

Les Cahiers de droit



Les personnes morales dans le droit privé du Québec

Madeleine Cantin Cumyn

Volume 31, numéro 4, 1990

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043053ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043053ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Cumyn, M. C. (1990). Les personnes morales dans le droit privé du Québec. *Les Cahiers de droit*, 31(4), 1021–1048. <https://doi.org/10.7202/043053ar>

Résumé de l'article

Le droit civil québécois n'accorde pas à la personnalité morale l'importance qu'elle revêt généralement dans les juridictions de tradition civiliste. Cette constatation a amené l'auteure à s'interroger sur les causes de l'anomalie du droit québécois et ses conséquences éventuelles.

L'analyse comparative révèle de profondes différences systémiques entre la façon de concevoir la personnalité morale en droit civil et en common law. S'étant trouvé au carrefour de ces deux traditions juridiques, le droit québécois en a été plus paralysé que vivifié.

Les personnes morales dans le droit privé du Québec

Madeleine CANTIN CUMYN*

Le droit civil québécois n'accorde pas à la personnalité morale l'importance qu'elle revêt généralement dans les juridictions de tradition civiliste. Cette constatation a amené l'auteure à s'interroger sur les causes de l'anomalie du droit québécois et ses conséquences éventuelles.

L'analyse comparative révèle de profondes différences systémiques entre la façon de concevoir la personnalité morale en droit civil et en common law. S'étant trouvé au carrefour de ces deux traditions juridiques, le droit québécois en a été plus paralysé que vivifié.

Legal personality does not occupy in the Civil Law of Quebec the preponderant place that it generally takes in countries of the civil law tradition. This observation led the author to investigate the causes and potential consequences of such an anomaly.

A comparative analysis reveals important systemic differences between the conception of legal personality in the civil law and the common law. The law of Quebec has not so far benefitted from its position at the crossroads of these two legal traditions.

* Professeure et membre de l'Institut de droit comparé, Faculté de droit, Université McGill et membre du Barreau du Québec. L'auteure souhaite exprimer sa gratitude à ses collègues, messieurs les professeurs John E.C. Brierley, Macdonald Professor, et H. Patrick Glenn, Peter M. Laing Professor, pour avoir aimablement accepté de lire et de commenter une version antérieure de cet essai.

1. La formation du droit des personnes morales	1024
1.1. La portée du rapport des codificateurs sur l'appréciation des sources du droit des personnes morales	1025
1.2. La conception du rôle de l'État au temps de la codification	1027
1.3. Quelques causes subsidiaires du rattachement des personnes morales au droit anglais	1030
1.4. La conception civiliste de la personnalité et le droit québécois	1032
2. Le domaine d'application de la personnalité morale	1035
2.1. La législation attributive de personnalité	1036
2.2. Les groupements non incorporés de personnes	1038
2.3. Les groupements de biens affectés à un but déterminé	1042
2.4. L'environnement nord-américain et le droit québécois	1045
Conclusion	1047

Il est banal d'observer que la doctrine québécoise ne s'intéresse pas à la théorie de la personnalité morale. Ce désintérêt de la doctrine est symptomatique de l'attitude de l'ensemble de la communauté juridique. Si l'on interrogeait nos juristes, il est probable que la plupart d'entre eux ne verraient pas l'utilité de distinguer entre les notions de personnes morales et de corporations si bien que, pour eux, l'étude de celles-ci épuise à peu près la matière des personnes morales privées.

C'est certes dans le domaine des affaires que l'on a le plus fréquemment recours à la technique de la personnalité morale. Que l'accent soit, en conséquence, placé sur l'étude de la loi qui organise la constitution de compagnies—ces personnes morales vouées à la poursuite de buts commerciaux—n'a pas lieu de surprendre. La place prépondérante qu'occupe cette législation se trouve en outre confortée par la fonction qu'elle conserve de fournir les règles supplétives applicables à des entités incorporées pour des fins non commerciales, dont on a, du reste, conçu le mode de constitution sur le modèle des compagnies¹.

L'importance économique des personnes morales commerciales ne suffit pas cependant à expliquer tant l'absence d'une théorie générale de la personnalité que la tendance manifeste de faire une adéquation entre personne morale et corporation et à limiter le domaine d'application de la personnalité morale aux entités incorporées. En effet, ce facteur

1. *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38, notamment les art. 218 à 220 et 224 ; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) c. C-44, art. 160 à 163.

économique est constant dans les pays commercialement développés². Il n'empêche pas les autres juridictions civilistes de considérer la personnalité morale comme une catégorie du droit, susceptible de multiples applications.

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 cependant 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 morale³, le droit anglais se caractérise par l'intérêt limité que présente cette notion sur laquelle on ne s'attarde pas puisqu'elle ne fait partie, ni de la structure du droit, ni des catégories de la common law⁴.

Malgré l'appartenance du droit québécois à la famille civiliste en matière de droit privé, par sa conception et l'usage qu'il fait de la personnalité morale, il se distingue peu des juridictions de droit anglais. Le développement du droit des personnes morales privées est compromis par cette situation dichotomique où une branche du droit privé est articulée en marge du droit commun. Les solutions qu'il élabore souffrent de la précarité du raisonnement qui s'intègre mal au droit civil. Même le législateur semble paralysé par la difficulté d'établir les éléments nécessaires au renouvellement de la législation en ce domaine⁵.

L'ensemble du droit de la personnalité a besoin d'être repensé. Le succès d'une réforme qui tarde à venir risque pourtant d'être compromis si l'on ne se libère pas de certaines contraintes artificielles qui ont traditionnellement bloqué toute véritable réflexion. Il nous a donc paru opportun de tenter, dans un premier temps, de retracer les circonstances de la formation du droit des personnes morales pour ensuite jeter un regard critique sur le domaine d'application de la personnalité morale.

2. Voir pour la France, G. Goubeaux, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, Paris, L.G.D.J. 1984, p. 199-215, n^{os} 1 et 2.
3. Deux ouvrages français doivent recevoir une mention spéciale : R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, Rousseau, 1910 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd. 1924, 2 vol.
4. Voir R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9^e éd. par C. Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 1988, n^{os} 290 et 293 notamment ; F.W. Maitland, « Moral Personality and Legal Personality », in *The Collected Papers*, Cambridge, University Press, 1911, vol. III, p. 304-320. La nature des personnes morales a cependant donné lieu à un certain débat en droit américain ; voir J.M. Sweeney, « Droit des États-Unis », in *La personnalité morale et ses limites*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 98.
5. M. Giguère, « Le Québec à l'heure de la réforme du droit des sociétés (compagnies) ou le législateur schizophrène », (1984) 25 *C. de D.* 733.

1. La formation du droit des personnes morales

Le droit des personnes morales au Québec est marqué par une conception restrictive de la personnalité. Elle a pris pied dans la législation élaborée au XIX^e siècle à l'époque où domine, en Europe, une conception qui fait reposer la personnalité morale sur une fiction établie par une disposition expresse de la loi⁶. Le maintien de cette thèse en droit actuel n'est pas fondé sur une évaluation du rôle et de l'intérêt de la personnalité morale en droit privé. Il est dû aux circonstances particulières de l'évolution du droit québécois qui, étant donné l'origine distincte des droits public et privé, doit constamment se préoccuper de la recherche des sources de ses institutions⁷. L'interprétation donnée au rapport des codificateurs de 1866 et la conception de la personnalité à cette époque ont amené à qualifier le sujet comme relevant du droit public. Le recours au droit anglais qui s'ensuivit a rendu suspecte, voire illégitime, la référence aux sources civilistes⁸. 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.

6. Il s'agit de la théorie dite « de la fiction » : voir *infra*, 1.2

7. Sur les sources du droit québécois, voir L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec Éditeur officiel, 1965, p. 40 s. ; M. Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte ? » in F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1-33.

8. Les ouvrages généraux sur le droit civil ne traitent pas de la théorie de la personnalité et ignorent les apports de la doctrine européenne à la théorie de la personnalité morale. Voir P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, Montréal, T. 1, 1895, p. 131 et t. 2, 1896, p. 327 s. ; G. Trudel, in *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, t. 2, 1942, p. 453 s. ; F. Langelier, *Cours de droit civil*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, t. 2, p. 56 s. Voir cependant, A. Perrault, *Traité de droit commercial*, Montréal, éd. A. Lévesque, 1936, t. 2, n^{os} 969 à 971 où l'auteur résume l'évolution du concept de la personnalité morale ; voir aussi M. Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, qui fonde la fiducie québécoise sur la théorie de l'institution (notamment n^{os} 73 s.). Les manuels québécois sur le droit des compagnies ne contiennent rien sur la personnalité morale. Leurs bibliographies ignorent la doctrine civiliste : voir M. Martel et P. Martel, *La compagnie au Québec*, vol. 1, Les aspects juridiques, Montréal, Wilson et Lafleur, Martel Ltée, 1989 ; J. Smith et Y. Renaud, *Droit québécois des corporations commerciales*, Montréal, Judico Inc., 1974. Voir cependant le texte récent de M. Filion, *Droit des associations*, Montréal, Les éditions Yvon Blais, 1986, qui s'inspire largement de la doctrine française et celui de M. Lizée, « Deux fictions du droit corporatif », (1983) 43 *R. du B.*, 649.

