

De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil* du Québec

Mistrale Goudreau

Volume 25, Number 2, June 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056327ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056327ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Goudreau, M. (1994). De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil du Québec*. *Revue générale de droit*, 25(2), 235–249.
<https://doi.org/10.7202/1056327ar>

Article abstract

The following article carries out an analysis of the notion of enterprise as introduced by the *Civil Code of Québec*. It is divided into two parts: the first identifies the differences between the new Civil Code's theory and the classic doctrines on commercial operations as applied with the *Civil Code of Lower Canada*. A special attention is given to the comparison between the concept of enterprise developed in the Code and the model proposed by the authors under *la thèse de l'entreprise*. The author also identifies some of the problems which may occur in the application of the various sections where the concept is used. In the second part, the author proposes a set of interpretations which would bring coherence to the Code and would allow a teleological application of the legal prescriptions.

De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil du Québec*

MISTRAL GOUDEAU
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'article procède à l'analyse de la théorie de l'entreprise introduite par le Code civil du Québec. Il comporte deux parties : une première identifie les différences entre la thèse du nouveau Code et les théories de la commercialité retenues pour l'application du Code civil du Bas-Canada. En particulier, l'auteur indique dans quelle mesure le concept législatif d'entreprise s'éloigne du modèle proposé par la doctrine dans la thèse de l'entreprise. L'auteur souligne aussi les difficultés d'application des nombreux articles qui font appel à la notion d'entreprise. Dans la deuxième partie, l'article suggère des avenues d'interprétation possibles des textes législatifs qui auraient l'avantage d'assurer une certaine cohérence au Code et qui permettraient une application des articles fidèle à leur finalité.

ABSTRACT

The following article carries out an analysis of the notion of enterprise as introduced by the Civil Code of Québec. It is divided into two parts : the first identifies the differences between the new Civil Code's theory and the classic doctrines on commercial operations as applied with the Civil Code of Lower Canada. A special attention is given to the comparison between the concept of enterprise developed in the Code and the model proposed by the authors under la thèse de l'entreprise. The author also identifies some of the problems which may occur in the application of the various sections where the concept is used. In the second part, the author proposes a set of interpretations which would bring coherence to the Code and would allow a teleological application of the legal prescriptions.

SOMMAIRE

Introduction	236
I. Des difficultés actuelles de la théorie de l'entreprise	237
A. Le concept d'entreprise	237
B. L'acte accessoire à l'entreprise	239
C. L'acte mixte	242

II. Quelques avenues d'interprétation possibles de la notion d'entreprise.....	245
A. La notion d'entreprise : une organisation matérielle.....	245
B. Une interprétation polysémique de l'expression « dans le cours des activités d'une entreprise ».....	246
1. Les activités correspondant à l'objet de l'entreprise.....	246
2. Les activités correspondant aux actes qui servent à l'exploitation normale de l'entreprise.....	247
C. L'application unilatérale de l'article 2862.....	247
Conclusion.....	249

INTRODUCTION

1. L'une des grandes innovations du *Code civil du Québec* est sans nul doute la substitution de la théorie de l'entreprise à la théorie de la commercialité. On le sait, le *Code civil du Bas-Canada* faisait ample référence aux « affaires commerciales »¹. Pour ces affaires, la solidarité était présumée², la preuve testimoniale admise³, la prescription acquisitive pour les biens meubles immédiate⁴ ...

2. Mais comment reconnaître ces affaires commerciales? Fallait-il retrouver dans l'acte à qualifier les éléments de spéculation, circulation et entremise, chers à la théorie de la commercialité objective? Fallait-il, au contraire, comme le proposait la conception subjective, rechercher si l'acte avait été posé par un commerçant, cette « personne qui, sans être un artisan, exerc[ait] en son nom et pour son propre compte des activités commerciales » d'une façon habituelle⁵.

Les professeurs Bohémier et Côté de l'Université de Montréal avaient brillamment résumé l'état du droit québécois sur la controverse conceptions objective / subjective, mettant en lumière les oscillements de la doctrine et de la jurisprudence sur la question⁶. Ils faisaient aussi référence à la dernière née de la famille commerciale, la théorie de l'entreprise, lui accordant une importance bien relative⁷. Voici qu'avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le débat est vidé de son intérêt, le législateur a tranché : désormais les règles dérogatoires du droit visent les transactions faites pour le service ou l'exploitation d'une entreprise⁸ ou faites dans le cours des activités d'une entreprise⁹.

1. Entre autres, les articles 1105(3), 1233(1), 1488, 2260(4), 2268(3) C.c.B.-C.

2. Art. 1105 C.c.B.-C.

3. Art. 1233(1) C.c.B.-C.

4. Art. 2268(3) C.c.B.-C.

5. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, 3^e éd., T. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 31.

6. *Id.*, pp. 20-46.

7. *Id.*, pp. 46-48.

8. Notamment les articles 1525, 1745 et 1750. À noter que les articles 1525 et 1745 parlent de l'opération faite pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, alors que l'article 1750 parle de l'acte fait pour le service et l'exploitation de l'entreprise. On peut se demander si cette différence aura un impact sur l'interprétation de ces articles.

9. Art. 1714, 2674, 2700, 2732, 2830, 2831, 2862, 2870, 3113 et 3114 C.c.Q.

3. Le choix du législateur n'est pas ici inopportun : la théorie de l'entreprise, somme toute, présente tout autant de mérite que la conception objective ou subjective de la commercialité. Les deux conceptions traditionnelles, objective et subjective, ont leur part d'ambiguïté¹⁰, et la théorie de l'entreprise offre au moins l'avantage de ne pas reprendre les règles désuètes de la non commercialité des actes posés par les professionnels¹¹ et des transactions impliquant les immeubles¹².

4. On doit toutefois adresser un reproche au législateur et c'est celui d'avoir dénaturé la théorie de l'entreprise; la version qu'il nous donne est inconciliable avec les enseignements de la doctrine et suscite de nombreuses interrogations. Dans le cadre de cet article, nous tenterons d'identifier les principales difficultés d'application de la notion d'entreprise, telle qu'enchaînée dans le *Code civil du Québec* et ensuite, de proposer quelques avenues de solutions possibles.

