Document generated on 05/09/2025 4:36 p.m.

Revue générale de droit

Former ou ne pas former une société : les tribunaux sont-ils assez rigoureux ?

Michelle Thériault

Volume 36, Number 1, 2006

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027100ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027100ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Thériault, M. (2006). Former ou ne pas former une société : les tribunaux sont-ils assez rigoureux ? *Revue générale de droit*, *36*(1), 7–23. https://doi.org/10.7202/1027100ar

Article abstract

The creation of any kind of partnership requires a number of elements. As a dispute arises, the court has to determine the legal nature of the contract: is it a contract of partnership or is it another type of contract? The court has a major role to play in such matter. Its intervention is necessary to verify whether the parties have clearly expressed their intention to create a partnership or whether there is no such clear or express intention. Based on recent judgments, we conclude that courts of justice are not rigorous enough in their application of the tests which are used to characterize an agreement forming the contract of partnership. It is important for the courts not to prematurely decide that a partnership exists when the elements essential for its creation are not present. The courts should consider four (4) central elements (contribution, partition of profits, intention, activities) when they have to determine whether a partnership was created between partners in writing or pursuant to their actions.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2006

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Former ou ne pas former une société : Les tribunaux sont-ils assez rigoureux?

MICHELLE THÉRIAULT
Professeure à la Faculté de science politique et de droit
de l'Université du Québec à Montréal

RÉSUMÉ

Il existe de nombreux éléments nécessaires à la formation de toute espèce de société. Lorsqu'un litige survient, il arrive régulièrement que le tribunal doive se prononcer sur la qualification de la nature juridique du contrat : s'agit-il d'un contrat de société ou d'un autre type de contrat? Le tribunal a un rôle majeur à jouer dans ce domaine et son intervention est requise peu importe qu'il s'agisse du cas où les parties ont exprimé clairement leur intention de former une société ou du cas où il y a absence d'une intention claire ou expresse. Basées sur les décisions les plus récentes, force nous est de conclure que les tribunaux ne sont pas assez rigoureux dans l'application des tests requis pour qualifier une entente de contrat de société. Il faut éviter de conclure trop vite à l'existence d'une société

ABSTRACT

The creation of any kind of partnership requires a number of elements. As a dispute arises, the court has to determine the legal nature of the contract : is it a contract of partnership or is it another type of contract? The court has a major role to play in such matter. Its intervention is necessary to verify whether the parties have clearly expressed their intention to create a partnership or whether there is no such clear or express intention. Based on recent judgments, we conclude that courts of justice are not rigorous enough in their application of the tests which are used to characterize an agreement forming the contract of partnership. It is important for the courts not to prematurely decide that a partnership exists when the elements essential for its creation are not present.

(2006) 36 *R.G.D.* 7-23

alors que les éléments essentiels à sa formation en sont absents. La recherche par le tribunal des quatre (4) éléments essentiels (apport, partage des profits, intention, exercice d'une activité), tant dans les écrits que dans les agissements des parties, est nécessaire dans tous les cas lorsqu'il s'agit de constater la formation d'une société entre associés.

The courts should consider four (4) central elements (contribution, partition of profits, intention, activities) when they have to determine whether a partnership was created between partners in writing or pursuant to their actions.

SOMMAIRE

Introduction 9

I. La formation d'une société en vertu de la loi 10

A. Les éléments généraux 11

a) Un contrat 11
b) Deux personnes ou plus 12

B. Les éléments caractéristiques 13

a) Un apport 13
b) Le partage des profits 14
c) Un esprit de collaboration 14
d) L'exercice d'une activité 15

II. La formation d'une société selon les tribunaux 17

A. Le rôle du tribunal 17

a) En présence d'un contrat exprès 18
b) En l'absence d'un contrat ou d'une intention exprès 18

B. La tendance actuelle des tribunaux 19

Conclusion 21

INTRODUCTION

C'est le *Code civil du Québec*[1] qui constitue la source de droit privilégiée à consulter en matière de contrat de société. En vertu du C.c.Q., il existe véritablement trois espèces de sociétés contractuelles qui sont régies par les règles prévues au chapitre dixième : la **société en nom collectif**, la **société en commandite** et la **société en participation**[2].