1.1. La portée du rapport des codificateurs sur l'appréciation des sources du droit des personnes morales

Les sources françaises de notre droit privé sont connues⁹. Il suffit de les rappeler brièvement pour situer le sujet qui nous occupe. Le droit civil du Québec tire son origine de la Coutume de Paris dont l'application, en Nouvelle-France, a été formellement décrétée en 1663¹⁰. Malgré la cession de la colonie à l'Angleterre en 1763, elle fut maintenue en matière de droit privé¹¹ de sorte que l'ancien droit français constitue la principale source du *Code civil du Bas-Canada* adopté en 1866¹². En outre, selon la directive reçue du législateur, les codificateurs canadiens se sont inspirés du modèle du Code civil français et du Code de commerce, tant pour le plan que le nombre des matières à y inclure¹³. Pour ce qui est des personnes morales cependant, il y a défaut de concordance entre les codifications française et québécoise. Contrairement au code français qui n'énonce pas de dispositions générales sur les personnes morales, le *Code civil du Bas-Canada* contient dans son livre sur les personnes un titre additionnel intitulé « Des corporations »¹⁴. Ce trait original de notre code a conduit à s'interroger sur les raisons de l'absence de réglementation des personnes morales dans le code français et sur l'origine des dispositions de notre code.

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 administratif¹⁵.

9. E. Lareau, *Histoire du Droit canadien*, Montréal, Périard, 1888, vol. 1, ch. 5 et 6 notamment.

10. Voir l'« Édit de création du conseil supérieur de Québec », in *Édits et Ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, Québec, 1854, vol. 1, p. 37 s.

11. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (Acte de Québec de 1774) 14 Geo III, c. 83 (G.B.); F.P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, ed. M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, p. 35 à 38.

12. F.P. Walton, *id.*, p. 47 à 49; P.-B. Mignault, « Le Code civil au Canada », in *Le Code civil 1804-1904*, Livre du Centenaire, 1904, ré-édition, Paris, Duchemin, 1979, vol. 2, p. 725-731.

13. *Acte concernant la Codification des Lois du Bas-Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, L.C. 1857, S.R.B.C. 1861, c. 2, art. 4, 6 et 7.

14. Les articles 352 à 371, *Code civil 1866-1980*, Édition historique et critique établie par P.-A. Crépeau et John E.C. Brierley, Montréal, Chambre des Notaires du Québec et SOQUIJ, 1981; *Code civil du Bas-Canada* (« Rapport des codificateurs »), Québec, George E. Desbarats, 1865, second rapport, t. 1, p. 228 à 234; p. 348 à 356.

Pourtant « [c]ette assertion a[vait] paru incorrecte »¹⁶ aux codificateurs du Bas-Canada qui attribuaient plutôt l'omission des personnes morales du *Code Napoléon* « au peu de cas que l'on faisait autrefois en France des corporations »¹⁷.

Le contexte historique prévalant lors de la rédaction du code français fournit, en effet, d'amples explications de l'exclusion des personnes morales. Non seulement la Révolution venait-elle tout juste d'éliminer toutes les communautés et les corps intermédiaires, mais elle avait été précédée dans cette voie par diverses tentatives du pouvoir royal de contrôler les gens de mainmorte. De plus, les idées dominantes en France en 1804 n'admettaient pas d'intermédiaire entre l'État et les individus¹⁸. Dans cette perspective, on aurait mal compris que les rédacteurs du *Code Napoléon* proposent des dispositions qui avouent l'existence de personnes morales privées¹⁹. De ce que les rédacteurs du code français n'aient pas jugé opportun, dans les circonstances, de codifier le droit civil sur les personnes morales, on a pourtant déduit ici la confirmation que les personnes morales privées ne sont pas matière de droit civil.

Il devait suivre, quant aux sources auxquelles les codificateurs auraient puisé pour la rédaction du titre sur les corporations, que l'on conclue qu'elles étaient tirées du droit anglais puisque la matière serait de droit public²⁰. On a, ainsi, fait peu de cas de la réserve exprimée, dans leur rapport, qu'ils entendaient « traiter uniquement des corporations qui tombent sous le contrôle du droit civil » et qu'ils ont tiré les règles proposées du droit civil²¹. Car les codificateurs avaient bien conscience

15. P.-B. Mignault, *supra*, note 8, t. 2, p. 327 ; la Cour suprême du Canada a repris à son compte cette opinion dans *Senez c. Chambre d'immeubles de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, p. 561 s.

16. Voir le « Rapport des codificateurs », *supra*, note 14, second rapport, t. 1, p. 288.

17. *Id.*, p. 229.

18. Voir, à ce sujet, R. Saleilles, *supra*, note 3, p. 3 à 14 et p. 240 à 286 ; J. Imbert, « Aperçu historique sur les fondations en droit français » in *Le droit des fondations en France et à l'étranger* sous la dir. de René-Jean Dupuy, Coll. Notes et études documentaires, Paris, La documentation française, 1989, p. 26 s. ; A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, P.U.F., 1989, n° 161.

19. A. Weill et F. Terré, *Droit civil*, Les personnes, la famille, les incapacités, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1983, nos 157 et 158 ; B. Terrat, « Du régime de la propriété dans le Code civil », in *Le Code civil 1804-1904 — Livre du Centenaire*, *supra*, note 12, vol. 1, p. 345 s.

20. En ce sens, G. Trudel, *supra*, note 8, p. 453 ; F. Langelier, *supra*, note 8, p. 59. Ce point de vue est repris par R.L. Beaulieu, « La capacité, les objets et les pouvoirs des corporations dans le Québec », in *Studies in Canadian Company Law — Études sur le droit canadien des compagnies*, sous la dir. de J.S. Ziegel, Toronto, Butterworths, 1967, vol. 1, p. 207 et R. Durand, « Les traits juridiques distinctifs de la coopérative et de la compagnie du Québec », (1987) 17 R.D.U.S. 413, p. 419.

21. Voir le « Rapport de codificateurs », *supra*, note 14, vol. 1, p. 228 et 230.

que la notion de personne morale vise tant les entités émanant de la puissance publique, voire l'État lui-même, que les groupements d'individus qui poursuivent des buts privés. Aussi avaient-ils précisé à l'article 356 c.c. que les corporations politiques sont régies par le droit public²² alors que les corporations civiles sont régies par les lois affectant les individus²³.

En introduisant dans le Code un chapitre sur les corporations, les codificateurs entendaient donc énoncer des règles générales applicables à des entités régies par le droit civil. La fréquence des renvois à la doctrine de l'ancien droit français confirme qu'ils estimaient bien le droit civil applicable en la matière²⁴. Cependant le rapport des codificateurs comporte aussi des renvois à des auteurs anglais²⁵, souvent de façon concomitante aux renvois à la doctrine française. Il convient donc de s'interroger sur la place du droit anglais comme deuxième source du droit des personnes morales. Le recours au droit anglais résulte d'abord des vues courantes à l'époque de la codification sur le rôle de l'État à l'égard des personnes morales privées.

1.2. La conception du rôle de l'État au temps de la codification

Soutenir, à la suite des codificateurs, que les corporations privées tombent sous le contrôle du droit civil ne signifie pas que toute intervention de la puissance publique doive être écartée. L'appréciation du domaine et de la portée de l'intervention étatique a sensiblement varié dans le cours de l'histoire. Elle est intimement liée au développement en droit civil de la théorie de la personnalité juridique²⁶. Car il semble bien

22. Encore que le droit privé puisse aussi leur être applicable dans les rapports avec les particuliers. Pour une application de cette règle, voir *Laurentide Motels c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

23. En droit civil français, il n'est pas douteux que la fondation et l'association conservent leur caractère de personnes morales de droit privé nonobstant la participation de personnes publiques à leur création : voir Y. Gaudemet, « La création des fondations par les personnes publiques ou d'utilité publique », in *Le droit des fondations en France*, *supra*, note 18, p. 49.

24. Les codificateurs renvoient, notamment, à Lorieux, Pothier, Dunod, Domat, Marcadé, Ferrière, Duranton.

25. Blackstone, Worton, Grant et Arnold sont les sources anglaises des codificateurs. La lecture du rapport des codificateurs révèle que ces références ne sont pas plus fréquentes que celles faites aux sources françaises, malgré qu'on ait écrit le contraire : voir Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et du common law dans le droit des compagnies de la Province de Québec », in *Studies in Canadian Law — Études sur le droit canadien des compagnies*, *supra*, note 20, p. 105.

26. L'ouvrage de R. Saleilles, *supra*, note 3 fait bien ressortir cet aspect dans l'évolution de la théorie de la personne morale.

que, plus le droit commun facilite l'existence des groupements et des collectivités, plus leurs activités se développent et leurs patrimoines s'accroissent. C'est ainsi qu'à diverses époques ils ont éveillé la méfiance et la crainte d'une atteinte portée au pouvoir politique ou à l'intérêt général, comme l'évolution du droit des associations en droit romain et dans l'ancien droit l'illustre.

