de ces lois, au même titre, les tribunaux considéreront la jurisprudence antérieure dans l'interprétation des nouvelles dispositions. Tout en maintenant un fil conducteur avec le passé, le nouveau droit devra aussi s'adapter aux réalités d'aujourd'hui. Un exemple éloquent en la matière concerne certainement le droit des personnes morales et la réalité nord-américaine. S'il est sain d'exiger qu'un droit

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

119. *Loi concernant les renseignements sur les compagnies*, L.R.Q., c. R-22.

120. Voir la disposition introductive du projet de loi 54, précité, note 117, où 58 lois sont abrogées ou modifiées.

121. Voir le projet de loi 54, précité, note 117, art. 1, et la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, présentée le 19 décembre 1985, adoptée et sanctionnée le 15 avril 1987, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1987, art. 324.

122. Projet de loi 54, précité, note 117, art. 12.

123. Voir à ce sujet la disposition finale du C.c.Q. qui mentionne que le « présent code remplace le Code civil du Bas-Canada » (l'italique est de nous).

s'adapte à son contexte sociologique, il est par contre malsain qu'il s'assimile à cette réalité au point d'en être dénaturé de son sens profond.

La recodification rouvre aussi le débat opposant les tenants d'une interprétation stricte à ceux d'une interprétation large et généreuse. Il nous apparaît inéluctable qu'en admettant la perpétuité du droit antérieur les tribunaux devront éviter les interprétations proprement littérales et utiliser le passé pour créer les liens nécessaires à la continuité jurisprudentielle. Le juge Baudouin, se prononçant récemment sur le rôle de la magistrature avec l'avènement du nouveau Code, exprimait son désir de voir dominer une interprétation large, authentiquement québécoise :

Pour ce qui est de la magistrature, le défi est considérable puisqu'il va s'agir dans la décennie prochaine d'affirmer les grandes interprétations et de donner une vision cohérente du nouvel ensemble [...] [J]e souhaite [...] que la jurisprudence donne au nouveau Code *une interprétation large et généreuse et surtout prenne garde d'utiliser à son égard les règles statutaires étroites d'interprétation*¹²⁴.

Arrêtons-nous maintenant sur les règles dégagées pour interpréter les dispositions du C.c.B.C. et tentons de les appliquer au nouveau C.c.Q. et à la situation qui nous intéresse particulièrement ici. Tout d'abord, démarche préliminaire, décider s'il y a lieu ou non à interprétation : « [S]i le code est clair et ne présente pas d'ambiguïté sur le point en litige, on ne peut l'explicitier ou l'écarter en se référant à une autre source quelle qu'elle soit¹²⁵. » Dans le cas qui nous concerne, s'il n'y avait eu que la disposition expresse sans nouveaux attributs, il aurait été difficile d'invoquer l'ambiguïté. Cependant, un paradoxe se dégage très clairement du nouveau droit par l'absolutisme d'une disposition, d'une part, alors qu'un libéralisme s'infère de la législation nous permettant de soutenir le postulat inverse, d'autre part.

Donc, lorsque « le code présente une ambiguïté ou une incertitude, il faut l'interpréter¹²⁶ ». Et c'est à cette étape-là qu'il est fondamental de ne pas se laisser prendre dans le filet de l'interprétation stricte. On admet en jurisprudence¹²⁷ que les dispositions du Code civil relatives à l'interprétation des contrats¹²⁸ s'appliquent à l'interprétation des lois. En consé-

124. J.-L. BAUDOUIN, « Perspectives historiques sur la codification », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 22 (l'italique est de nous).

125. F.P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, introduction et traduction par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, p. 87.

126. *Id.*, p. 100.

127. *Regent Taxi c. Congregation*, [1929] R.C.S. 650, 688.

128. C.c.B.C., art. 12, 1013-1021 et C.c.Q., art. 1425-1432.

quence, l'interprétation littérale est défendue par le Code lui-même ainsi que par les lois d'interprétation¹²⁹. Si les tribunaux appliquent ces principes, le *statu quo* devrait être maintenu et la personnalité juridique reconnue aux sociétés malgré la disposition impérative.