I. DES DIFFICULTÉS ACTUELLES DE LA THÉORIE DE L'ENTREPRISE

La théorie retenue par le législateur diffère de la théorie de l'entreprise à trois niveaux au moins : au niveau du concept d'entreprise, au niveau de l'acte accessoire à l'entreprise et au niveau des actes dits mixtes.

A. LE CONCEPT D'ENTREPRISE

5. Au Québec, l'exposé le plus complet de la théorie de l'entreprise a été fait par le professeur Léo Ducharme¹³. Celui-ci indique que l'entreprise est une « activité méthodiquement et professionnellement organisée en vue d'un but lucratif »¹⁴ qui regroupe les éléments suivants : « un élément humain en la personne du chef de l'entreprise, un élément matériel consistant dans l'affectation de certains biens à une fin déterminée, cette fin consistant et, c'est là le troisième élément, en la poursuite d'une activité économique »¹⁵, c'est-à-dire « la production, la fourniture ou la vente de biens ou dans la prestation de services »¹⁶. Pour donner un exemple local doublé d'un régionalisme, le « dépanneur du coin » est une entreprise, puisque le propriétaire (l'élément humain) a affecté le local et le stock (l'élément matériel) à la poursuite d'une activité économique, la vente de biens.

D'autre part, si l'entreprise est une activité méthodiquement organisée, elle devrait impliquer une certaine idée de continuité dans le temps; celui qui fait

10. La thèse objective est principalement axée sur la notion de spéculation. Or, comment distinguer entre la simple recherche du gain et la spéculation? De nos jours, tous, même les particuliers et les professionnels, veulent profiter des conditions du marché, surtout lorsqu'ils placent leur argent ou offrent leurs services. La thèse subjective, en définissant le commerçant comme celui qui fait des opérations *commerciales* mène à la même difficulté.

11. L. DUCHARME, *De l'acte de commerce en droit québécois*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1977, p. 81.

12. La règle de la non commercialité des immeubles avait presque été totalement renversée par les tribunaux dans les années 1970. Voir L. DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve selon le C.c.Q. », (1992) 23 *R.G.D.* 5, p. 62.

13. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11.

14. *Id.*, p. 74, citant Maurice CHAVRIER, *Évolution de l'idée de commercialité*, thèse, Lyon, Bosc Frères & Riou, 1935, p. 142.

15. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, p. 75.

16. *Id.*, p. 79.

des actes occasionnels ou isolés n'opère pas une entreprise. Il faudrait que des actes soient posés de façon habituelle. On devrait bien sûr faire exception pour le départ de l'entreprise, époque où le nombre d'actes posés importe peu. Même un seul acte, joint à l'intention d'opérer cette activité économique organisée, devrait suffire pour la reconnaissance d'une entreprise à ses débuts¹⁷.

6. À première vue, on pourrait croire que le législateur a repris ce concept de l'entreprise lorsqu'il indique à l'article 1525 que constitue l'exploitation d'une entreprise « l'exercice [...] d'une activité économique organisée, [...] consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ». Mais cette impression ne résiste pas à une lecture plus approfondie du Code. Il suffit de consulter la section sur le contrat de société. Le professeur Ducharme, dans sa thèse de doctorat, avait fait le parallèle entre les deux notions :

Lorsqu'on analyse la définition de la société [...], on est frappé des affinités qu'elle présente avec la définition de l'entreprise. En effet, on définit la société comme le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de réaliser un profit honnête. Nous retrouvons là un élément humain en la personne des sociétaires, l'élément matériel dans l'apport des capitaux et la fin économique de l'entreprise dans la recherche d'un profit honnête par l'exercice d'une activité quelconque. [...] En fait, nous croyons que la formation d'une société [...] donne nécessairement naissance à une entreprise.¹⁸

7. Or le législateur n'a pas suivi le raisonnement. Le contrat de société, nous dit le Code, est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, *incluant celle d'exploiter une entreprise*, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent¹⁹. Dans l'esprit du législateur, l'activité d'une société peut consister en d'autres choses que l'exploitation d'une entreprise. De plus, la responsabilité solidaire des associés ne s'applique que pour les obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société²⁰. Le législateur contredit la doctrine; l'existence d'une société ne présuppose pas nécessairement l'existence d'une entreprise; il peut exister des sociétés qui n'exploitent aucune entreprise!

8. Quand y aura-t-il société sans entreprise? Dans les commentaires du ministre de la Justice, on suggère un exemple : « [...] certains groupements, constituent de véritables sociétés, sans pour autant exploiter une entreprise, tels les groupes de placement dans des valeurs mobilières »²¹. Avant l'adoption de ce Code, on aurait pu croire le contraire. Deux personnes, qui mettent de l'argent en commun (apport des associés), et le placent pour se partager les bénéfices (partage des bénéfices) avec l'intention de faire cette exploitation commune (*affectio societatis*) font, nous semble-t-il, une activité économique organisée, consistant dans

17. Les tribunaux pourraient s'inspirer de la cause *Chinchilla Nord-américain (Québec) Ltée c. Office de la protection du consommateur*, [1981] C.S. 294, où la Cour déclare qu'une personne acquiert le statut de commerçant dès son premier acte de commerce, en l'occurrence l'achat du commerce. D'autre part, la simple intention d'exploiter un commerce ou une entreprise ne devrait pas suffire; voir la cause *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B.R. 222.

18. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, p. 82.