À Rome, sous la République, les associations, c'est-à-dire les groupements de personnes qui s'unissent pour la poursuite d'un but commun, se formaient librement, sauf à reconnaître le pouvoir éventuel du Sénat d'en contrôler la licéité. Elles n'étaient cependant que faiblement structurées sur le plan du droit privé puisqu'on organisait alors leur fonctionnement à partir des règles de l'indivision. L'évolution du concept d'*universitas* a conduit sous l'Empire, à mettre de côté la solution d'un indivision entre les membres pour attribuer les biens affectés au but commun à l'association elle-même²⁷. Ayant gagné son autonomie patrimoniale, l'association est, dès lors, perçue comme une individualité nouvelle analogue à la personne humaine. Le droit privé ne mettant plus désormais d'obstacles à l'essor des associations, l'État s'en inquiète et tente d'abord un mouvement de suppression pour ensuite les soumettre, par la *Lex Julia*, à un régime d'autorisation préalable du Sénat²⁸.

Les anciennes coutumes en France et en Allemagne appliquaient aux associations une forme particulière d'indivision dérivée de la propriété en main commune. Les institutions romaines, remises à l'honneur par les glossateurs et les canonistes, s'imposent graduellement comme plus aptes à expliquer le fonctionnement des associations. À partir des notions d'*universitas* et de *corpus*, se constitue le concept d'être collectif qualifié de personne fictive (*persona reproesentata* ou *ficta*)²⁹. Si, en Allemagne, la notion de corporation est reçue à côté de la propriété en main commune, chacune ayant un domaine propre d'application, elle a supplanté cette forme coutumière d'indivision en France³⁰. La réception achevée par le droit privé de l'entité corporative coïncide avec les

27. La reconnaissance de la fondation comme entité patrimoniale (*universitates bonorum*) analogue à l'association (*universitates personarum*) a suivi une évolution similaire quoique postérieure dans le temps. Les biens affectés au but charitable ou pieux énoncé par le fondateur sont d'abord considérés appartenir à celui qui veille à l'affectation. C'est l'organisme comme sujet de droit qui en est ensuite reconnu le titulaire : voir R. Saleilles, *id.*, 7^e leçon.

28. R. Saleilles, *id.*, 3^e à la 7^e leçon.

29. M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ? 8^e éd., Paris, P.U.F., 1987, p. 58 à 61 ; R. Saleilles, *id.*, p. 220 s.

30. R. Saleilles, *id.*, p. 180 à 183 ; U. Drobnig, « Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand », in *La personnalité morale et ses limites*, *supra*, note 4, p. 29 s.

premières ordonnances qui assujettissent la constitution de nouveaux établissements ou communautés à l'autorité royale (1659 et 1666). Ces édits devaient être suivis de plusieurs autres, notamment l'Édit de 1749 qui prohibe la création de fondations testamentaires, soumet la fondation constituée par donation à l'autorisation préalable du pouvoir royal et limite l'acquisition de biens par les gens de mainmorte. Le processus culmine avec la Révolution qui supprime toutes les personnes morales³¹.

Ainsi se trouvèrent réunies les conditions propices à la formulation de la théorie de la fiction. Pour éliminer tout conflit éventuel entre le pouvoir politique et les initiatives privées, cette théorie fonde l'existence d'entités juridiques autonomes sur l'intervention étatique. La puissance publique se trouve ainsi nécessairement à l'origine de toute personne morale. D'abord articulée en Allemagne, la théorie de la fiction s'est imposée en France et y était couramment admise à l'époque de la rédaction du *Code civil du Bas-Canada*³². Il n'est donc pas étonnant que les codificateurs l'aient fait passer dans les dispositions proposées sur les corporations³³, d'autant qu'elle correspond à la notion de corporation à cette époque en Angleterre³⁴. Le droit anglais pouvait être mentionné, et référence faite aux auteurs anglais, comme source complémentaire des articles du Code sur les corporations, dès lors qu'il était généralement compris que, pour leur constitution, elles devaient relever de l'État, donc du droit public. De plus, la législation du Bas-Canada sur les compagnies, en pleine évolution à l'époque de la codification, s'élaborait à partir de l'expérience législative anglaise³⁵. De ce recours à des sources en droit anglais, de portée limitée pour les codificateurs, on en est venu à exprimer l'avis que l'ensemble du domaine des personnes morales privées échappe à l'influence du droit civil³⁶. Mais certains autres facteurs ont pu contribuer à renforcer cette opinion.

31. J. Imbert, *supra*, note 18, p. 26 s. ; R. Saleilles, *id.*, 1^{re} leçon.

32. R. Legeais, « Personne morale », in *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie juridique, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1977, n° 6 ; L. Michoud, *supra*, note 3, n° 6.

33. Voir notamment les articles 352 et 353 C.C.B-C.

34. F.W. Maitland, « Moral Personality and Legal Personality », in *The Collected Papers*, *supra*, note 4, vol. III, p. 304-320 ; *Blackstone's Commentaries*, by S. Warren, London, W. Maxwell, Bell Yard, Lincoln's Inn, 1855, p. 387 s. ; D. Bonham et D. Soberman, « The Nature of Corporate Personality », in *Studies in Canadian Company Law—Études sur le droit canadien des compagnies*, *supra*, note 20, p. 9.

35. Sur l'histoire de la législation sur les compagnies, voir J. Smith et Y. Renaud, *supra*, note 8, vol. 1, p. 5-28.

36. Voir, *supra*, note 20. Voir aussi L. Lilcoff, « Le code civil et l'autonomie du droit commercial », (1966) 44 *R. du B. Can.* 443 qui, à la p. 461, fait état d'une forte tendance à considérer le droit corporatif comme étant du droit public.

1.3. Quelques causes subsidiaires du rattachement des personnes morales au droit anglais

En plus de l'influence directe de la théorie de la fiction, qui inspire plusieurs dispositions du code sur les corporations, certains facteurs paraissent appuyer le rattachement du droit des personnes morales privées au droit anglais, par le canal du droit public. Il faut placer parmi eux le sort des édits royaux français relatifs aux communautés et gens de mainmorte après la passation de la colonie sous la domination de l'Angleterre. L'inefficacité des prohibitions édictées par le droit français après la cession découle de la notion de prérogative royale dont relèvent les questions que l'État qualifie d'intérêt public³⁷. Le Conseil privé a confirmé leur abolition par l'entrée en vigueur du droit public anglais³⁸. Dans le contexte du droit québécois où, selon un courant d'opinion, le domaine d'application du droit civil doit être déterminé à partir du sens donné en droit anglais à l'expression "property and civil rights"³⁹, cette jurisprudence était de nature à achever de persuader que l'ensemble du droit des corporations, ces créatures de la puissance publique pour le droit anglais, relève du droit public. À l'effet réducteur du procédé s'ajoute l'illogisme résultant de ce que le droit anglais ne distingue pas entre le droit public et le droit privé^{39a}.

Vu la force évocatrice des mots, il y a lieu de considérer aussi l'influence de la pratique terminologique dans l'évolution du droit des 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 avec celui qui a cours en droit français contemporain. On y a recours à l'expression générique que personnes morales : la société, l'association, la fondation, l'établissement étant les espèces de personnes morales privées. L'usage québécois est, par ailleurs, conforme à celui qui

37. Voir F.P. Walton, *supra*, note 11, p. 55.

38. Voir *Abbott v. Fraser* (1874), L.R. 6 P.C. 96, p. 120 s. (ou (1874), 6 R.L. 365, p. 372). La cession de la colonie n'a pas entraîné la dissolution des corps constitués antérieurement sous l'empire du droit français. Ils sont considérés constitués par prescription, selon l'article 353 du C.c. Voir le « rapport des codificateurs », *supra*, note 14, p. 232 ; P.-B. Mignault, *supra*, note 8, t. 2, p. 332.

39. Voir M. Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte ? » in F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, *supra*, note 7, p. 4 s.

39a. R. David, *supra*, note 4, n^{os} 290 et 278 ; J.H. Merryman, « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », (1968) 17 *Journal of Public Law* 3.

est suivi dans le reste du Canada⁴⁰. Est-ce à dire qu'il y a uniformité du droit des personnes morales au Canada et, par voie de conséquence, inapplicabilité du droit civil? Il est permis de supposer que cette similitude terminologique doublée de la similitude de la législation statutaire induisent un grand nombre de juristes à situer la problématique du droit corporatif dans un cadre qui ne diffère pas de celui des autres provinces canadiennes. Le raisonnement s'élabore ensuite comme si le droit commun en matière privée n'était pas le droit civil⁴¹.