Une nouvelle forme de société contractuelle a vu le jour au Québec récemment. Il s'agit de la **société en nom collectif à responsabilité limitée**[3]. À ce jour, seuls les avocats[4] et les comptables agréés[5] peuvent choisir cette nouvelle forme de société dans le but d'exercer leur profession.

Le Code prévoit des règles générales applicables à ces formes de sociétés[6] ainsi que des règles particulières propres à chacune : société en nom collectif[7], société en commandite[8] et société en participation[9]. Plusieurs règles relatives à la société en nom collectif peuvent, en certaines circonstances, être applicables à la société en participation[10] ou à la société en commandite[11].

La majorité de ces dispositions sont supplétives en ce sens que le contrat, s'il existe, prime et devient la loi des parties. Cependant, certaines d'entre elles sont d'ordre public et il n'est pas permis d'y déroger. Entre autres, il n'est pas permis d'inclure au contrat une clause excluant un associé du

---

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité « C.c.Q. »).
2. Art. 2188 al. 1 C.c.Q. La société peut aussi être par actions. Cependant, les sociétés par actions sont régies par les règles propres aux personnes morales. Elles se forment par statuts ou lettres patentes, selon la juridiction choisie et non par contrat.
3. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 187.11 à 187.20. Ces articles sont entrés en vigueur le 21 juin 2001.
4. *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité*, (2004) 136 *G.O.* II, 1835, entré en vigueur le 6 mai 2004.
5. *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*, (2003) 135 *G.O.* II, 963, entré en vigueur le 20 février 2003.
6. Art. 2186 à 2197 C.c.Q.
7. Art. 2198 à 2235 C.c.Q.
8. Art. 2236 à 2249 C.c.Q.
9. Art. 2250 à 2266 C.c.Q.
10. Art. 2251 C.c.Q.
11. Art. 2249 C.c.Q.

partage des profits[12], une clause interdisant à un associé de participer aux décisions collectives[13] ou de se renseigner sur l'état des affaires de la société[14]. Par ailleurs, une clause prévoyant qu'un associé est exonéré du paiement des dettes sociales est valide entre les parties mais non à l'égard des tiers[15].

Comme nous le verrons, il existe de nombreux éléments nécessaires à la formation de toute espèce de société. Lorsqu'un litige survient, il arrive régulièrement que le tribunal doive se prononcer sur la qualification de la nature juridique du contrat : s'agit-il d'un contrat de société ou d'un autre type de contrat? Le tribunal a un rôle majeur à jouer dans ce domaine et son intervention est requise peu importe qu'il s'agisse du cas où les parties ont exprimé clairement leur intention de former une société ou du cas où il y a absence d'une intention claire ou expresse.

De nombreuses questions se posent. Parmi celles-ci : Quel est le rôle du tribunal lors de la détermination de la nature juridique du contrat de société? Quel test doit-il appliquer avant de conclure à l'existence ou non d'un contrat de société? Ce test doit-il varier d'une situation à une autre? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre.

I. La formation d'une société en vertu de la loi

Le premier alinéa de l'article 2186 C.c.Q. nous donne la définition du contrat de société. Il se lit comme suit :

> Le contrat de société 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 résultent.

Cette définition, introduite dans notre Code en 1994, codifie les nombreux éléments identifiés par la jurisprudence antérieure qui sont nécessaires pour être en présence d'une

12. Art. 2203 C.c.Q.
13. Art. 2216 C.c.Q.
14. Art. 2218 C.c.Q.
15. Art. 2203 et 2221 C.c.Q.

société, qu'elle soit en nom collectif, en nom collectif à responsabilité limitée, en commandite ou en participation. Pour cette raison, à moins que le contexte ne s'y prête, aucune distinction ne sera faite quant aux différentes sortes de sociétés.

Advenant l'absence d'un seul de ces éléments, il ne peut s'agir d'une société[16]. Toutefois, il peut s'agir d'un autre type d'entreprise (une entreprise individuelle non incorporée pour une personne faisant affaire seule[17]) ou d'un autre type de contrat (indivision[18], contrat inommé ou *sui generis*[19], convention de partage des dépenses[20], contrat d'emploi[21], etc.) ayant plus ou moins une analogie avec le contrat de société.