Un autre élément qui nous conforte dans notre position concerne la terminologie employée dans l'article 2188. L'article mentionne : « dans ce cas, elle est une personne morale » et non « dans ce cas, elle a la personnalité juridique ». L'expression « personne morale », comme nous l'avons démontré antérieurement, n'est en fait qu'un mauvais substitut au mot « corporation », ne faisant référence à rien d'autre qu'à un type particulier de personne morale. La société n'est peut-être pas une personne morale, telle qu'elle est définie par le C.c.Q., mais elle possède manifestement la personnalité juridique. Ce que l'on conçoit bien devrait normalement s'énoncer clairement. Pour concevoir, il faut cependant « avoir une idée claire¹³⁰ » d'un concept : comprendre, saisir le substratum de la notion. Toute l'aberration de la présente rédaction se résume dans ce défaut de conception, qui, malgré toute interprétation, constituera, indubitablement, un handicap à surmonter pour la société.

2.2.1.3 Les conséquences

En comparant le projet de loi 20¹³¹ et l'avant-projet de loi portant réforme au droit des obligations¹³² avec la version définitive du *Code civil du Québec*, il est remarquable de constater à quel point les dispositions sont en apparence semblables. On paraît avoir effectué le virage en ayant simplement extirpé le mot « immatriculation » de la législation et en ayant ajouté une disposition expresse mentionnant que la société n'est pas une personne morale. Les commentaires semblent confirmer notre position :

Aussi, compte tenu des modifications qui seront apportées au Livre V quant à ce contrat et du fait qu'il est proposé de maintenir le droit actuel quant à la non-attribution de la personnalité juridique aux sociétés, *certaines ajustements* devront être apportés au titre V du Livre premier, notamment pour y retirer les définitions

129. Voir les développements de M. Tancelin dans F.P. WALTON, *op. cit.*, note 125, p. 16. Voir, entre autres, C.c.Q., art. 1425 qui dispose que dans « l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés » (l'italique est de nous) et la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 51, art. 603, qui ajoute l'article 41.1 à la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) : « Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet. »

130. P. ROBERT, *Le Petit Robert I*, Paris, Le Robert, 1982.

131. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, précitée, note 121, art. 322-399.

132. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, précitée, note 110.

de société et d'association, pour revoir la règle de la responsabilité limitée, de même que *pour enlever les références à l'immatriculation* des personnes morales au registre des associations et entreprises, compte tenu que l'attribution de la personnalité ne sera plus liée à l'immatriculation et que le registre envisagé en 1987 ne fait plus actuellement l'objet d'un projet législatif¹³³.

En fait, quelle était l'intention réelle du législateur ? Aurait-il, par inadvertance, oublié que les effets sont différents lorsqu'on opte pour un pur système de fiction ou un amalgame de fiction et de réalité ? Aurait-il plutôt provoqué consciemment et temporairement cette ambiguïté, jusqu'à la mise sur pied du registre des associations et entreprises ? La réponse est importante, car ce *demi-statut quo* donne naissance à une situation insoutenable à plusieurs niveaux.

Au sein même du titre sur les personnes morales, la section IV du chapitre premier relative à l'attribution judiciaire de la personnalité ainsi que le chapitre deuxième, introduisant des dispositions applicables à certaines personnes morales, apparaissent défectueux.

L'article 331 C.c.Q. dispose :

La personnalité juridique peut, rétroactivement, être conférée par le tribunal à une *personne morale* qui, *avant qu'elle ne soit constituée*, a présenté de façon publique, continue et non équivoque, *toutes les apparences d'une personne morale* et a agi comme telle tant à l'égard de ses membres que des tiers.

L'autorité qui, à l'origine, aurait dû en contrôler la constitution doit, au préalable, consentir à la demande¹³⁴.