19. Art. 2186 C.c.Q.

20. Art. 2221 et 2254 C.c.Q.

21. Le *Code civil du Québec*[:] *Commentaires du ministre de la Justice*, Publications du Québec, 1993, p. 1377.

l'administration et/ou l'aliénation de biens. On est en présence d'un élément humain (les sociétaires), un élément matériel (l'apport en capital) et un but économique (l'administration et/ou l'aliénation de biens corporels ou incorporels comme des valeurs mobilières). Les opérations collectives de placement présupposent aussi normalement, nous semble-t-il, un minimum d'organisation (décision collective ou délégation de pouvoirs, tenue de livres, location de coffres de sûreté, services d'un comptable ou d'un courtier...), particulièrement si de nombreuses personnes y participent. Pourtant, il semble que dans l'esprit du législateur, il n'y ait pas un degré suffisant d'organisation pour parler d'une entreprise.

9. Il est vrai que même avant l'adoption du Code, le simple fait de « placer son argent », faute d'un degré suffisant d'organisation, n'aurait pas constitué une entreprise²². Par contre, la gestion d'un portefeuille varié de valeurs mobilières, allant de l'investissement le plus sûr au placement le plus risqué (avec la tenue des livres, les services d'experts financiers ou comptables, les transactions répétées que cela implique) aurait vraisemblablement présenté ce minimum d'organisation nécessaire à l'existence d'une entreprise. *A fortiori*, la conclusion d'une entente entre deux personnes pour exploiter leurs fonds en commun, avec tous les actes qui en découlent (décision sur le mode de gestion, ouverture d'un compte conjoint, achat et vente des valeurs mobilières, comptabilité et partage des bénéficiaires) aurait aussi normalement constitué ce minimum d'organisation nécessaire à la présence d'une entreprise. En fait, sans ce minimum d'organisation, on peut se demander si l'*affectio societatis*, l'intention de former une société, est présent dans l'esprit des associés et si on n'est pas plutôt en présence d'un contrat de copropriété indivise²³.

10. Mais telle n'est pas la vision du législateur. Désormais, il nous faudra distinguer entre l'activité d'une société et l'activité organisée d'une société, certaines opérations n'ayant pas ce degré de complexité ou de raffinement pour constituer une entreprise. En fait, on peut se demander si le législateur n'a pas confondu organisation et organisation matérielle de l'entreprise; peut-être que dans l'esprit du législateur, la société de placements n'exploite pas une entreprise parce qu'elle n'a pas pignon sur rue et un nombre appréciable de biens matériels à sa disposition! La complexité et le nombre des transactions conclues par un groupe de placement ne comptent pas pour déterminer s'il y a entreprise.

B. L'ACTE ACCESSOIRE À L'ENTREPRISE

11. Dans la théorie traditionnelle de la commercialité, on parlait aussi des actes de commerce par accessoire, ces actes qui « à première vue, ne renferment pas d'une façon évidente les éléments de la commercialité, mais sont considérés commerciaux parce qu'ils se rapportent ou contribuent à une activité commerciale »²⁴. On visait ainsi, les actes « faits par un commerçant dans le cours ou pour les fins de son commerce »²⁵ ou encore les actes « qui ont pour objet de favoriser les activités de l'entreprise »²⁶. La qualification était importante; l'acte qualifié

22. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 41.

23. L'article 1012 C.c.Q. prévoit que la copropriété indivise peut résulter d'un contrat. Le contrat de copropriété, bien sûr, n'exige pas la recherche d'un profit, mais il ne l'exclut pas non plus.

24. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 63.

25. *Id.*, p. 63.

26. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, p. 341.

commercial, même par accessoire, tombait dans la classe des « matières commerciales » et se trouvait assujéti à certaines règles dérogatoires comme la présomption de la solidarité des débiteurs²⁷ ou l'admissibilité de la preuve testimoniale pour prouver le contrat²⁸. Le nouveau Code délaisse la catégorie des « matières commerciales »; le Code vise plutôt certaines opérations rattachées à l'entreprise, soit certaines opérations « contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise »²⁹, et certaines opérations faites « dans le cours des activités d'une entreprise »³⁰.

12. Encore là, on aurait pu croire que le législateur suivait la théorie classique de la commercialité; auparavant un acte fait pour le service ou l'exploitation d'une entreprise ou passé dans le cours de ses activités aurait été réputé commercial par la règle de la commercialité par l'accessoire et aurait été assujéti aux règles dérogatoires du Code. Mais l'hypothèse ne résiste pas à l'analyse.

13. D'abord, premier indice de discordance, le législateur a généralement traduit l'expression « dans le cours des activités de l'entreprise » par les mots *in the ordinary course of business of an enterprise*, ce qui correspond plutôt en français à l'expression « cours ordinaire des affaires de l'entreprise »³¹. On peut donc faire l'hypothèse que, dans l'esprit du législateur, le « cours des activités » vise les actes faits dans le cours ordinaire de ses opérations. L'expression viserait les actes normaux ou ordinaires de l'entreprise.

Dans la théorie traditionnelle de la commercialité, on n'avait pas retenu le critère de la transaction normale; toute opération, même hors du cours ordinaire des affaires, faite pour le bien du commerce, était commerciale par accessoire. Notamment, la vente et l'achat d'un fonds de commerce, transactions qui sortent nettement de l'« ordinaire » pour un commerçant, étaient considérés des opérations commerciales³². L'expression française « dans le cours des activités » aurait, à notre avis, permis la même largesse; tout acte accessoire à l'entreprise aurait pu jouir des règles édictées aux articles 1714, 2830, 2862, etc. Par contre, la version anglaise du « cours ordinaire des affaires » nous semble beaucoup plus restrictive; or les deux versions ont désormais la même valeur juridique³³.

14. Deuxième indice du rejet de la règle de l'accessoire; le législateur utilise à plusieurs endroits dans le Code l'expression « cours des activités de », et dans certains cas, il est clair que l'expression ne peut viser que les opérations « régulières » ou « normales » d'une personne ou organisation. C'est le cas de l'article 1767 qui impose certaines formalités à la vente d'entreprise faite « en dehors du cours des activités du vendeur ». Si le cours des activités du vendeur incluait toutes ses activités, il lui serait impossible de vendre son entreprise « en dehors de [ses] activités ». En fait, pris littéralement, la version française de l'article n'a vraiment aucun sens; seule la version anglaise, qui fait référence à la transaction faite en dehors du cours *ordinaire* des affaires du vendeur, est logique.