A. LES ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX

a) Un contrat

La société est de nature contractuelle. Elle naît par le seul effet d'un contrat, contrairement aux compagnies et sociétés constituées par statuts dont l'existence est soumise à une sanction de l'État. Sous réserve des exigences de la publicité légale, le contrat de société revêt un caractère privé et n'est pas destiné à se retrouver entre les mains de tiers. C'est un acte sous seing privé[22].

---

16. *Sun Life du Canada cie d'assurance-vie* c. *Rioux & Beaulieu Inc.*, J.E. 97-1346 (C.A.); *Bourboin* c. *Savard*, (1926) 40 B.R. 68; *Champoux* c. *Tremblay*, J.E. 98-1220 (C.S.).

17. Il a été décidé dans l'affaire *Groupe Poupart, de Blois inc.* que des membres d'une « société nominale ou de dépenses » (laquelle ne forme pas une société en raison de l'absence d'au moins un des éléments essentiels) sont des travailleurs autonomes. Voir *Groupe Poupart, de Blois inc.* c. *Max Stra-T-J. inc.*, [2004] R.R.A. 1082 (C.A.).

18. *Barrette* c. *Denis*, (1926) 41 B.R. 435.

19. *Thibaudeau* c. *Nahmiash*, J.E. 2004-431 (C.A.); *Perron* c. *Laporte*, [1945] C.S. 375; *D.M.C. Soudure inc.* c. *Équipements industriels Robert ltée*, J.E. 2004-569 (C.S.).

20. *Cimon* c. *Arès*, J.E. 2005-201 (C.A.); *Canuel* c. *Fournier*, [1990] R.J.Q. 2253 (C.S.); *Albert* c. *Brien*, [2000] R.J.Q. 1430 (C.S.); *Bélisle-Heurtel* c. *Tardif*, [2000] R.J.Q. 2391 (C.S.).

21. *Drolet* c. *Charron*, [2003] R.J.Q. 2947 (C.S.) (en appel); *Joannette et Bérard*, D.T.E. 2003T-1083 (C.R.T.).

22. *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2004-2157 (C.S.).

Les dispositions du *Code civil du Québec* applicables à tout contrat s'appliquent au contrat de société. En ce sens, le contrat de société doit respecter les conditions de validité[23], l'absence d'une de ces conditions entraînant la nullité du contrat :

- les associés doivent avoir la capacité légale de contracter;
- les associés doivent donner légalement leur consentement;
- le contrat doit avoir un objet licite;
- la société doit être formée pour une cause licite.

De plus, les causes de nullité prévues au Code civil, telles l'erreur, la fraude, la violence, la crainte, s'appliquent au contrat de société.

Or, l'entente entre les parties peut être écrite ou verbale[24]. En raison des difficultés de preuve advenant un litige devant les tribunaux, il est toujours préférable de mettre le contrat par écrit et de le tenir à jour.

b) Deux personnes ou plus

Vu l'exigence d'un contrat, une personne seule ne peut former une société. Il faut la présence d'au moins deux personnes.

Toutefois, le nouveau Code prévoit une exception à ce principe. La réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé n'emporte pas la dissolution de la société, pourvu que dans les 120 jours, au moins un autre associé se joigne à la société[25]. Il est donc permis aujourd'hui de continuer une société, et ce, pour un temps limité, dans le cas où un associé se retrouve seul suite au retrait de son (ses) coassocié(s). Si une société est formée de deux associés, la société est dissoute après 120 jours suite au départ de l'un deux[26].

Dans l'affaire *Gagné*[27], le tribunal de première instance précise que les dispositions de l'article 2232 C.c.Q. ne sont

---

23. Art. 1377 à 1456 C.c.Q.
24. *Girouard* c. *Moreau*, J.E. 95-1534 (C.Q.).
25. Art. 2232 C.c.Q.
26. *Groupe J.C.L. Com enr.* c. *Gestion Parent Simard enr.*, B.E. 98BE-1240 (C.S.).
27. *Gagné* c. *Sécurité 2010 (snc)*, J.E. 2003-1658 (C.A.); J.E. 2003-866 (C.S.).

aucunement liées au dépôt chez le Registraire des entreprises d'une déclaration de nouvel associé dans les 120 jours suivant le retrait; l'obligation de fond concerne le fait qu'une personne se soit jointe à la société dans les faits. Il faut noter toutefois que la Cour d'appel ne se prononce pas sur ce point.