Sans prendre parti entre les partisans du maintien du mot « corporation » dans nos lois⁴², et ceux qui en préconisent le rejet⁴³, il importe de signaler que son emploi par les codificateurs ne peut être vu comme un simple emprunt du terme au droit anglais. Le mot « corporation » était utilisée dans l'ancien droit français dans un sens plus large que celui de groupement professionnel auquel il est actuellement restreint en France. Il paraît même avoir englobé toutes les entités juridiques alors admises⁴⁴. Il ne serait pas sans intérêt d'élucider la question d'un lien possible entre la disparition de cet usage générique dans cette juridiction et le parti-pris révolutionnaire à l'encontre des communautés et autres corps constitués. La situation rappelle, en effet, celle qui a longtemps prévalu à l'égard de l'appellation « servitude personnelle » pour désigner les droits réels de jouissance de la chose d'autrui. Bien que venue du droit romain, on a voulu, en France après la Révolution, bannir du langage juridique l'expression « servitude personnelle » parce qu'elle aurait « pu rappeler le souvenir des institutions féodales et blesser la susceptibilité des hommes peu éclairés... »⁴⁵. Placés dans un tout autre contexte, nos codificateurs

40. Notons toutefois la tendance récente, notamment dans la législation fédérale, (*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) c. C-44 ; *Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats*, L.R.C. (1985) c. C-43) et celle de l'Ontario (*Loi d'interprétation*, L.R.O. (1980) c. 219, a. 26) à rendre le mot « corporation » par « société » ou « personne morale » en français.

41. En outre des auteurs déjà mentionnés (voir *supra*, note 8 et note 20), les exemples de cette attitude sont innombrables en jurisprudence. Un arrêt récent de la Cour d'appel amorce peut-être un redressement de la situation : voir *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.).

42. A. Laverdière, « Disparition du mot "corporation" dans le droit civil du Québec — Réflexions et commentaires », (1989) 49 *R. du B.* 851.

43. A. Dandonneau, « La francisation à l'aveuglette du droit des "corporations" », (1978) 13 *R.J.T.* 89 ; C. Fortin, « Corporations et valeurs mobilières », (1979) 39 *R. du B.* 112.

44. Voir Lorieux cité dans le rapport des codificateurs, *supra*, note 14, p. 230 ; R. Saleilles, *supra*, note 3, p. 224 s. ; L. Michoud, *supra*, note 3, p. 115, qui, à sa note 3, fait mention de l'usage du mot corporation.

45. P.-B. Mignault, *supra*, note 8, vol. 3, 1897, p. 5.

pouvaient recourir à un terme connu de l'ancien droit et conforme à l'usage local⁴⁶.

1.4. La conception civiliste de la personnalité et le droit québécois

La recherche des fondements de la personnalité morale a donné lieu à de vigoureux débats théoriques dans l'Europe civiliste du XIX^e siècle. Pour contrer les effets négatifs de la théorie de la fiction, on a proposé de fonder la personnalité des groupements, non pas sur l'intervention discrétionnaire et nécessaire de l'État, mais sur la réalité de leur existence. Le fonctionnement de la personne morale fut expliqué au moyen d'une analogie, exagérée dans certains cas, avec la personne physique⁴⁷. Les diverses thèses fondées sur la réalité ont donné naissance à une conception plus pragmatique de la personnalité morale dès lors qualifiée de réalité technique⁴⁸.

La personnalité juridique est aujourd'hui dans de nombreuses juridictions le moyen technique par lequel le droit civil facilite l'accès des groupements à la vie juridique afin de permettre la mise en œuvre des intérêts collectifs en vue desquels ils sont formés, sans requérir l'intervention préalable de la puissance publique⁴⁹. En France, la doctrine actuelle admet que la personnalité morale puisse s'appliquer à tout

46. L'hypothèse paraît d'autant plus sérieuse que l'expression personnes morales ne daterait que du XIX^e siècle (en ce sens, R. David, « Rapport général », in *La Personnalité morale et ses limites*, *supra*, note 4, p. 3). Eut-elle été connue des codificateurs qu'ils ne l'auraient pas jugée suffisamment courante pour qu'ils y aient recours, compte tenu de ce qu'en la matière, ils ne puisaient qu'aux sources de l'Ancien droit. Quant à l'expression personne fictive, elle remonte au temps des canonistes (voir R. Saleilles, *supra*, note 3, p. 220). Ils entendaient désigner ainsi une fiction du droit plutôt que la fiction de la loi qu'elle est devenue par la suite. Voir, à ce sujet, F. Galgano, « Les groupements et organismes en droit civil et commercial », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1969, t. XXI, Paris, Dalloz, 1974, p. 11. Voir aussi L. Michoud, *supra*, note 3, qui, écrivant au début du siècle, observe qu'« aucun des mots employés pour désigner les personnes morales n'a réussi à se faire accepter d'une manière définitive » (vol. 1, p. 3, note (1)). Par ailleurs, le mot « compagnie » semble avoir été utilisé en France comme synonyme de société, si l'on en juge par l'emploi qui en est fait à l'article 529 C.N., qui établit la catégorie des meubles par détermination de la loi. Nos codificateurs ont repris cette terminologie dans la disposition équivalente de notre code, à l'article 387 C.C. B.C.

47. Pour une description, voir L. Michoud, *id.*, vol. 1, n^{os} 31 à 44.

48. On attribue à L. Michoud (*id.*, vol. 1, n^{os} 13 à 15 et 52 s.) le mérite d'avoir le premier exposé cette conception. Voir R. Legeais, « Personne morale », *supra*, note 32, n^o 6.

49. J. Foyer, « Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français », in *La personnalité morale et ses limites*, *supra*, note 4, p. 113-121, n^o 2 ; J.-M. Grossen, « La personnalité morale et ses limites en droit suisse », *id.*, p. 144 s. ; U. Drobnig, « Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand », *id.*, p. 27 s.

groupement de personnes ou de biens pourvu d'une organisation suffisante pour réaliser une fin légitime directement ou indirectement utile à la société⁵⁰. L'évolution des idées peut y être qualifiée d'exemplaire. En effet, entièrement supprimées par la Révolution, certaines personnes morales privées, notamment les associations, font encore l'objet de législation restrictive. Malgré ces lois qui paraissent toujours inspirées d'un volonté étatique de contrôler la constitution des personnes morales, la doctrine et la jurisprudence ont renoué avec le droit antérieur aux Édits et considèrent que l'entité juridique résulte d'abord de la réunion d'éléments constitutifs objectivement constatés⁵¹.

La notion de personne morale fait partie de ces concepts de base du droit civil qui résistent aux tentatives de les supprimer. Elle est si intimement liée au cadre du raisonnement que le législateur ne pourrait l'abolir⁵². En effet, dans l'ordre civiliste, les biens d'une personne sont le gage commun de ses créanciers. Tous les droits à valeur économique servent, en principe, à garantir l'exécution des obligations, lesquelles obligations sont aussi celles des héritiers qui succèdent simultanément à l'actif et au passif du défunt. Ces règles fondamentales en droit civil ont été articulées par la doctrine dans la théorie du patrimoine⁵³. Le patrimoine est conçu comme la seule universalité juridique, c'est-à-dire le seul ensemble où l'on trouve un lien indissociable entre des biens et des obligations. Les principes de la saisissabilité des biens d'un débiteur et de l'indivisibilité du patrimoine sont des corollaires qui visent à éviter qu'un débiteur ne soustraie trop aisément ses biens au gage commun de ses créanciers. La constitution d'entités nouvelles, de nouvelles universalités

50. Voir, notamment, J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, les personnes, t. 1, 16 éd., Paris, P.U.F., 1987, n^{os} 76 à 78 ; A. Weill et F. Terré, *supra*, note 19, n^o 162.

51. Voir *supra*, 1.2 ; R. Legeais, *supra*, note 32, n^{os} 7 à 13 ; P. Coulombel, « Personne morale », in *Répertoire de droit civil*, Encyclopédie juridique, Paris, Dalloz, 1953, p. 759-764, n^{os} 9 à 13 ; A. Weill et F. Terré, *id.*, n^o 159 ; A. Weill, F. Terré et Y. Lequelle, *Droit civil*, Les successions, Les Libéralités, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1988, n^o 596 s. Voir aussi A.-M. Patault, *supra*, note 18, n^{os} 162 à 164 ; P. Durand, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Études offertes à G. Ripert*, Paris, L.G.D.J. 1950, p. 138-159. Pour une opinion moins favorable à la notion de personne morale voir R. David, *supra*, note 46, p. 3 s. ; F. Galgano, *supra*, note 46, p. 5-18, n^o 3.

52. R. David, *supra*, note 4, n^o 289.

53. La théorie du patrimoine a d'abord été formulée au début du XIX^e siècle par Zachariae en Allemagne et reprise en France par Aubry et Rau, *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., Paris, E. Martin, 1917, t. 9, p. 333 s. Sur la réception de la théorie du patrimoine en droit québécois, voir P. Charbonneau, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine, (1982-83) 85 R. du N. 491.

juridiques, apparaît dès lors comme le moyen juridique d'échapper à la rigueur de la théorie du patrimoine. La facilité avec laquelle le droit civil admet la constitution de personnes morales a donc un rapport avec la structure même du droit. Elle introduit une mesure nécessaire de flexibilité dans un cadre qui serait autrement trop restrictif⁵⁴.

Le besoin de recourir à la technique de la personnalité morale est encore accru dans les droits civils français et québécois qui ont reçu la conception unitaire du droit de propriété dérivée du modèle romain de la propriété quiritaire⁵⁵. La personnalité morale fournit un palliatif à l'impossibilité d'être propriétaire à différents titres ; elle est un substitut face à la difficulté d'envisager de nouvelles formes d'indivision. L'insuccès qu'ont jusqu'ici rencontré en France les solutions fondées sur de nouvelles formes de propriété, telles la propriété collective ou la propriété en main commune, proposées par certains auteurs peu favorables aux personnes morales⁵⁶, n'étonne donc pas. Outre qu'elles n'assurent pas aussi efficacement l'autonomie nécessaire à la réalisation du but poursuivi par les groupements de personnes ou de biens, ces solutions se heurtent à des concepts de base qui empêchent leur intégration.