27. Art. 1105(3) C.c.B.-C.

28. Art 1233(1) C.c.B.-C.

29. *Supra*, note 8.

30. Art. 1714, 2674, 2700, 2732, 2830, 2831, 2862, 2870, 3113 et 3114 C.c.Q.

31. Art. 1714, 2674, 2700, 2732, 2830, 2831, 2862, 2870, 3113 et 3114 C.c.Q.

32. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 63.

33. Art. 7 de la *Charte de la langue française*, tel que modifié par l'article 1 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 4.

15. Si l'on suit ce raisonnement, les articles 1714, 2830 et 2862, lorsqu'ils mentionnent les « actes passés dans le cours des activités d'une entreprise », viseraient les actes dans le cours *normal* des activités de l'entreprise. Les transactions du commerçant qui sortent de l'« ordinaire » ne seraient pas visées. Ainsi le prêt de locaux pour la tenue d'un téléthon, pour une firme d'avocats, ou par une compagnie d'assurance, serait un geste en dehors du cours ordinaire de leurs affaires; ces transactions ne pourraient être prouvées par témoins en vertu de l'article 2862 et la date inscrite ne serait pas présumée vraie à l'égard des tiers en vertu de l'article 2830. De même, le marchand de mobiliers qui vendrait un bijou volé d'un artiste contemporain, bijou trouvé par hasard dans le tiroir d'une commode ancienne, ferait une vente en dehors du cadre de ses activités normales (achat et vente de mobiliers) et en cas de revendication du propriétaire, l'acheteur ne pourrait invoquer l'article 1714 C.c.Q. pour réclamer de cet antiquaire le remboursement du prix payé.

16. Il est facile de trouver des exemples d'actes qui ne tomberaient pas dans le champ d'application des articles 1714, 2830 et 2862, interprétés de cette manière. Les difficultés commencent lorsqu'on tente de définir ce qu'est l'« acte passé dans le cours normal des activités d'une entreprise ». Sont-ce tous les actes nécessaires pour une exploitation normale de l'entreprise ou sont-ce uniquement les actes qui correspondent à l'objet de l'entreprise? Des exemples concrets permettent de mieux situer le débat. Le boulanger qui vend du pain à une cliente, pose un acte qui fait l'objet même de son entreprise et cet acte est certainement dans le cours ordinaire de ses activités. Mais si ce boulanger achète un camion de livraison, l'acte ne correspond pas à l'un des objets de son entreprise. L'acte est néanmoins nécessaire à une exploitation normale de son entreprise. Est-ce un acte couvert par l'expression « acte passé dans le cours des activités de l'entreprise »?

17. Le premier réflexe du juriste, habitué à la théorie de l'acte accessoire, serait de répondre oui. Mais le Code donne au moins un indice qui fait douter du bien fondé de cette interprétation. On le sait, le Code prévoit désormais la possibilité de l'hypothèque mobilière, notamment sur les biens de l'entreprise³⁴. Or l'hypothèque peut grever des biens susceptibles d'être vendus par l'entreprise. Y a-t-il alors droit de suite? Le Code prévoit deux règles : l'hypothèque qui greève des biens vendus dans le cours des activités de l'entreprise est reportée sur le bien qui le remplace ou, à défaut sur le produit de l'aliénation³⁵. Par contre, l'hypothèque qui greève le bien meuble aliéné en dehors des activités de l'entreprise n'est conservée que par la production d'un avis au registre des droits personnels et réels mobiliers³⁶. Il est peu probable que le législateur ait prévu un tel double régime pour distinguer les actes nécessaires à l'exploitation normale de l'entreprise de ceux qui, du fait de leur caractère extraordinaire, n'ont presque rien à voir avec les activités normales de l'entreprise du vendeur (comme l'exemple du marchand de mobiliers qui vend un bijou). Il serait plus logique de penser que le législateur a voulu ainsi distinguer les actes de vente qui sont l'objet même de l'entreprise, — ex. la vente d'objets anciens par un antiquaire — (l'hypothèque se reportant sur les biens les remplaçant), des ventes qui sont faites dans l'intérêt de l'entreprise sans

34. Selon l'article 2683, l'hypothèque sans dépossession est en principe réservée à la personne qui exploite une entreprise et qui hypothèque les biens de cette entreprise.

35. Art. 2674 C.c.Q.

36. Art. 2700 C.c.Q.

en constituer l'objet — ex. la vente d'un camion de livraison par l'antiquaire — (l'hypothèque se conservant par la production d'un avis)³⁷.

18. Si on transpose cette interprétation aux autres articles du Code, on arrive à la conclusion que seuls les actes qui correspondent à l'objet de l'entreprise, à sa raison d'être, et qui font partie de son activité principale, sont des « actes posés dans le cours des activités d'une entreprise ». Et là, une question se pose; le législateur avait-il les mêmes actes en tête lorsqu'il a utilisé l'expression « actes posés dans le cours des activités d'une entreprise » aux articles 1714, 2674, 2700, 2830 et 2862? Doit-on interpréter de la même façon tous les articles qui contiennent les mêmes expressions? On aurait pu croire que oui, mais après analyse de ces articles, la conclusion n'est pas si évidente!

C. L'ACTE MIXTE

19. Dernière anicroche du législateur à l'exposé doctrinal de la théorie de l'entreprise : il a en grande partie, balayé la notion d'acte mixte! Dans l'exposé traditionnel, on enseignait que si une partie à l'acte ne présentait pas les éléments de la commercialité, l'acte était considéré mixte³⁸. On n'appliquait alors les règles du droit commercial qu'à la partie dont la nature commerciale était reconnue. L'autre partie demeurerait assujettie au régime normal des contrats. Ainsi, on pouvait prouver par témoin un acte contre un commerçant, mais pas contre la partie civile contractant avec ce commerçant. La solidarité ne se présuait que contre les débiteurs pour qui l'acte avait une nature commerciale. Au chapitre de la prescription toutefois, le créancier avait l'obligation de poursuivre dans le délai applicable à sa personne. À défaut de délai particulier de prescription, celui pour qui la transaction avait une nature commerciale devait le faire dans les cinq ans, l'autre contractant dans un délai de 30 ans³⁹.