B) LES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES[28]

a) Un apport

Les parties doivent contribuer à la société par la mise en commun d'apports. Le Code est très flexible en ce qui concerne la nature et la quotitié des apports à être fournis par chacun des associés. En effet, l'apport peut être d'une quantité ou valeur inégale entre les parties et peut prendre plusieurs formes différentes : l'apport peut être en argent[29], en biens (en propriété ou en jouissance)[30], en connaissances ou en activités[31].

Par exemple, les connaissances et compétence de chacun des associés et le temps que chacun consacrera à son travail constituent généralement l'apport de chacun des associés pour une société formée de professionnels.

Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter[32]. Advenant le défaut d'un associé de fournir l'apport promis, la société peut exercer des recours en dommages et intérêts. S'il s'agit d'une somme d'argent, les intérêts sont dus par l'associé fautif à compter du jour où son apport devait être versé[33].

---

28. Comme nous le verrons plus loin, il faut noter également que pour être en présence d'une société en nom collectif, en nom collectif à responsabilité limitée ou en commandite, d'autres formalités (dépôt d'une déclaration d'immatriculation en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, mention de sa forme juridique dans son appellation) doivent également être respectées, en plus des éléments essentiels mentionnés.
29. Art. 2198 al. 2 C.c.Q.
30. Art. 2199 C.c.Q.
31. Art. 2200 C.c.Q.
32. Art. 2198 al. 1 C.c.Q.
33. Art. 2198 al. 2 C.c.Q.

b) Le partage des profits

Les parties doivent partager entre elles les profits (et les pertes) qui résultent de la société.

Contrairement à l'ancien *Code civil du Bas Canada*, le nouveau Code précise que les profits réalisés par la société doivent être des bénéfices pécuniaires et non pas simplement des économies, réglant ainsi la controverse qui existait parmi les auteurs à ce sujet.

L'associé a donc le droit de participer aux bénéfices de la société. La stipulation qui exclut un associé de la participation aux bénéfices de la société est sans effet[34]. Selon les commentaires du ministre, cette disposition constitue une amélioration par rapport à l'ancien *Code civil du Bas Canada* qui prévoyait qu'une telle clause était nulle, obligeant ainsi les parties à recourir aux tribunaux pour faire déclarer la nullité de la clause[35].

Le contrat de société doit donc prévoir que chaque associé participe au partage des profits et, à défaut de spécification quant à la quotité, le Code prévoit à titre supplétif que cette participation est égale entre les associés[36]. Par ailleurs, si le contrat détermine la part de chacun dans l'actif, dans les bénéfices ou dans la contribution aux pertes, cette détermination est présumée faite pour les trois cas[37].

c) Un esprit de collaboration

Les parties doivent s'associer dans un esprit de collaboration avec l'intention de former une société. En ce sens, les droits et intérêts collectifs doivent primer sur les droits individuels de chacun des associés. On réfère à cet élément essentiel sous l'expression latine *affectio societatis*[38]. Le Code prévoit

34. Art. 2203 al. 1 C.c.Q.

35. QUÉBEC, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1389.

36. Art. 2202 al. 1 C.c.Q.

37. Art. 2202 al. 2 C.c.Q.

38. Voir *Lizotte* c. *RBC Dominion Valeurs mobilières inc.*, [1999] R.J.Q. 2877 (C.S.).

que pour la société en participation, le contrat peut résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer[39].

L'extrait suivant de l'ouvrage du notaire Bernard Larochelle nous permet de bien cerner ce concept :

> Le législateur a bien traduit ce concept de l'*affectio societatis* par l'expression « esprit de collaboration ». Cet élément psychologique est un état d'esprit, donc subjectif. C'est cet esprit de collaboration, qui vient cimenter les autres éléments essentiels, qu'il faudra retrouver pour qu'il y ait contrat de société.
>
> (...)
>
> L'expression « esprit de collaboration » utilisée par le législateur dans le nouveau Code vient donc confirmer que les tribunaux pourront scruter les intentions profondes des parties pour décider s'il y a société, comme ils le faisaient par le passé sans y être autorisés par un texte précis.[40]