Cet article est une copie presque conforme de celui du projet de loi 20¹³⁵ ; seul le terme « immatriculation » a été remplacé par « constitution ». La modification, en apparence superficielle, nous semble cependant importante. Dans un système de fiction où l'on distingue la phase de la constitution de celle de l'immatriculation, seule cette dernière formalité est attributive de la personnalité juridique. En conséquence, un groupement peut avoir obtenu des statuts de constitution et agir pendant une certaine période comme une compagnie dûment constituée. Cependant, comme il n'a pas de personnalité juridique distincte, il ne pourra contracter valablement avec les tiers. On pourrait donc dire alors que, pendant cette période donnée, le groupement a présenté de façon publique, continue et non équivoque toutes les apparences d'une personne morale. En régularisant ultérieurement la situation par l'immatriculation, il acquiert la per-

133. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 111, p. 13 (l'italique est de nous).

134. L'italique est de nous.

135. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, précitée, note 121, art. 365.

sonnalité juridique. Pour la période antérieure à l'immatriculation, les actes de la nouvelle personne morale sont tous potentiellement annulables. L'attribution judiciaire rétroactive de la personnalité avait pour but de valider cette période. De situation exceptionnelle, ce mécanisme pourra, avec le C.c.Q., être utilisé par toutes les personnes morales désirant bonifier les actes conclus avant leur constitution. Cela amène à s'interroger sur l'utilité réelle de ces nouvelles dispositions. Protégeront-elles véritablement les tiers ayant contracté avec ce qu'ils croyaient être une personne morale ? Ou ne deviendront-elles pas plutôt une source extraordinaire d'abus et un nouveau moyen de se réfugier derrière le voile corporatif ? Est-ce que la réserve en faveur des tiers de bonne foi sera suffisante pour pallier la démesure¹³⁶ ?

Le C.c.Q. introduit aussi toute une série de dispositions devant régir le fonctionnement, la dissolution et la liquidation de certaines personnes morales. Quelles sont donc ces personnes morales ? Tout d'abord, précisons qu'il ne s'agit pas des corporations (personnes morales au sens du C.c.Q.) qui sont régies *a priori* par leurs lois spéciales¹³⁷. Le Code mentionne que ces dispositions sont applicables, dans un premier temps, aux personnes morales qui empruntent une forme juridique régie par un autre titre du Code et, dans un second temps, à toute autre personne morale dont la loi qui la constitue ne prévoit ni n'indique aucun autre régime de fonctionnement. La vocation de ce chapitre a substantiellement changé depuis l'abandon du projet de loi 20¹³⁸. Dans la mesure où l'on conférait la personnalité aux sociétés par l'immatriculation, ce chapitre avait toute sa raison d'être et voulait représenter le droit commun applicable aux sociétés et aux syndicats de copropriétaires. À partir du moment où l'on abandonne l'idée de société-personne morale, il devient à toutes fins utiles superflu. Le législateur semble toutefois avoir voulu justifier son maintien, en lui conférant une vocation résiduaire pour toutes les personnes morales dont la loi constitutive ne prévoit aucune règle de fonctionnement¹³⁹. Pourrait-on croire réellement que ces 31 nouveaux articles auront une véritable utilité pratique ?

Il est certain que cette situation inqualifiable instaurée par le nouveau droit provoquera un sentiment d'insécurité tant chez les associés que chez les personnes qui contracteront avec eux. En effet, selon l'interprétation pour laquelle opteront les tribunaux, la société pourra se voir reconnaître

136. C.c.Q., art. 318.

137. *Id.*, art. 300.

138. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, précitée, note 121.

139. Voir, par exemple, la *Loi sur les fabriques*, L.R.Q., c. F-1.

ou nier la personnalité. Cela rendra la position des associés précaire et la protection des tiers insuffisante. On s'aperçoit donc qu'il ne s'agit pas de simples difficultés théoriques, mais de véritables problèmes pratiques ayant des répercussions d'importance sur l'entourage social. La situation était déficiente sous l'empire du C.c.B.C. Le nouveau droit, loin de régler le problème, la rend tout à fait intolérable. Le législateur devra intervenir : soit pour introduire un système d'immatriculation assurant une protection adéquate aux tiers (2.2.2.1), soit pour instaurer un droit des personnes morales conforme à la fois à l'histoire et à la réalité contemporaine (2.2.2.2).