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'intégrer. Sa fidélité à l'idée que la personnalité morale résulte d'une fiction qui n'est applicable que dans la mesure prévue par la loi le place en retrait de la pensée civiliste actuelle.

54. G. Goubeaux, *supra*, note 2, n° 13.

55. M. Villey, *supra*, note 29, p. 80 s. ; R. Saleilles, *supra*, note 3, p. 403 à 447 : voir aussi les 17^e et 18^e leçons. Pour le droit québécois, voir M. Cantin Cumyn, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux », (1988) 48 *R. du B.* 3, n°s 9 à 16 ; l'abolition des tenures féodales et la prohibition de les reconstituer ont généralisé la tenure en franc-alleu, soit le *dominium* du droit romain.

56. Voir M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 4^e éd., 1906, Paris, L.G.D.J., n°s 3005 s. ; 3046. L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », in *Le Code civil 1804-1904*, Livre du Centenaire, *supra*, note 12, vol. 1, p. 357-379 ; M. De Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919. R. Saleilles est d'avis, qu'en théorie pure, la propriété commune expliquerait mieux que la personnalité la situation des associés dans la société civile et certaines sociétés commerciales. Il la qualifie de « tenure particulière ». Voir R. Saleilles, *supra*, note 3, 13^e leçon et p. 388 s. ; voir aussi L. Michoud, *supra*, note 3, vol. 1, n°s 68 s. ; c'est la solution du droit suisse, voir J. Droin, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil suisse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *supra*, note 46, p. 75, et du droit allemand, voir M. Neumayer, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil et commercial allemand », *id.* p. 177-180.

Empêché de tirer toutes les applications utiles de ce concept, il s'est appauvri sur le plan du raisonnement juridique.

La constatation de la réception de la théorie concessionniste dans les autres provinces canadiennes ne doit pas créer l'illusion que le droit québécois soit placé dans le même contexte juridique. La personnalité morale ne joue qu'un rôle secondaire en droit anglais. Elle ne fait pas partie intégrante de la structure d'un système qui ignore les notions civilistes de patrimoine, de gage commun, de succession à la personne. Le droit anglais, en revanche, admet une multiplicité de droits de propriété. Il trouve sa flexibilité, non pas dans une application extensive de la personnalité morale, mais dans une conception protéiforme de la propriété dans l'élaboration de laquelle la notion de *trust* a joué un rôle déterminant⁵⁷. Il y a peu d'inconvénients dans les provinces 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 morale⁵⁸. On a malheureusement négligé au Québec de tenir compte de ces différences systémiques dans l'appréciation de la fonction et de la valeur de cette technique du droit. Aussi a-t-on indûment restreint son champ d'application.

2. Le domaine d'application de la personnalité morale

Dès lors que la personnalité apparaît comme le moyen le plus approprié à la réalisation d'intérêts collectifs ou à la poursuite d'un but déterminé, les catégories du droit civil ne font pas obstacle à son application. Au contraire, elles incitent à utiliser la technique de la personnalité tant en faveur d'un groupement de personnes que d'un groupement de biens, que le but poursuivi soit lucratif ou non lucratif. Le droit québécois ne s'est que médiocrement prévalu de cette catégorie juridique. Il ne reconnaît l'existence de la personnalité morale que dans le cadre de l'application d'une législation explicite. Il en résulte pour les

57. F.H. Lawson et B. Rudden, *The Law of Property*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 76-79 et 87-88; R. David, *supra*, note 4, n° 309 s.

58. F.W. Maitland, in *The Collected Papers*, *supra*, note 4, vol. III, « The Unincorporated Body », p. 271-284, s'exprime ainsi à ce sujet à la page 279: "But there are two achievements of the trust which in social importance and juristic interest seem to eclipse all the rest. The trust has given us a liberal substitute for a law about personified institutions. The trust has given us a liberal supplement for a necessarily meagre law of corporations." et p. 283: "In truth and in deed we made corporations without troubling king or parliament though perhaps we said that we were doing nothing of the kind." Voir aussi « Moral Personality and Legal Personality », aux p. 304-320 et « Trust and Corporation », p. 321-404, où l'auteur approfondit les différences systémiques à l'égard de la personnalité morale.

collectivités et les masses de biens qui se constituent en marge de ce formalisme un statut juridique incertain ce qui soulève la question de la dépendance du droit québécois du contexte juridique nord-américain.

2.1. La législation attributive de personnalité

Parmi les nombreuses lois qui servent de cadre à l'attribution de la personnalité morale, il convient de signaler d'abord celles qui sont d'application générale, soit la *Loi sur les compagnies*⁵⁹ et la *Loi sur les coopératives*⁶⁰. Les autres lois visent des activités spécifiques. Elles adoptent des modes de constitution qui ne dérogent pas substantiellement à ce qui est prévu dans ces lois générales. La législation québécoise constitutive de personnes morales privées fait appel à la notion d'incorporation. Elle a d'abord puisé ses modèles en droit anglais pour être subséquemment influencée par les lois des autres provinces canadiennes et les lois fédérales ainsi que la législation américaine⁶¹.

La *Loi sur les compagnies* fournit à la fois des mécanismes de constitution d'une personne morale pour la poursuite d'un but lucratif et pour la réalisation d'un but non lucratif. Malgré l'intitulé de cette loi, l'appellation de compagnie y est réservée aux personnes morales constituées pour un but lucratif alors que les autres sont désignées sous le nom de corporation⁶². Depuis 1980, deux modes de constitution d'une compagnie coexistent dans la loi⁶³. Il s'agit d'abord de l'incorporation par l'émission de lettres patentes par l'administration publique auquel on a recours depuis le siècle dernier. En principe discrétionnaire, cette émission suit l'accomplissement de formalités légales qui comprennent la présentation d'une requête accompagnée d'un mémoire des conventions par trois personnes majeures. La nouvelle façon de constituer une compagnie élimine tout élément discrétionnaire. La personnalité existe à compter de la date d'un certificat établi par l'administration dès lors que sont déposés auprès d'elle, les statuts de la compagnie et autres documents exigés conformément à la loi. Cette forme de compagnie peut

59. *Loi sur les compagnies*, *supra*, note 1.

60. *Loi sur les coopératives*, L.R.Q. c. C-67.2.

61. Voir, *supra*, note 35 ; voir aussi F.E. Labrie & E.E. Palmer, "The Pre-Confederation History of Corporations in Canada", in *Studies in Canadian Company Law/Études sur le droit canadien des compagnies*, *supra*, note 20, p. 33-60.

62. Nous adopterons cette terminologie dans la suite de ce texte.

63. *Loi sur les compagnies*, *supra*, note 1, a.6 et 123.9 à 123.16.

être constituée par un seul fondateur sans qu'un apport de capital ne soit initialement requis. Elle peut être à actionnaire unique⁶⁴.

Le mécanisme de l'incorporation de l'association est calqué sur le mode traditionnel d'incorporation d'une compagnie. La corporation existe à compter de la date d'octroi de lettres patentes par l'administration publique. Un groupe d'au moins trois personnes majeures doivent en faire la demande selon une procédure établie conformément à la loi. L'intention des fondateurs ne doit pas être le gain pécuniaire mais la poursuite d'un autre but, altruiste ou intéressé, soit, notamment, les buts religieux, philanthropiques, éducatifs, professionnels, athlétiques ou charitables⁶⁵.

La *Loi sur les coopératives*⁶⁶ pourvoit à l'incorporation d'un groupe de personnes qui s'associent en vue de satisfaire des besoins économiques ou sociaux, selon les principes de l'action coopérative. La personnalité morale de la coopérative existe à compter de l'approbation de ses statuts par l'administration publique.

De ces deux lois générales sur l'incorporation, il apparaît que le législateur québécois admet trois processus différents pour l'obtention de la personnalité. Elle résulte soit de l'émission discrétionnaire de lettres patentes par l'administration publique, soit de l'approbation discrétionnaire des statuts constitutifs par l'administration publique, soit du simple dépôt des statuts auprès de l'administration publique. Ces trois différents mécanismes sont, en substance, repris dans des proportions à peu près égales, dans les lois particulières qui pourvoient à l'incorporation pour des fins spécifiques mais avec, le plus souvent, l'exigence additionnelle d'une publication de l'acte constitutif. L'octroi de la personnalité date alors de cette publicité.

Il serait logique de penser qu'à chaque type d'activités en vue desquelles la personne morale est constituée, correspond une procédure de constitution appropriée à ce champ d'activité. Il n'en est rien cependant puisque l'on retrouve pour chaque mécanisme tant des groupements à but lucratif que des associations formées dans l'intérêt des membres eux-mêmes ou pour une fin désintéressée. La technique retenue

64. Ce mode de constitution d'une compagnie par dépôt des statuts est, depuis 1975, le seul admis par la loi fédérale sur les compagnies qui désigne celles-ci par l'appellation « sociétés par actions » : voir la *Loi sur les sociétés par actions*, *supra*, note 1, art. 5 à 9. Sur la société unipersonnelle, voir L. Lilkoﬀ, « La société unipersonnelle en droit canadien et québécois », Rapport national, XIII^e Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990.