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer l'intention commune des parties de réaliser un but profitable comme étant l'élément déterminant nous permettant le plus souvent de distinguer la société des autres contrats. En effet, plusieurs situations ressemblent étrangement à la création d'une société, vu la présence de tous les autres éléments essentiels. Cependant, en raison du défaut de l'intention des parties de former une société, il faut conclure à l'absence de celle-ci.

d) L'exercice d'une activité

L'obligation pour les parties d'exercer une activité est un élément de droit nouveau et n'était pas exigée en vertu de l'ancien *Code civil du Bas Canada*. Théoriquement, il ne serait donc plus permis de prétendre à l'existence d'une société dans le cas de la simple détention de biens.

---

39. Art. 2250 C.c.Q.

40. B. LAROCHELLE, « La société et l'association », dans D.-C. LAMONTAGNE, B. LAROCHELLE (dir.), *Droit spécialisé des contrats vol. 1. Les principaux contrats : La vente, le louage, la société et le mandat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 477, à la page 490.

Le Code mentionne la nécessité d'exercer une activité sans qu'il ne soit exigé d'exploiter une entreprise. Ces deux notions doivent donc être distinguées en droit civil.

La notion d'activité, plus large que celle d'une entreprise, réfère à la présence d'une série d'actes juridiques répétés et usuels plutôt qu'à des actes isolés ou inhabituels. Selon la doctrine, l'activité de placement est un exemple d'activité qui ne résulte pas en l'exploitation d'une entreprise[41].

D'autre part, la notion d'exploitation d'une entreprise est de droit nouveau et vient remplacer l'ancienne notion de commercialité[42]. La définition de l'exploitation d'une entreprise est fournie par le Code civil[43]. Elle réfère non pas seulement à l'exercice d'une « activité » mais à l'exercice d'une « activité économique organisée » et comprend tant les activités commerciales que les activités professionnelles, artisanales et agricoles, et englobe autant celles qui recherchent un profit que celles qui n'en recherchent pas.

Cette nouvelle notion ne sert pas à distinguer les différentes espèces de sociétés entre elles, comme le faisait autrefois la notion de commercialité. Par contre, elle jouera un rôle décisif pour déterminer quelle responsabilité incombe aux associés d'une société en nom collectif, en nom collectif à responsabilité limitée ou en participation. En effet, la responsabilité des associés est conjointe, sauf si les obligations ont été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société, auquel cas la responsabilité devient solidaire[44].

Force nous est de constater que cet élément est trop souvent oublié par les tribunaux lors de leur analyse quant à l'existence ou à l'absence d'une société. Désormais, on devrait parler davantage de l'obligation de retrouver quatre et non seulement trois éléments essentiels, tel que le préconisaient

41. QUÉBEC, Ministère de la Justice, *op. cit.*, note 35, p. 1374-1427.

42. C. MASSE, « Nouvelle approche des contrats commerciaux dans le futur *Code civil du Québec* », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 117, à la page 118.

43. Art. 1525 al. 3 C.c.Q.

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

les juges dans *Bourboin* c. *Savard*[45], encore si souvent citée aujourd'hui pour rappeler les éléments essentiels du contrat de société.

II. LA FORMATION D'UNE SOCIÉTÉ SELON LES TRIBUNAUX

À la lecture de la jurisprudence, de nombreuses situations obligent le tribunal à se prononcer sur l'existence ou non d'une société : les parties ont entamé des négociations sans pourtant aboutir à une entente[46], les parties tentent d'établir une société de fait (société tacite ou société en participation), particulièrement en droit de la famille entre concubins ou conjoints, ou encore les parties (ou des tiers) ne s'entendent pas sur la qualification du contrat.

Même si les parties se sont librement exprimées, par une clause ou mention au contrat, sur leur volonté de former une société, les tribunaux ont là aussi un rôle à jouer. Malgré la croyance populaire, il faut insister et rappeler que la qualification que les parties donnent à leur convention ne suffit pas en soi pour déterminer d'une manière définitive la nature de leur convention. Les tribunaux exercent une certaine discrétion dans l'appréciation qu'ils ont à faire[47]. Il faut donc aussi s'assurer dans cette situation de la présence des éléments essentiels à la formation de la société tant dans les écrits que dans les faits.