2.2.2 La nécessité d'une intervention législative

2.2.2.1 Pour un pur système de fiction

À l'instar de ce qui a été fait pour le droit français¹⁴⁰, le législateur pourrait subordonner l'attribution de la personnalité juridique à l'immatriculation dans un registre. Cet octroi de la personnalité, dans la seule mesure prévue par la loi, offre une protection accrue aux tiers, qui ne peuvent se voir opposer un nouveau sujet de droit que sous certaines conditions bien précises.

L'adoption d'un système d'immatriculation pourrait s'effectuer avec peu de difficultés, puisque, comme nous l'avons démontré antérieurement, le législateur semble avoir adopté une position intermédiaire lui permettant, en temps opportun, d'effectuer la transition. Si telle n'était cependant pas son intention, la situation devrait être envisagée et l'immatriculation pourrait être instaurée avec un minimum de modifications. Le seul obstacle demeurera toujours l'établissement du registre de publicité, qui nécessitera incontestablement le réarrangement de tout le système actuel.

2.2.2.2 Pour un amalgame de la fiction et de la réalité

L'autre option qui nous paraît envisageable et nettement souhaitable consisterait à rattacher le droit québécois à la tradition civiliste. Cette

140. La théorie de la réalité a été délaissée au moment des réformes subordonnant l'octroi de la personnalité juridique à une immatriculation au registre du commerce pour les sociétés ou à une déclaration à la préfecture pour les associations et les syndicats. Voir pour les sociétés commerciales, le *Code de commerce* français, art. L. 5 ; pour les sociétés civiles, le *Code civil*, art. 1842 *réd.* L. 4 janvier 1978 ; pour les groupements d'intérêt économique (GIE), *Ord.* 23 septembre 1967, art. 3 ; pour les groupements européens d'intérêt économique (GEIE), L. 13 juin 1989 ; pour les associations et les syndicats, L. 1^{er} juillet 1901, art. 2.

approche conforme à l'histoire, au droit civil et à la réalité nord-américaine réconcilie les principales théories élaborées par la doctrine.

L'organigramme¹⁴¹ des personnes morales se présenterait de la façon suivante : on trouverait, dans un premier temps, la traditionnelle distinction droit public-droit privé. En matière de droit privé, on distinguerait tout d'abord, les personnes morales à grande personnalité de celles à petite personnalité. Cette catégorisation, mise au point par la doctrine européenne, consiste en fait à classer distinctement les personnes morales émanant d'une concession de l'État (théorie de la fiction) de celles dont s'en dégage intrinsèquement la qualité (théorie de la réalité). Dans les personnes morales à grande personnalité, nous isolerions celles à but lucratif de celles à but non lucratif. Celles à but lucratif regrouperaient essentiellement les compagnies ; les autres à but non lucratif, les corporations. La même distinction serait effectuée pour les personnes morales à petite personnalité. Les sociétés constitueraient les personnes morales à but lucratif et les associations, celles à but non lucratif. Enfin, on distinguerait dans les sociétés les types privilégiés par le Code civil, soit la société en nom collectif, société de droit commun, et la société en commandite.

Cette classification repose sur les conceptions de la personne morale élaborées en droit civil : d'une part, les personnes morales à responsabilité limitée et, d'autre part, les personnes morales à responsabilité illimitée. Cette organisation témoigne de la coexistence de deux types distincts de personnes morales reconnus dans la sphère juridique. Elle prend en considération les conceptions doctrinales et l'acception qu'en a faite la jurisprudence québécoise en ne marquant d'aucune façon la suprématie de la fiction ou de la réalité, mais plutôt leur réconciliation dans un cadre adapté à la réalité nord-américaine.

Cette option serait facilement réalisable en qualifiant adéquatement les soi-disant personnes morales du C.c.Q. et en abrogeant l'article 2188. Ces modifications devront être effectuées tôt ou tard. Une telle équivoque ne pourra être maintenue très longtemps. Le législateur n'a en fait pas le choix. Il ne peut maintenir le *statu quo*, puisqu'il ne s'agit pas d'un *statu quo*. Pourquoi ne pas mettre une fois pour toutes le droit au diapason des réalités actuelles ? Pourquoi créer inutilement des situations d'ambiguïté ? Pourquoi ne pas prendre enfin clairement position ?