20. Nous l'avons vu, le législateur a substitué aux « affaires commerciales » les opérations contractées « pour le service ou l'exploitation d'une entreprise »⁴⁰, ou faites « dans le cours des activités d'une entreprise »⁴¹. Par le fait même, le législateur élimine presque toute référence à la notion d'acte mixte.

21. Prenons d'abord le cas des obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise. Il importe peu de savoir si la personne est elle-même l'exploitant de l'entreprise ou un individu partie à l'entreprise. La question tourne plutôt autour de l'intérêt dans lequel l'acte a été posé : a-t-on agi pour le service ou l'exploitation de l'entreprise? Aussi même une personne extérieure à l'entreprise, qui agit dans l'intérêt de celle-ci, assumant une obligation pour son service, sera présumée solidairement responsable. C'est le cas classique de la caution, qui même agissant à titre purement gratuit, serait visée par la disposition⁴².

37. Voir au même effet, L. DUCHARME, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec », dans *La Réforme du Code civil*, vol. 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 528.

38. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 67.

39. *Id.*, pp. 68-69.

40. *Supra*, note 8.

41. Art. 1714, 2830, 2862 C.c.Q.

42. À titre de débiteur solidaire, la caution ne peut invoquer le bénéfice de discussion et de division; art. 2352 C.c.Q.

22. Dans le cas des actes posés dans le cours des activités de l'entreprise, la question, nous l'avons vu est quelque peu différente. L'acte a-t-il été posé dans le cours des activités de l'entreprise ou, selon la version choisie, dans le cours ordinaire des opérations de l'entreprise? Faut-il alors distinguer entre l'exploitant de l'entreprise et la personne qui contracte avec lui et n'appliquer les règles que contre l'entrepreneur? En fait, tous les articles ne sont pas rédigés de la même façon et n'appellent pas les mêmes remarques.

— L'article 2830 qui présume la date d'un écrit à l'égard des tiers, si cet écrit est passé dans le cours des activités d'une entreprise, ne présente pas de problème à ce niveau; la présomption s'applique à l'égard des tiers et bénéficie autant à l'entrepreneur qu'au cocontractant. De la même manière, l'article 2870, qui présume fiables les documents élaborés dans le cours des activités d'une entreprise, s'applique à l'égard de tous. On trouve dans le code d'autres exemples où la règle législative s'applique au contrat dans son ensemble⁴³.

— Les articles 1714, 2674 et 2700 parlent des biens « vendus » ou « aliénés » dans le cours des activités d'une entreprise, ce qui restreint la portée de ces articles au seul cas où la vente est faite par les personnes de l'entreprise. L'entrepreneur ou les personnes agissant pour l'entreprise doivent être les vendeurs des biens, sinon les articles ne s'appliquent pas.

— Par contre, l'article 2862 est rédigé de façon singulière et pose certains problèmes : « [...] on peut aussi prouver par témoignage, *contre une personne*, tout acte juridique *passé par elle* dans le cours des activités d'une entreprise ».

23. On peut interpréter l'article 2862 de deux façons;

1. — la preuve testimoniale est admise contre la personne qui agissait dans le cours des activités d'une entreprise, si elle-même faisait partie de l'entreprise⁴⁴, ou

2. — la preuve testimoniale est admise contre la personne qui a passé un acte qui entrainait dans le cours des activités d'une entreprise, même si elle est étrangère à l'entreprise.

Prenons l'exemple de la caution, qui à titre gratuit et par pure amitié, garantit un emprunt fait par une personne pour son entreprise⁴⁵. Présignons aussi que le fait d'emprunter et de fournir une caution est un acte normal, nécessaire pour les opérations ordinaires de cette entreprise et constitue un acte posé dans le cours des activités de l'entreprise. Pourra-t-on prouver le cautionnement par preuve testimoniale? Si l'on retient la première interprétation, on dira que non; la caution, n'exploitant pas une entreprise, n'a pas agi dans le cours des activités de son entreprise. Si l'on retient la seconde interprétation, l'on dira que oui; l'acte a été posé par cette personne et ce geste était dans le cours des activités de l'entreprise.

43. Par exemple, les articles 3113 et 3114 C.c.Q., qui traitent de la loi applicable aux actes juridiques comportant un élément étranger et qui ne pourraient être analysés avec la théorie de l'acte mixte.

44. C'est l'interprétation retenue par le professeur Ducharme. Voir. L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 12, p. 64.

45. Dans le droit antérieur, le contrat de cautionnement était qualifié comme un contrat commercial selon que la caution poursuivait ou non un intérêt commercial. Si la caution avait un intérêt financier attaché à l'opération principale, les règles de preuve du droit commercial lui étaient appliquées. Si elle avait agi à titre gratuit, elle était considérée comme une partie civile. Voir A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 67 qui réfèrent aux arrêts *Copping c. Hénault*, (1931) 50 B.R. 559 et *Raymond c. International Video Corporation of Canada Ltd.*, [1974] C.A. 501.

Quelle interprétation est la plus conforme à l'esprit du Code? On le sait, il est probable que la caution serait soumise à la règle de la solidarité, parce qu'ayant assumé une obligation pour le service de l'entreprise. Il serait normal de lui appliquer les autres règles du droit de l'entreprise⁴⁶.