A. LE RÔLE DU TRIBUNAL

Advenant un litige, le tribunal doit se prononcer sur la nature véritable de la convention qui lie les parties. Son rôle

45. Précité, note 16. En effet, cette décision a été rendue conformément à l'article 1830 C.c.B.C., lequel n'est pas en tout point identique au nouvel article 2186 C.c.Q.

46. Dans cette situation, la position des tribunaux est claire. Une personne ne peut prétendre au statut d'associé, et donc à la création d'une société, alors que des négociations qui se limitent à la présentation de projets d'entente ou de lettres d'intention ont lieu, sans toutefois aboutir à la signature d'un contrat de société. Voir *Miller* c. *Total Restoration Inc.*, J.E. 96-156 (C.A.); *Cimon* c. *Arès*, précité, note 20; *Clinique de greffe de cheveux Bédard Inc.* c. *Sabourin*, J.E. 95-377 (C.S.); *Girouard* c. *Moreau*, précité, note 24.

47. *Reid* c. *McFarlane*, (1893) 2 B.R. 130; *Bourboin* c. *Savard*, précité, note 16.

est alors dans tous les cas (avec ou sans contrat ou intention exprès) de s'assurer de la présence de tous les éléments essentiels (généraux et caractéristiques) propres au contrat de société (contrat, présence d'au moins deux personnes, apport, partage des profits, intention et exercice d'une activité) avant de conclure à la présence d'une société.

a) En présence d'un contrat exprès

En présence d'un contrat exprès de société, le tribunal débutera son analyse par l'étude des clauses du contrat pour ensuite examiner la preuve dans le but d'interroger les parties sur leurs faits et gestes. Son rôle est donc d'aller vérifier parmi les agissements des parties si les faits concordent avec le contenu du contrat.

Ainsi, il devra vérifier si les faits et gestes font apparaître l'apport, le partage des profits, l'intention et l'exercice d'une activité, et non seulement énumérer les faits et gestes qui apparaissent les plus éloquents quant à l'existence de l'intention de former une société.

Dans le cas où il y a contrat exprès de société, le test à être appliqué par les tribunaux, avant de conclure à l'existence d'une société, devrait être le suivant :

1) Procéder à l'examen du contrat : vérifier la présence de tous les éléments essentiels (apport, partage des profits, intention, exercice d'une activité) en procédant à l'examen des termes du contrat;
2) Procéder à l'examen de la preuve : vérifier la présence de tous les éléments essentiels (apport, partage des profits, intention, exercice d'une activité) en procédant à l'examen des faits et gestes des parties;
3) Et, advenant la présence de tous les éléments ci-dessus, vérifier s'il ne peut s'agir d'un autre contrat que celui du contrat de société, ce qui permettra de cimenter l'ensemble des éléments.

b) En l'absence d'un contrat ou d'une intention exprès

En l'absence d'un contrat ou d'une intention exprès des parties, le tribunal doit s'assurer de procéder de la

même manière, à la seule différence qu'il saute l'étape de l'examen du contrat.

Le tribunal doit s'assurer de la présence des éléments essentiels en scrutant à la loupe les agissements des parties. Il doit s'assurer que la preuve révèle les apports des associés au fonds social de la société, la remise au fonds social des revenus générés en commun et le partage subséquent des profits entre les associés, l'exercice d'une activité (sans être nécessairement l'exploitation d'une entreprise) pour ensuite cimenter le tout, par la présence de l'intention de créer une société et non un autre type de contrat.

Il en est ainsi aussi pour la société en participation (dite de fait) car malgré l'article 2250 C.c.Q. qui mentionne que l'intention peut résulter de faits manifestes, elle est aussi régie par l'article 2186 C.c.Q. qui établit la nécessité de retrouver la présence des éléments essentiels.

Dans le cas où il y a absence de contrat ou d'intention exprès de société, le test à être appliqué par les tribunaux, pour déterminer s'il y a ou non société, devrait être le suivant :

1) Procéder à l'examen de la preuve : vérifier la présence de tous les éléments essentiels (apport, partage des profits, intention, exercice d'une activité) en procédant à l'examen de l'ensemble des faits, de circonstances ou d'un contexte, y compris la conduite des parties impliquées[48] ;
2) Et, advenant la présence de tous les éléments ci-dessus, vérifier s'il ne peut s'agir d'un autre contrat que celui du contrat de société.