65. *Loi sur les compagnies*, *supra*, note 1, art. 218 à 220.

66. *Loi sur les corporatives*, *supra*, note 60, art. 7 à 14.

par le législateur paraît devoir plus au hasard qu'à une politique législative dictée par l'intérêt général ou celui des tiers⁶⁷. De cette législation éclectique, il ne semble possible de dégager qu'une seule constante. La personnalité morale y est conçue comme devant émaner nécessairement de l'État, soit qu'il l'attribue directement, soit qu'il édicte la procédure à suivre pour son obtention.

La multiplicité des lois attributives de personnalité pour l'exercice d'activités déterminées découle du reste de cette conception quant à la source de la personnalité. Malgré leur caractère de lois d'application générale, la *Loi sur les compagnies* et la *Loi sur les coopératives* n'ont vocation à personnaliser que les sociétés par actions, les associations qui poursuivent les buts envisagés par la loi et les associations coopératives. Les autres groupements ne peuvent dès lors participer pleinement à la vie juridique en se prévalant du statut de personne morale. Le législateur a ainsi été amené à répondre à ce besoin au moyen d'une succession de lois ponctuelles, élaborées sans souci d'assurer la cohérence de l'ensemble du domaine de la personnalité morale⁶⁸. Bien que les lois attributives de personnalité se soient multipliées, il subsiste un nombre important de groupements qui ne sont pas incorporés.

2.2. Les groupements non incorporés de personnes

Les sociétés et les associations qui se constituent en dehors du cadre législatif de l'incorporation ont un statut précaire en droit québécois. Il est marqué par le conflit qui résulte de la confrontation du droit civil qui tend à leur reconnaître la personnalité et de la législation relative aux compagnies et aux corporations dont les fondements reposent dans une conception restrictive de la personnalité. La situation se présente différemment cependant pour les sociétés et pour les associations.

Parmi les diverses formes de sociétés, seule la société par actions peut être constituée en personne morale par le mécanisme de l'incorporation. Les autres sociétés sont régies par le Code civil qui ne leur reconnaît pas expressément la personnalité morale⁶⁹. La doctrine admet largement

67. M. Giguère, *supra*, note 5.

68. Pour une énumération des lois spéciales relatives aux associations, voir M. Filion, *supra*, note 8, n^{os} 80 et 85. À celles-ci s'ajoutent la *Loi sur les compagnies de fidéicommiss*, L.R.Q. c. C-41, la *Loi sur les compagnies de flottage*, L.R.Q. c. E-42, la *Loi sur les compagnies de gaz, d'eau et d'électricité*, L.R.Q. c. C-44, la *Loi sur les compagnies de téléphone et de télégraphe*, L.R.Q., c. C-45, la *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q. c. C-4.

69. C.C.B.C., art. 1830 s.

que le contrat de société soit constitutif d'une personne morale⁷⁰ et cette position a été entérinée par plusieurs décisions des tribunaux⁷¹. En effet, la personnalité de la société peut être fondée en droit québécois sur les mêmes arguments et s'appuyer sur des textes du code semblables à ceux qui ont amené la cour de Cassation à conclure, dès 1891, à la personnalité de la société en droit français⁷². La doctrine et la jurisprudence françaises se sont notamment appuyées sur l'article 1843 du *Code Napoléon* qui, à l'instar de notre article 1832, énonce que la société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque pour admettre que toutes les formes de société sont des personnes morales⁷³. On hésite cependant à affirmer que la personnalité de la société soit une solution acquise en droit québécois parce qu'elle porte atteinte aux fondements de la législation attributive de personnalité morale. De plus, les dispositions du *Code de procédure civile* relatives au droit d'ester en justice paraissent l'infirmier. Attribut normal de la personnalité, le droit d'agir en justice en leur nom propre n'est pas reconnue aux sociétés non incorporées, bien qu'il soit prévu que la société commerciale puisse être assignée comme défenderesse⁷⁴. L'impossibilité dans laquelle se trouve la société d'ester

70. P.-B. Mignault, *supra*, note 8, t. 8, 1909, p. 186 s.; H. Roch et R. Paré, in *Traité de droit civil du Québec*, *supra*, note 8, t. 13 (1952), p. 339 s.; J. Smith, « La personnalité morale des groupements non constitués en corporation », (1978-79) 81 *R. du N.* 457; Y. Caron, « Les associations et les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit civil et commercial québécois », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *supra*, note 46, p. 184; M. Lizée, *supra*, note 8, p. 656 s.; N. Antaki, « Commentaires concernant le contrat de société », (1988) 29 *C. de D.* 1019, p. 1032 s. *Contra*: E.C. Monk, « Partnership—The Theory of the Legal Entity », in *Le droit civil français*, Livre-souvenir des journées du droit civil français, Montréal, Barreau de Montréal, 1936, p. 479-514.

71. *Dame Noël c. Les petites sœurs franciscaines de Marie*, [1967] C.S. 1; *Damien c. La société de prêts et placements de Québec*, (1897) 3 *R. de J.* 32 (B.R.); *Gareau c. Laboissière*, [1949] C.S. 51; *Garneau c. Drapeau*, (1939) 77 C.S. 350; *Wemyss c. Poulin*, (1934) 57 B.R. 514; *Crépeau c. Boisvert*, (1898) 13 C.S. 405 (C. de R.). *Contra*: *Dupuis c. Couture*, [1958] C.S. 623.

72. Req. 23 fév. 1891, *D.P.* 91.1.337. Voir R. Legeais, *supra*, note 32, n° 9; Foyer, « Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français », in *La personnalité morale et ses limites*, *supra*, note 4, p. 113-121, n° 1; J. Patarin, « Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *supra*, note 46, p. 36.

73. Voir C. Champaud et P. Le Floch, « Sociétés et autres groupements », (1989) 42 *Rev. trim. Droit com.* 469, p. 470. Depuis la révision des dispositions du code français sur le contrat de société par la loi n° 78-704 du 3 juillet 1978, la jouissance de la personnalité par la société est retardée jusqu'à la date de son immatriculation: voir le nouvel article 1842 C.C.F. Un régime semblable a été mis en place pour les sociétés commerciales par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Voir à ce sujet G. Goubeaux, *supra*, note 2, n° 7 et 8.

74. C.P.C., art. 60 et 115.

en justice pour faire valoir ses intérêts propres, jointe à l'absence de limitation de la responsabilité personnelle des associés pour les dettes de la société emportent la conviction de plusieurs juristes que le contrat de la société n'est pas constitutif d'une personne morale^{74a}.

L'association, entendue comme un groupement de personnes qui poursuivent en commun un autre but que le partage de bénéfices, ne fait l'objet d'aucune disposition particulière dans le Code civil. En revanche, plusieurs lois pourvoient à son incorporation. Outre la législation générale, dont nous avons fait état⁷⁵, en vertu de laquelle les associations sans but lucratif et les coopératives se voient attribuer la personnalité, les associations de salariés et les syndicats⁷⁶, les clubs⁷⁷, les associations religieuses⁷⁸ disposent de lois propres attributives de personnalité. Pourtant la pratique fait état de l'existence d'un nombre plus élevé d'associations non incorporées⁷⁹. Malgré la relative simplicité de la procédure d'incorporation, maints groupements n'y auraient pas recours à cause des inconvénients qui en résultent subséquemment pour la vie de l'association. Dès lors qu'elle a la qualité de corporation, l'association doit en effet se plier au formalisme des procédures qui accompagnent l'exercice de ses activités et procéder à certaines déclarations statutaires⁸⁰.

Le droit à la liberté d'association ayant désormais valeur constitutionnelle, on ne saurait mettre en doute la licéité de l'association non

74a. Le fait que la common law ne considère pas la société (*partnership*) comme une personne morale (*a corporation or body corporate or a legal person*) exerce une influence non négligeable (lorsqu'elle n'est pas déterminante) sur sa qualification en droit québécois. Voir T. Hadden, R. Forbes et R.L. Simmonds, *Canadian Business Organization Law*, Toronto, Butterworths, 1984, p. 91 à 105 et 108 à 111; R.L. Simmonds et P. Mercer, *An Introduction to Business Association in Canada*, Toronto, Carswell, 1984, p. 84 s. Pour le droit américain, voir G. Morris, « Droit des sociétés », in *Droit des États-Unis*, sous la dir. de A. Levasseur, Paris, Dalloz, 1990, n^{os} 499 à 504. On notera cependant que le droit fiscal admet, jusqu'à un certain point, la personnalité de la société lorsqu'il calcule le revenu de l'associé « comme si la société était une personne distincte, résidant au Canada » : voir l'article 96(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72 c. 68 et les modifications subséquentes.

75. Voir, *supra*, notes 59 et 60.

76. *Loi sur les syndicats professionnels*, L.R.Q. c. S-40.

77. *Loi sur les clubs de récréation*, L.R.Q. c. C-23.