141. Voir *infra*, annexe III.

Conclusion

On peut dorénavant mieux comprendre les conséquences entourant la reconnaissance de la personnalité aux sociétés. Lorsqu'un concept n'a pas été conçu pour répondre aux besoins d'une collectivité, il est normal que des illogismes se produisent. La problématique de la personnalité des sociétés résulte d'une conception anachronique. Il existe en droit civil, depuis le début du XIX^e siècle, deux types de personnes morales, non en tous points semblables, mais n'en constituant pas moins des entités autonomes.

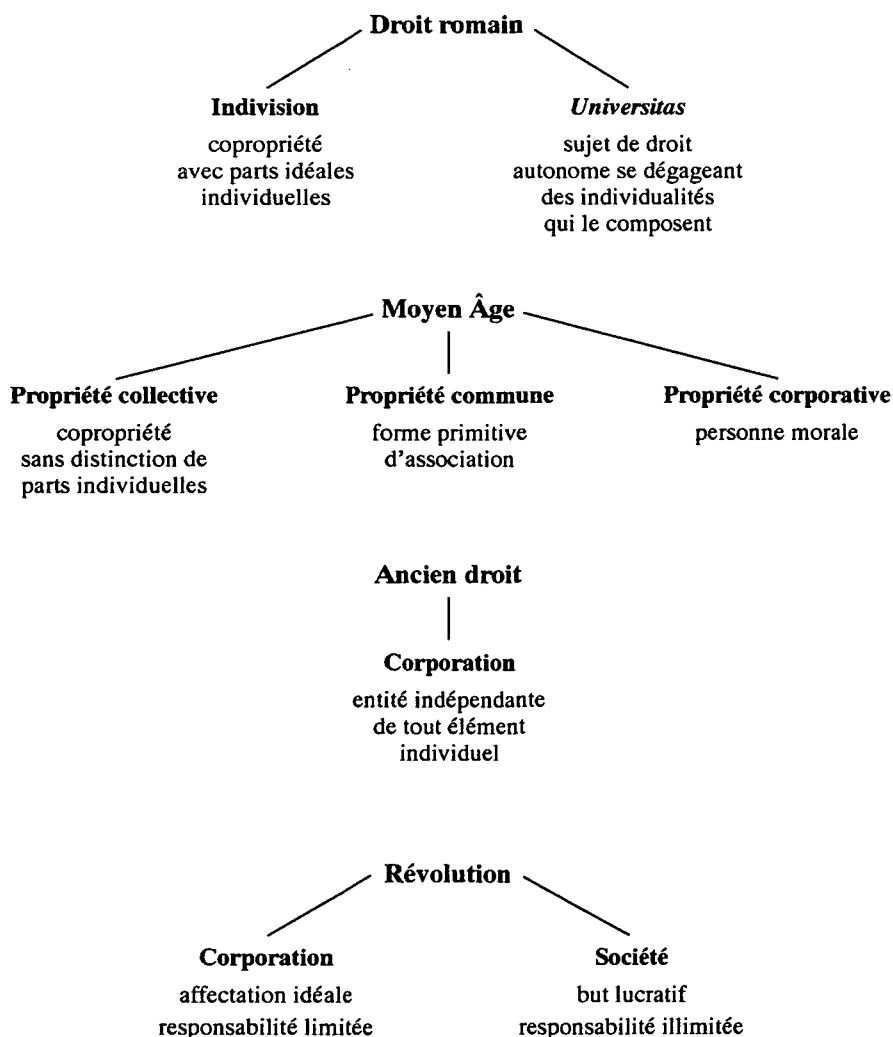
Toute la dimension québécoise provient de la comparaison sans cesse effectuée entre la société et la corporation nord-américaine. La société québécoise ne sera jamais l'équivalent de la *partnership* ou de la *corporation* anglaise. Quand on aura enfin compris qu'en opposant ces concepts on fausse dès le départ la grille d'analyse en confrontant des réalités intrinsèquement différentes, toute la problématique sera résolue. La société est une personne morale, mais une personne morale singulière. La société doit donc retrouver ses sources pour pouvoir se développer pleinement et exploiter à son maximum ses ressources.