B. LA TENDANCE ACTUELLE DES TRIBUNAUX

Ce sont les tribunaux qui héritent de la lourde tâche de procéder à cette analyse et de conclure à la présence ou à l'absence d'une société entre les parties. Ce n'est pas une mince affaire. En plus d'appliquer le droit, les juges doivent scruter à la loupe les agissements des parties afin d'être justifiés à conclure à l'existence d'une société. De nombreuses nuances doivent être apportées. Il peut être difficile de s'y

48. *Girouard* c. *Moreau*, précité, note 24, p. 3.

retrouver. Et, il faut le dire, ce qui n'aide pas à la tâche : le droit des sociétés de personnes est un droit assez mal connu des juristes.

Malheureusement, il nous faut constater que des juges, dans de nombreuses situations, n'appliquent pas toujours judicieusement les tests requis[49].

Pour ne citer que quelques exemples, surtout à partir de la jurisprudence récente, ils ont souvent tendance à conclure trop vite à l'existence d'une société sans aucunement procéder à l'analyse ou en procédant à une analyse partielle des éléments essentiels. Par exemple, ils concluent à l'existence d'une société en s'appuyant sur des faits et gestes démontrant que les parties ont agi comme associés ou ont donné des raisons de croire qu'ils étaient associés, alors qu'il s'agit de déterminer la nature du contrat entre les parties et non à l'égard des tiers[50].

D'autres procèdent à l'analyse des faits, gestes et attitudes des parties seulement pour servir à indiquer une intention de s'associer. Pourtant, cette analyse doit également servir à aider à vérifier la présence des autres éléments (apport, partage des profits, exercice d'une activité). En effet, un contrat peut mentionner qu'un apport est fourni alors que dans les faits il s'agit d'un apport fictif. Par exemple, une partie fournit un bien à la société alors qu'elle reçoit en contrepartie un loyer de la société ou une partie fournit un bien

49. *Dionne* c. *Mayor*, [1998] R.L. 535 (C.A.); *Castonguay* c. *Turcotte*, J.E. 2001-1336 (C.A.); *Dussault* c. *Jolicœur*, J.E. 2004-2075 (C.A.); *Gestion Pierre Dumas Inc.* c. *Price*, J.E. 96-1194 (C.S.); *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de)*, [1997] R.J.Q. 565 (C.S.), conf. par [2000] R.J.Q. 1362 (C.A.); *Charron* c. *Bergeron*, B.E. 99BE-851 (C.S.), conf. par J.E. 2002-354 (C.A.); *Angers* c. *Gagnon*, J.E. 2003-606 (C.S.) (en appel); *De Palma* c. *Tabco Outerwear Inc. / Vêtements Tabco inc.*, J.E. 2003-1198 (C.S); *L.F. Consultation et services inc.* c. *Jomphe (Les Gibiers de marque)*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 11655 (C.S.); *Lévesque* c. *Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 12094 (C.S); *Hagymasi* c. *Strachan*, AZ-50171730 (C.Q). Voir aussi en première instance *Arès* c. *Cimon*, REJB 2002-31863 (C.S.), inf. par J.E. 2005-201 (C.A.).

50. Une nuance s'impose ici. Lorsqu'il s'agit de vérifier l'existence d'une société vis-à-vis les tiers, il est permis de s'appuyer sur les faits et gestes des parties qui permettent de croire à l'existence d'une société apparente. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, l'étude des éléments essentiels à la formation d'une société n'est pas requise. Cette approche, fondée sur la théorie du mandat apparent et sur l'article 2222 C.c.Q., ne reçoit pas application pour déterminer la création d'une société entre les parties.

dont elle détient la propriété exclusive et qui est utilisé afin de gagner des revenus qu'elle conserve en entier[51].

Mais il y a plus. Il arrive également que certains juges procèdent d'un côté à l'analyse théorique des éléments essentiels en y faisant référence et, d'un autre côté, énumèrent les faits et gestes qui permettent de conclure à l'existence d'une société, sans s'assurer de faire les liens qui s'imposent entre les deux.