78. *Loi sur les corporations religieuses*, L.R.Q. c. C-71.

79. M. Lizée, *supra*, note 8; M. Fillion, *supra*, note 8, n^o 372.

80. M. Fillion, *id.*, n^{os} 64, 65 et 77 notamment. Voir aussi la *Loi concernant les renseignements sur les compagnies*, L.R.Q. c. R-22.

incorporée⁸¹. La question du régime juridique applicable à l'association non incorporée n'en est pas moins délicate à préciser. D'importantes différences de régime devraient découler de ce qu'une association est incorporée ou ne l'est pas ; puisque, dans un système où l'on fonde la personnalité sur son attribution formelle, seule l'association incorporée est une personne. Pourtant l'articulation de règles appropriées à l'association non incorporée dans le cadre du droit civil amène à la considérer comme une entité autonome. Elle ne se distingue plus alors de l'association incorporée que par la disposition du *Code de procédure civile* qui refuse à l'association non incorporée le droit d'agir en justice à titre de demanderesse⁸². Dans l'état actuel du droit, on ne peut donc tenir pour certaines les solutions proposées par quelques auteurs et qui reconnaissent à l'association non incorporée la capacité juridique, un patrimoine propre et l'absence de responsabilité personnelle des membres pour les dettes de l'association⁸³.

La prémisse qui lie la création des personnes morales privées à l'existence d'une disposition législative expresse est une source d'incertitude du droit des sociétés, notamment en ce qu'elle fait obstacle à la reconnaissance de la société comme seule titulaire des biens qui y sont affectés. Elle compromet le développement du droit des associations de sorte qu'il y a lieu de se demander si le formalisme de l'incorporation est

81. Voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, article 2 et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, article 3. La liberté d'association n'a pas du reste été contestée malgré l'article 828, par. 1 du *Code de procédure civile* qui prévoit que des sanctions peuvent être prises par le procureur général contre l'association ou le groupement qui agit comme une corporation alors qu'il n'est pas constitué ou reconnu comme telle. La portée de cette disposition est difficile à préciser. Elle paraît faire partie des lois du Bas-Canada depuis 1849 (voir 12 Vict., c. 41, a. 8). Les commentateurs du *Code de procédure civile* ne nous éclairent pas sur son origine. (voir P.-B. Mignault, *Code de procédure civile du Bas-Canada annoté*, Montréal, Valois, 1891, article 997 ; P. Beullac, *Code de procédure civile de la province de Québec annoté*, Montréal, Lovell & Son, 1908, article 978 ; H. Reid et D. Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, vol. 2, article 828 ; H. Reid, *Code de procédure civile du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 4^e éd., 1988, article 828). Serait-elle un vestige du *Bubble Act*, adopté en Angleterre en 1720 et rendu applicable aux colonies en 1741 ? Sur les circonstances de l'adoption et de l'abrogation du *Bubble Act*, voir T. Hadden, R. Forbes et R.L. Simmons, *supra*, note 74a, p. 13 à 15. J. Smith exprime l'avis que l'article 828 est incompatible avec la théorie de la réalité : voir « La personnalité morale des groupements non constitués en corporation », (1978-79) 81 *R du N.* 457, p. 460.

82. Voir l'art. 60 du *Code de procédure civile*. L'association peut cependant être assignée comme défenderesse. Exceptionnellement, l'association de salariés peut être demanderesse.

83. Voir M. Filion, *supra*, note 8, préconise ces solutions.

une entrave justifiée à l'exercice de la liberté d'association. La conception restrictive de la personnalité exclut du champ d'investigation un élément pertinent dans la recherche du régime juridique le plus approprié aux masses de biens affectés à un but déterminé.

2.3. Les groupements de biens affectés à un but déterminé

Le droit québécois admet qu'une personne puisse affecter des biens dans l'intérêt de personnes privées comme dans un but charitable, religieux et autres semblables. Ces affectations de biens peuvent se réaliser dans le cadre de la fiducie, une institution qui est inspirée de certaines formes de *trusts* exprès du droit anglais. Elle permet à un constituant qui dispose de biens, par donation ou par testament, de les confier à un fiduciaire chargé d'en payer les revenus aux personnes gratifiées à titre de donataires ou de légataires et d'en remettre le capital à ceux que le constituant désigne, à la fin de la fiducie. Un testateur peut de même instituer un fiduciaire pour des fins altruistes sans qu'il y ait de bénéficiaires actuellement déterminés. La fiducie se présente alors comme un mode d'établissement d'une fondation alternatif à la corporation sans but lucratif constituée pour les mêmes fins selon la *Loi sur les compagnies*^{83a}. La fiducie permet à une personne seule de constituer une fondation.

Les dispositions législatives introduisant dans le droit québécois la fiducie constituée à titre gratuit sont postérieures à l'adoption du Code civil⁸⁴. Ces textes ne réglementent la fiducie que sur certains aspects. Ils établissent le champ d'application de cette institution, dont ils décrivent sommairement les éléments constitutifs. Ils attribuent au fiduciaire la qualité d'administrateur et dépositaire et donnent quelques précisions sur l'étendue de ses pouvoirs et obligations. Il devait donc incomber à la doctrine et à la jurisprudence d'éclaircir les points restés obscurs, et, notamment, de définir la nature du droit des bénéficiaires et celle de la fiducie elle-même. Des pouvoirs autonomes de gestion conférés au fiduciaire, on a déduit l'impossibilité d'admettre en faveur des bénéficiaires actuels ou futurs un titre quelconque dans les biens pendant la fiducie. Le bénéficiaire du revenu est considéré n'avoir qu'un droit de créance à l'encontre de la fiducie⁸⁵ alors qu'on ne reconnaît au

83a. Voir *supra*, 2.1; voir aussi J.E.C. Brierley, « Le régime juridique des fondations au Québec », in *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, *supra*, note 18, p. 81-96.

84. L'Acte concernant la fiducie, L.Q. 1879, c. 29 a été incorporé au Code civil en 1888, aux articles 981a à 981n. Le legs à personne indéterminée ou inexistante pour fins de bienfaisance a cependant toujours été admis : voir l'article 869 C.C.B.C. où la règle de l'Ancien droit est maintenue.

85. *Laverdure c. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666, p. 682.

bénéficiaire du capital qu'un droit éventuel au transfert des biens à la fin de la fiducie, droit analogue à celui de l'appelé à une substitution⁸⁶.

À partir de la qualification légale du fiduciaire comme seul administrateur de la fiducie⁸⁷ et de l'analyse jurisprudentielle de la situation juridique des bénéficiaires, on devait pouvoir envisager, nous semble-t-il, que la donation ou le legs en fiducie étaient constitutifs d'un patrimoine autonome ou d'une personne morale, sinon comme solution nécessaire, du moins comme autant d'hypothèses compatibles avec les catégories du droit civil⁸⁸. Ne retrouve-t-on pas dans la fiducie une masse de biens sans titulaire apparent mais affectée à une fin d'intérêt public ou privé et munie d'un organe de gestion habilité à agir au nom de la fiducie et à la représenter en justice dans la personne du fiduciaire ? Bien que le droit civil suggère cette solution et qu'elle ait été proposée par la doctrine⁸⁹, la Cour suprême n'a pas cru bon d'en évaluer le mérite. Elle a évité de se prononcer sur la nature de la fiducie en faisant reposer le titre aux biens sur la tête du fiduciaire même si cette solution oblige à requalifier le fiduciaire comme propriétaire *sui generis*⁹⁰.

La motivation donnée par la Cour suprême pour écarter la qualification légale d'administrateur et recourir à l'innovation d'une propriété fiduciaire est inspirée, selon les termes mêmes du tribunal, du besoin de rassurer les praticiens auxquels cette notion serait plus familière. La justification est sommaire. Cette référence à la pratique renvoie cependant à la conception de la personnalité morale qui y prévaut et qui limite

86. *Royal Trust Company c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, p. 272. Voir aussi M. Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, n^{os} 87 à 95.

87. Articles 981j et 981b C.C.B.C.

88. H. Batiffol, « Trusts—The Trust Problem as seen by a French Lawyer », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, Lib. de droit et de jurisprudence, 1976, p. 239-247 ; R. David, *supra*, note 4, n^o 306 ; P. Lepaulle, « The Strange Destiny of Trusts », in *Perspectives of Law, Essays for Austin Wakeman Scott*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1964, p. 226-239.

89. Voir M. Faribault, *La Fiducie dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, n^{os} 120 s. ; L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, n^o 1241 ; C.-H. Lalonde, in *Traité de droit civil du Québec*, *supra*, note 7, t. 6, (1958) p. 449 s. ; Y. Caron, « The Trust in Quebec », (1980) 25 *R. D. McGill* 421 ; M. Cantin Cumyn, *supra* note 86, n^{os} 96 à 101.