24. Par contre, si cette interprétation devait être adoptée par les tribunaux, l'article apporterait un changement majeur au droit. La preuve testimoniale serait admise pour tout acte passé dans le cours des activités d'une entreprise, *et ce à l'égard de toute partie au contrat*. Par exemple, celui qui passe un contrat d'emploi avec une entreprise fait un acte *qui entre dans le cours des activités de cette entreprise*. De la même façon, déposer de l'argent en banque, acheter dans les magasins, sont des actes faits dans le cours des activités d'entreprises. Ces actes pourraient être considérés comme des contrats pour lesquels la preuve testimoniale est admise, et ce tant à l'égard des entrepreneurs que des cocontractants. En fait, si cette interprétation était retenue, une partie majeure des transactions faites par des parties civiles seraient assujetties aux règles de preuve de l'entreprise.

25. En vérité, l'article 2862 est imprécis. Il insiste sur le fait que la personne contre qui on invoque la preuve par témoin doit être une personne qui a « passé » l'acte dans le « cours des activités d'une entreprise ». On peut penser que le législateur cherchait ainsi à intégrer dans le libellé de l'article la règle de l'acte mixte. Celui qui a contracté avec l'entrepreneur n'est pas celui qui a *passé l'acte dans le cours des activités d'une entreprise*.

26. Mais, en mettant ainsi l'accent sur le fait que la personne doit passer l'acte dans le cours des activités d'une entreprise, l'article ne nous explique pas dans quelle mesure la personne qui agit doit être associée à l'entreprise. Vise-t-on uniquement ces personnes qui en constituent l'élément humain, qui y apportent de façon appréciable leur industrie ou leurs biens? Vise-t-on aussi ceux qui s'y rattachent de façon incidente, comme une caution ou un investisseur? Il semble évident que l'exploitant, le propriétaire ou le gérant de l'entreprise sont des personnes qui agissent dans le cours des activités d'une entreprise. Mais la compagnie qui emprunte d'un de ses actionnaires, peut-elle prouver par témoin cet acte contre l'actionnaire? L'actionnaire prêteur participe à l'entreprise par le biais de l'assemblée des actionnaires, son prêt aide la poursuite des activités de l'entreprise: en consentant ce prêt, pose-t-il un geste dans le cours des activités de l'entreprise? Si oui, qu'en est-il de l'investisseur? Un particulier prête à une entreprise; peut-on prouver par témoin cette obligation contre le prêteur? Dans l'affirmative, pourra-t-on prouver par témoin les clauses du contrat bancaire contre le déposant: lui aussi « investit », prête de l'argent à une entreprise, en l'occurrence une banque.

27. Bref, lorsque le législateur à l'article 2862, a tenté d'intégrer la théorie de l'acte mixte à la notion de l'entreprise, il aurait dû préciser la nature de la relation qui doit exister entre une personne et une entreprise pour que l'on considère que la première agit dans le cours des activités de la seconde. Par exemple, on aurait pu dire: « on peut prouver par témoignage, contre une personne, tout acte juridique passé dans le cours des activités d'une entreprise à laquelle elle participe régulièrement », ce qui aurait exclu le cocontractant, la caution qui agit à titre gratuit ou l'investisseur inactif dans les affaires de l'entreprise. On aurait pu dire aussi: « on peut prouver par témoignage, contre une personne, toute obligation contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise », ce qui aurait exclu le cocontractant

46. Voir *supra*, n° 21.

et l'investisseur, mais inclus la caution, et aurait eu le mérite de l'homogénéité avec les règles de la solidarité.

II. QUELQUES AVENUES D'INTERPRÉTATION POSSIBLES DE LA NOTION D'ENTREPRISE

Les difficultés d'application de la notion d'entreprise ayant été identifiées, il ne semble cependant pas impossible de trouver des solutions, notamment dans les trois directions suivantes :

- la notion d'entreprise exige un certain degré d'organisation matérielle;
- les articles qui visent les actes passés « dans le cours des activités d'une entreprise » ou qui utilisent l'expression « cours des activités » ne devraient pas tous être interprétés de la même manière;
- l'article 2862 devrait être interprété comme s'appliquant aux personnes qui ont un pouvoir de contrôle sur les activités d'une entreprise.

Voyons chacune de ces propositions.

A. LA NOTION D'ENTREPRISE : UNE ORGANISATION MATÉRIELLE

28. Puisqu'il est devenu nécessaire de distinguer entre les activités d'entreprise de la société et ses « autres activités », et que les deux concepts (de société et d'entreprise) semblent retenir les mêmes éléments, il faut sans doute admettre que la notion d'entreprise exige un certain degré d'organisation matérielle. La reconnaissance de ce degré d'organisation matérielle est une opération à laquelle les juristes québécois sont habitués. Auparavant ce critère servait à distinguer le simple artisan (travailleur manuel) de l'artisan-commerçant, le premier étant celui qui exerce un travail manuel où l'habileté domine⁴⁷, et le second étant celui qui a ouvert boutique, a engagé des employés, s'est procuré équipement et matières premières⁴⁸.

29. Ce raisonnement mènerait aux conclusions suivantes : la société qui n'exploite pas d'entreprise, laquelle existe selon le législateur⁴⁹, n'aurait pas d'organisation matérielle. Par contre, celle qui affecterait une certaine quantité de biens corporels à ses activités exploiterait une entreprise. Le même critère s'appliquerait à certains professionnels; par exemple, le traducteur qui travaille à son domicile, à l'aide d'un ou deux dictionnaires et écrit ses textes à la main, n'opère pas une entreprise. Un bureau de plusieurs traducteurs, qui a une place d'affaires, possède une collection de dictionnaires et une armée d'ordinateurs, opère une entreprise. Ce critère servirait aussi à distinguer celui qui a fait un simple placement en investissant dans une propriété immobilière (ex. celui qui achète un duplex, habite le premier et loue le deuxième) de l'entrepreneur immobilier (qui a plusieurs immeubles, emploie concierges et gérants, possède de l'équipement, etc.)⁵⁰.

47. A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, T. 2, Montréal, Éd. Albert Lévesque, 1936, p. 621, n° 1158.

48. A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, pp. 36.

49. Voir *supra*, n° 7.

50. Même avant l'adoption du *Code civil du Québec*, les professeurs Bohémier et Côté suggéraient de se servir de ce critère de l'organisation matérielle pour distinguer entre le simple placement immobilier et l'entreprise de location commerciale; voir A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, pp. 75.