En effet, mentionner que le partage des profits provenant de revenus communs est essentiel et constater l'existence de comptes bancaires communs peut nous obliger à conclure à des réalités fort différentes. Par exemple, les membres d'une « société nominale ou de dépenses[52] » font souvent appel à l'ouverture d'un compte bancaire commun. Or, comme les fonds qui y sont investis ne servent qu'au paiement des dépenses communes et que les revenus des membres sont conservés individuellement, il faut conclure, malgré la présence d'un compte de banque commun, à l'absence du partage des profits[53].

CONCLUSION

Basées sur les décisions les plus récentes, force nous est de conclure que les tribunaux ne sont pas assez rigoureux dans l'application des tests requis pour qualifier une entente de contrat de société.

Il faut éviter de conclure trop vite à l'existence d'une société alors que les éléments essentiels à sa formation en sont absents. La recherche par le tribunal des quatre éléments essentiels (apport, partage des profits, intention, exercice d'une activité), tant dans les écrits que dans les

---

51. *Cimon* c. *Arès,* précité, note 20.

52. La « société nominale ou de dépenses » se définit comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, tout en conservant leur revenu propre, s'unissent dans le but de partager des dépenses pour l'utilisation en commun des moyens permettant la réalisation individuelle d'économie ». Voir M. THÉRIAULT, D. CÔTÉ, « Une société qui n'en est pas une : la société nominale ou de dépenses », (1988) 48 *R. du B.* 517, 530.

53. *Groupe Poupart, de Blois inc.*, précité, note 17; *Cimon* c. *Arès*, précité, note 20.

agissements des parties, est nécessaire dans tous les cas lorsqu'il s'agit de constater la formation d'une société entre associés. Ce n'est que lorsqu'un tiers tente d'établir la création d'une société que la situation est différente. Dans ce cas et dans ce cas seulement, le tribunal a un répit : il peut conclure à la formation d'une société sans faire l'analyse des quatre éléments essentiels. Il doit vérifier si les agissements des parties ont donné des raisons de croire à l'existence d'une société apparente aux yeux des tiers.

Il faut donc distinguer la situation qui oblige le tribunal à prendre position sur la nature du contrat lorsque les associés eux-mêmes en font la demande, de celle où la demande émane d'un tiers. Cette dualité de régime (un régime entre les parties et un autre face aux tiers) est fort probablement ce qui caractérise à plusieurs égards le contrat de société (gestion de la société, responsabilité des associés, etc.). Elle contribue aussi à rendre cette matière fort complexe, pour une personne qui n'y est pas familière.

À notre plus grande joie, la Cour d'appel vient de rappeler aux tribunaux dans l'affaire *Cimon* c. *Arès*[54] l'importance d'être rigoureux avant de conclure à l'existence ou à l'absence d'une société et de vérifier dans chaque cas la présence des trois conditions nécessaires : un esprit de collaboration, un apport et le partage des bénéfices pécuniaires[55].

En effet, Madame la juge Lemelin conclut avec justesse à la page 6 :

> Avec égards pour le juge de première instance, la question légale débattue n'était pas de vérifier si les parties avaient « fonctionné à plusieurs égards » comme une société en participation, mais de s'assurer que les arrangements convenus répondaient aux conditions essentielles à la constitution d'une société.[56]

54. *Cimon* c. *Arès*, précité, note 20.

55. Tel que déjà mentionné ci-haut, il est de notre avis qu'à la lecture de l'article 2186 C.c.Q., quatre, et non plus trois, éléments essentiels sont nécessaires à la création d'une société.

56. *Cimon* c. *Arès*, précité, note 20.

Nous ne pouvons que nous réjouir de cette prise de position. Espérons que le message aidera à faire la lumière sur le rôle du tribunal quant à la marche à suivre avant de constater la constitution d'une société et qu'il rejoindra les plaideurs dans la préparation de leur cause, tout autant que les juges qui eux seront appelés un jour ou l'autre à se prononcer sur la question.

Michelle Thériault
Département des sciences juridiques
C.P. 8888, succ. Centre-ville
Université du Québec à Montréal
MONTRÉAL (Québec) H3C 3P8
Tél. : (514) 987-3000 poste 3271
Téléc. : (514) 987-4784
theriault.michelle@uquam.ca