Le nouveau droit québécois ne lui en offrira toutefois pas l'opportunité. La nouvelle législation soumet la société à un cadre ambigu, confus et empreint d'équivoques. Pourra-t-on dire que ce groupement d'affaires répond toujours à sa vocation première et constitue encore une technique juridique à finalité propre, permettant de pallier les règles du droit commun ? Ne devrait-on pas plutôt se tourner vers la notion de patrimoine d'affectation, récemment incorporée en droit québécois, pour satisfaire l'essentiel de nos attentes ?

Lorsqu'on considère l'impact du remplacement de la commercialité par la notion d'entreprise sur la structure juridique du contrat de société, lorsqu'on constate les incohérences en matière de personnalité juridique, on est sérieusement amené à s'interroger. Le législateur a peut-être posé le débat à un tout autre niveau. L'affectation patrimoniale constitue peut-être la solution au problème. Quoi qu'il en soit, les bases théoriques du nouveau droit devront être péremptoirement posées, car les principes élaborés à la lumière de l'ancienne législation ne répondent plus, de toute évidence, à cette nouvelle réalité.

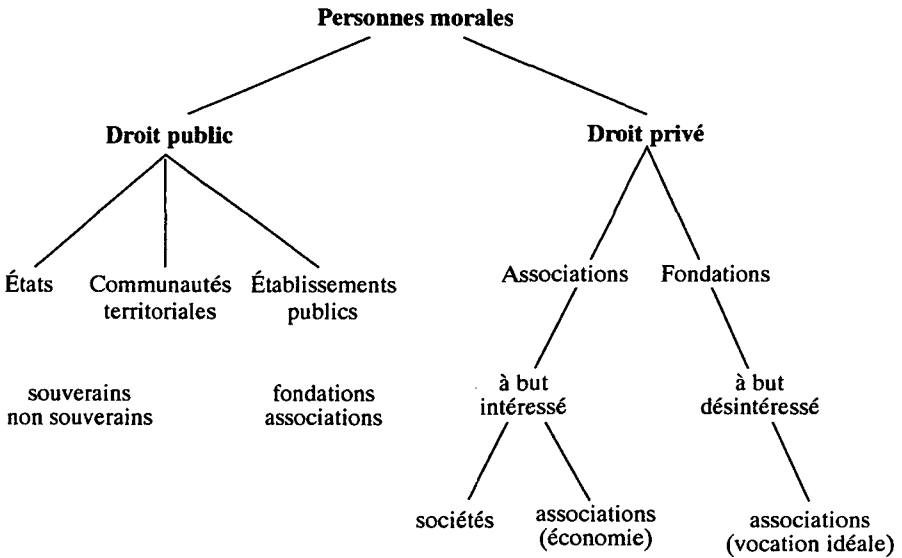
Annexe I

Évolution et formation de la personne morale

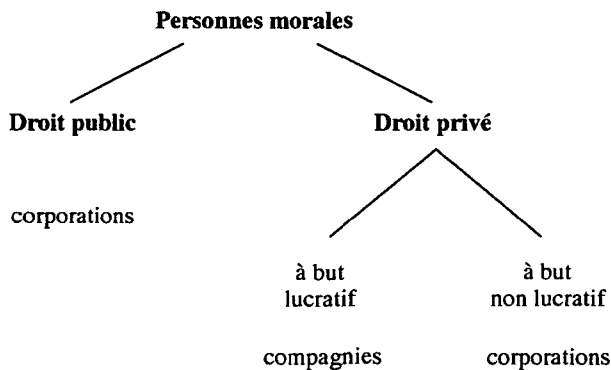


Annexe II Classification usuelle

Selon la tradition civiliste



Selon le Code civil du Québec



Annexe III

Nouvelle classification