B. UNE INTERPRÉTATION POLYSÉMIQUE DE L'EXPRESSION « DANS LE COURS DES ACTIVITÉS D'UNE ENTREPRISE »

À notre avis, les articles qui visent les actes passés « dans le cours des activités d'une entreprise » ou qui utilisent l'expression « cours des activités » ne devraient pas tous être interprétés de la même manière. Nous l'avons vu, les articles qui visent les actes passés dans le cours des activités d'une entreprise réfèrent à une multitude de situations et il serait plus opportun d'interpréter les dispositions selon les objectifs visés dans chaque cas plutôt que tous ces articles, les uns par rapport aux autres. D'ailleurs le législateur lui-même nous indique que l'expression « cours des activités » n'a pas un contenu uniforme, puisqu'il le traduit de façon différente dans certains articles du Code⁵¹. On trouve au chapitre des sociétés un des exemples les plus frappants : l'article 2219, parlant des activités d'une société, traduit l'expression « cours de ses activités » par les mots *in the ordinary course of its business* et l'article 2220 par les mots *within the scope of the partnership*⁵².

30. Sans passer en revue tous les articles du Code qui font appel au critère du « cours des activités d'une entreprise », il semble possible de regrouper la plupart des dispositions dans deux catégories; une catégorie où le « cours des activités d'une entreprise » vise les actes qui correspondent à l'objet de l'entreprise et, une autre où le « cours des activités d'une entreprise » vise les actes qui servent à l'exploitation normale de l'entreprise.

1. Les activités correspondant à l'objet de l'entreprise

31. Pour les raisons exposées précédemment⁵³, les articles 2674 et 2700, lorsqu'ils emploient les mots « aliéné dans le cours des activités de l'entreprise » devraient être interprétés comme désignant les actes de vente qui correspondent à l'objet de l'entreprise (vente des marchandises mais non vente de l'équipement)⁵⁴. De cette façon, si le créancier respecte les conditions de l'article 2674, le droit hypothécaire suivra l'équipement vendu, mais non le stock ou les biens vendus

51. Les articles 1714, 2674, 2700, 2732, 2830, 2831, 2862, 2870, 3113 et 3114 utilisent les mots *in the ordinary course of business of an enterprise*, et parlant d'une personne ou d'une société, les articles 1767, 2219 et 2233 emploient les mots *ordinary course of business*. Par contre, l'article 2032 mentionne *course of the activities of his enterprise* et l'article 3104, lui, retient *in the ordinary course of the activities of the grantor*. Enfin, les articles 2197 et 2220 font preuve d'originalité avec les expressions *in carrying on business* et *within the scope of the business*.

52. L'article 2220 prévoit que l'obligation contractée par un associé en son nom propre lie la société lorsqu'*elle s'inscrit dans le cours des activités de celle-ci ou a pour objet des biens dont cette dernière a l'usage*. Les mots « cours des activités » devrait donc être interprétés comme se limitant aux opérations qui relèvent de l'objet même de la société. Donner une interprétation large de l'expression serait illogique, puisque cela rendrait inutile le dernier tronçon de l'article « ou a pour objet des biens dont cette dernière a l'usage ». En effet, le fait d'acheter un bien dont la société a l'usage (ex. l'achat d'équipement) est généralement un acte qui relève du cours « ordinaire » des affaires d'une société. On comprend donc pourquoi la version anglaise n'utilise pas les mots *ordinary course of business*. *A contrario*, l'article 2219 qui emploie les mots *ordinary course of its business* devrait être interprétés comme désignant tous les actes normaux faits pour les affaires de la société, y compris l'achat d'équipement.

53. Voir *supra*, n° 17.

54. On pourrait ajouter à cette liste les articles 2732 et 3104 du *Code civil du Québec*.

dans le cours des opérations principales de l'entreprise, lesquels sont aliénés libres de leur charge. Pour ceux-ci, le droit hypothécaire se reporte sur les biens les remplaçant en vertu de l'article 2700.

2. Les activités correspondant aux actes qui servent à l'exploitation normale de l'entreprise

32. Par contre, certains articles servent à satisfaire les besoins de rapidité et de sécurité des transactions en matières de commerce et d'entreprise. C'est le cas de l'article 2862 (qui admet la preuve testimoniale contre celui qui passe l'acte dans le cours des activités de l'entreprise) et de l'article 2830 (qui présume vraie la date écrite sur les contrats faits dans le cours des activités d'une entreprise). Ces articles devraient être interprétés comme visant tout acte fait pour l'exploitation normale de l'entreprise (achat et vente de marchandises et d'équipements, emprunt et fourniture de caution...).

33. L'article 1714 devrait recevoir la même interprétation. Cet article, qui concerne le bien aliéné dans le cours des activités d'une entreprise et revendiqué par la suite par son véritable propriétaire, donne à l'acheteur de bonne foi le droit de se faire rembourser du prix de vente. Ce droit n'existe que si le bien a été acheté dans le cours des activités d'une entreprise. Cette disposition vise présumément à combler le besoin de sécurité des transactions des entreprises et à assurer la protection du public consommateur. Pour lui permettre de remplir cet objectif, elle devrait, à notre avis, s'appliquer à toute transaction faite pour l'exploitation normale d'une entreprise⁵⁵. Par exemple, le fait de vendre des appareils pour moderniser l'équipement est un acte ordinaire, nécessaire aux opérations normales de l'entreprise. L'acheteur de bonne foi de ces appareils recevrait la protection de l'article 1714 en cas de revendication du véritable propriétaire⁵⁶. Par contre, on exclurait de l'article 1714 les cas de liquidation totale ou partielle de l'entreprise, ces transactions n'étant pas faites dans le cadre d'une exploitation normale.

C. L'APPLICATION UNILATÉRALE DE L'ARTICLE 2862

34. Nous l'avons vu, l'article 2862 pourrait être interprété de plusieurs façons. En l'occurrence, il est probable que le législateur ait voulu reprendre à son compte la théorie de l'acte mixte, mais l'intégration n'a pas été faite de façon aussi heureuse qu'on aurait pu le souhaiter. Néanmoins, il est possible d'adopter une interprétation qui mène substantiellement aux solutions de la théorie de l'acte mixte, telle qu'on l'enseignait auparavant. Il s'agirait de limiter l'application de l'article aux personnes qui ont un pouvoir de contrôle sur les activités de l'entreprise.

55. Pour l'opinion contraire, voir L. DUCHARME, *op. cit.*, note 37, p. 529 qui préfère faire une analogie entre la vente de la chose d'autrui et la vente du bien grevé d'une hypothèque. Il est à noter que dans le droit actuel, l'acheteur de bonne foi d'un bien perdu ou volé qui a passé un contrat commercial peut obtenir ce dédommagement même s'il a transigé avec un commerçant qui ne vendait pas habituellement ce genre de biens. En effet, l'article 2268 a élargi la portée de la règle de l'article 1489 en l'étendant à toutes « matières commerciales ».

56. Pour ne donner qu'un exemple, la vente des dactylos pour l'achat d'ordinateurs personnels est certainement une opération faite dans le cours ordinaire des affaires des entreprises.

Le raisonnement serait le suivant : l'exploitant de l'entreprise, le propriétaire, le président et directeur général, l'administrateur, parce qu'ils assument le contrôle de l'entreprise, sont tous des personnes agissant dans le cours des activités de l'entreprise. Par contre, l'employé dans l'exécution de ses fonctions, parce qu'il n'agit pas en son propre nom, à son propre compte et parce qu'il n'assume pas le risque commercial, n'est pas une partie à l'entreprise contre qui on peut prouver par preuve testimoniale. Ainsi, dans sa relation avec l'entrepreneur (personne physique propriétaire, société ou compagnie), l'employé est considéré comme n'agissant pas dans le cadre d'une entreprise. Pour donner un exemple concret, l'employé peut prouver, par témoin, son contrat d'emploi contre l'exploitant de l'entreprise, alors que ce dernier ne peut le faire; le contrat d'emploi est un acte passé dans le cours des activités de l'entreprise pour le patron, mais non pour l'employé⁵⁷.

35. L'investisseur est un cas qui mérite plus de nuance. Le détenteur d'actions, qui joue un rôle minime dans l'administration de la compagnie qui exploite l'entreprise, ne devrait pas être considéré comme une partie de l'entreprise. Il est vrai que sous le *Code civil du Bas-Canada*, la souscription, la vente et l'achat d'actions ont parfois été qualifiés de transactions commerciales par leur nature⁵⁸, même si les parties n'étaient pas elles-mêmes des commerçants⁵⁹, mais cette position n'était pas acceptée de tous et la règle ne tenait pas compte du fait que l'achat d'actions est souvent une simple opération de placement.

En fait, l'investisseur qui ne s'occupe pas des affaires de l'entreprise ne devrait pas être assujéti aux règles de preuve de l'entreprise, à moins que ses opérations de placement ne présentent un tel degré d'organisation matérielle qu'elles constituent elles-mêmes une entreprise⁶⁰. Décider autrement aurait pour effet d'effacer la ligne entre les entreprises et leurs prêteurs. À la limite, les déposants dans les banques seraient considérés des parties à l'entreprise bancaire. Il est donc plus sage de considérer les investisseurs comme des personnes extérieures à l'entreprise. De la même façon, la caution qui ne ferait que garantir une obligation de l'entreprise ne devrait pas être considérée comme quelqu'un agissant dans le cours des activités d'une entreprise.

57. C'était la conclusion à laquelle arrivaient les professeurs Bohémier et Côté en notant que le commerçant doit agir en son propre nom et pour son propre compte. Voir A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 33, qui citent *Pépin c. Two Mountained Sand Co.*, [1950] C.S. 291 et *Kruse Motors Ltd., c. Beauchamp*, [1960] C.S. 186. Par contre, monsieur le professeur Ducharme avait recensé plusieurs arrêts qui réputaient commercial le contrat de louage de service non seulement à l'égard du commerçant, mais aussi à l'égard de l'employé. Voir L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, p. 340.

58. *Christin c. Valois*, (1880) 3 L.N. 59 (C. de rev.); *Bonner c. Moray*, (1914) 23 B.R. 252; *Ramsay c. Vipond*, (1928) 32 R.P. 56 (C.S.); *Kaufman c. Weissfeld*, [1972] C.A. 462; *Solidarité, compagnie d'assurance sur la vie c. Société nationale de fiducie*, [1975] C.A. 4; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, p. 363 et *loc. cit.*, note 37, pp. 530 et 562. Cependant plusieurs auteurs et une certaine jurisprudence soutenaient le contraire. Voir *Grobstein c. Jacobsen*, [1960] C.S. 177; A. PERRAULT, *op. cit.*, note 47, pp. 501-502, n° 1055; Y. RENAUD et J. SMITH, *Droit québécois des corporations commerciales*, Vol. 2, Montréal, Judico, 1974, p. 656; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, pp. 362-363.

59. Voir notamment *Kaufman c. Weissfeld*, [1972] C.A. 462.

60. La règle était au même effet sous le *Code civil du Bas-Canada*; voir A. BOHÉMIER et P.-P. CÔTÉ, *op. cit.*, note 5, p. 41.

CONCLUSION

Voici quelques suggestions qui, à notre avis, permettraient une mise en application plus harmonieuse du Code en matières commerciales, secteur que la réforme n'a pas épargné. Il faut bien le dire, il est désolant que l'expression « cours des activités », pierre angulaire du droit de l'entreprise et du droit commercial, soit traduite de cinq façons différentes dans le Code⁶¹ ! Il ne reste plus qu'à espérer que la jurisprudence sache traiter l'acte d'entreprise avec discernement et réussisse à mettre un peu d'ordre dans ce casse-tête législatif.

61. *Supra*, note 51.