90. Voir *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283 ; *The Royal Trust Company c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, p. 270 s. On se doit de faire observer la contradiction qui résulte de l'admission, d'une part, de cette nouvelle forme de propriété, et le maintien, d'autre part, du principe de l'unité du droit de propriété en droit québécois. Malgré le rejet constant de la distinction que fait le droit anglais entre le *legal title* et le *beneficial ownership* (*The Royal Trust Company c. Tucker*, p. 261), la propriété *sui generis* du fiduciaire évoque le *legal title* du *trustee*.

son champ d'application aux seules entités incorporées. On ne peut manquer de soupçonner qu'elle y soit aussi pour quelque chose dans le refus du tribunal de s'engager dans une analyse civiliste de la fiducie québécoise. Si, en effet, l'on part du postulat que la personnalité doit résulter d'une disposition expresse de la loi, comment peut-on proposer de la reconnaître à la fiducie en l'absence de texte explicite ? Le recours à la propriété fiduciaire n'en apparaît pas moins comme une solution artificielle, qui ne s'appuie pas sur les textes du Code⁹¹ et dont on peut douter qu'elle soit porteuse de solutions utiles face aux difficultés que le fonctionnement de la fiducie ne manque pas de soulever⁹². Définir comme droits patrimoniaux de simples pouvoirs de gestion, c'est en effet se situer à l'extérieur des catégories connues du droit civil. Quel est le régime de cette propriété *sui generis* dont on dit qu'elle est différente du droit de propriété traditionnel et qui doit tôt ou tard fournir les règles supplétives requises pour combler les lacunes laissées par une réglementation plutôt schématique ?

L'introduction en droit civil québécois d'une fiducie inspirée du *trust* a certes constitué une innovation dont on peut déplorer que le législateur se soit abstenu de préciser la nature. La modification qu'elle effectue du droit antérieur a trait à la conception, alors reçue, du patrimoine et de la personnalité morale. La faire porter sur le droit de propriété conduit à situer la problématique en dehors des structures du droit civil. On admet alors une propriété qui n'est pas un droit patrimonial puisque non

91. Malgré l'affirmation de la Cour suprême dans l'affaire *Tucker* (*supra*, note 90, p. 273), les articles 981a et s. C.C.B.C. n'indiquent pas une volonté implicite mais nécessaire du législateur d'introduire l'innovation de la propriété *sui generis*. Outre la qualification du fiduciaire comme administrateur et dépositaire (a. 981b), la possibilité qu'il puisse être remplacé ou démis (a. 981 c et d), la non-transmission de ses pouvoirs à ses héritiers (a. 981e), l'absence de responsabilité personnelle à l'égard des obligations qu'il contracte avec les tiers au nom de la fiducie (a. 981i) écartent toute suggestion, il nous semble, que le fiduciaire soit titulaire de quelque façon que ce soit des biens qu'il gère. En revanche, les mentions des fins de la fiducie, des affaires de la fiducie, de la propriété de la fiducie et de la gestion de la fiducie évoquent nettement la constitution d'un patrimoine autonome, sinon d'une personne morale. Pour une analyse voisine, voir P. Charbonneau, *supra*, note 53, p. 526 s.

92. Ainsi on voit mal comment l'application éventuelle du droit civil à la fiducie peut être évitée et, en particulier, l'application des règles générales sur les donations et les testaments puisqu'elle est constituée dans le cadre de ces actes gratuits. Dans ce contexte, la qualification du fiduciaire comme étant le propriétaire *sui generis* des biens en fiducie signifie-t-elle que le fiduciaire doit avoir la capacité de recevoir (a. 761 et s.; a. 811 et 893 C.C.B.C.), qu'il soit responsable personnellement des dettes du défunt (a. 735 et s. C.C.B.C.), que la caducité se réalise eu égard à lui-même (a. 900) et, qu'en revanche, les incapacités de donner et d'acquérir de l'administrateur à l'égard des biens qu'il gère ne s'appliquent pas au fiduciaire (a. 763, al. 3 et 1484 C.c.) ?

seulement elle ne confère aucune utilité, ni actuelle, ni éventuelle à son titulaire, mais, de plus, elle ne fait pas partie du gage commun de ses créanciers et n'est pas transmissible aux héritiers⁹³. Une modification aussi radicale, qui exige que l'on passe à un autre système de raisonnement, ne saurait être le résultat de la volonté implicite du législateur^{93a}. Que la Cour suprême ait choisi cette interprétation des articles 981a et suivants du Code civil met en lumière la dépendance du droit québécois à l'égard des modes de raisonnement propres au droit des juridictions voisines⁹⁴.

2.4. L'environnement nord-américain et le droit québécois

L'acceptation de la théorie de la fiction a conduit le droit privé québécois à formuler la problématique de la personnalité morale comme le font les juridictions de droit anglais et notamment à considérer que seules les corporations sont des personnes morales. Il n'est pas sûr que l'abandon de cette conception suffise cependant à entraîner une réévaluation du domaine d'application de cette technique du droit dans un cadre civiliste. Le recours du droit anglais par le biais du rattachement de la personnalité morale au droit public occulte actuellement la pression pour l'uniformité qui s'exerce en matière de commerce⁹⁵ parce qu'actuellement ils vont tous deux dans le même sens de l'application des règles du droit anglo-américain. Si l'on situe désormais la personnalité morale en droit civil, on soulève du coup la question des sources du droit commercial au Québec.

93. Le projet de Code civil récuse cette analyse de la fiducie québécoise. On y reconnaît la fiducie comme constitutive d'un patrimoine d'affectation dont le fiduciaire est l'administrateur. Voir la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi 20, L.Q. 1987, c. 18, sanc. le 15 avril 1987, articles 1296 à 1304.

93a. Voir dans *Jean c. Gagnon*, [1944] S.C.R. 175, les remarques de M. le juge Taschereau à la p. 185 s. sur la nécessité de choisir une interprétation des dispositions légales qui soit compatible avec l'économie du droit civil.

94. Il n'est pas sans intérêt de faire observer qu'il serait inadmissible pour un juriste formé au droit anglais de considérer le *trust* comme une personne morale. Or pendant longtemps la pratique de la fiducie au Québec a été menée presque exclusivement par les Canadiens d'origine anglo-saxonne et a été dominée par les compagnies de fiducie. Ces institutions ont le plus souvent suivi au Québec la même pratique qu'elles font des *trusts* dans les autres provinces canadiennes, sans se soucier de l'adapter au droit civil du Québec. Toutefois, malgré l'apparente incompatibilité entre le *trust* et la personnalité, on s'accommode bien de ce que le *trust* soit traité comme un particulier, donc une personne, par le droit fiscal. Voir la *Loi sur l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 68, a. 104(2).

95. Sur l'influence du marché commun européen sur la législation des pays qui en font partie, voir C. Champaud et P. Le Floch, *supra*, note 73.

Certes les lois qui pourvoient à la constitution de corporations se sont inspirées des législations anglo-américaines. Le droit français, à l'époque des premières lois sur les corporations, ne fournissait pas de modèles auxquels le droit québécois pouvait puiser⁹⁶. Puisqu'il en va différemment aujourd'hui, rien n'empêche d'y chercher des éléments qui pourraient éventuellement convenir. Quant à l'applicabilité générale du droit anglais comme source du droit commercial, on ne saurait la fonder sur le rapport des codificateurs. L'utilisation qu'ils font, à l'exemple des tribunaux du Bas-Canada à cette époque, de la jurisprudence anglaise dans des affaires commerciales se justifie d'abord par l'application que les cours anglaises faisaient alors de la *lex mercatoria*, c'est-à-dire les coutumes commerciales pratiquées autant en France et en Hollande qu'en Angleterre. Les règles que les codificateurs puisèrent à cette source ne sont donc pas strictement des emprunts au droit anglais⁹⁷.

Il est prévisible que la pratique du droit des affaires ne verrait pas d'un bon œil le renouvellement du droit des personnes morales, surtout si l'un des objectifs principaux était de l'intégrer nettement au droit civil⁹⁸. Pour plusieurs, les impératifs de la concurrence dictent la nécessité pour le Québec de se doter d'une législation semblable à celle des juridictions avec lesquelles il entretient ses principaux liens commerciaux. La sensibilité du droit québécois à son environnement nord-américain est une exigence dont on convient aisément. L'état lamentable dans lequel se trouve actuellement notre droit des compagnies devrait cependant prévenir contre le mimétisme ou le maintien du *statu quo*⁹⁹. L'inspiration que l'on aurait tort de ne pas aller chercher dans les pratiques de nos voisins, doit nous doter de moyens qui, pour être efficaces, n'ont pas à en

96. Voir Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et du Common Law dans le droit des compagnies de la province de Québec », in *Studies in Canadian Company Law*, *supra*, note 20, p. 105.

97. Voir F.D. Walton, *supra*, note 11, p. 47 et 48, p. 124 à 128.

98. On en voit un indice dans le mémoire présenté par le Barreau du Québec et sur la réforme proposée du droit des sociétés et des Associations dans l'*Avant-projet de la loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* (1987). Voir *De la Société et de l'Association* (avant-projet de loi), Barreau du Québec, octobre 1989.

99. M. Giguère, *supra*, note 5. En outre, on peut déplorer l'incohérence des solutions du droit corporatif actuel en matière de contrats préconstitutifs, de pactes entre actionnaires, dans l'analyse des rapports entre la personne morale elle-même, ses organes et ses membres. Tirées de la jurisprudence anglo-américaine, elles font appel à des concepts inconnus du droit privé du Québec. Qu'il suffise de mentionner le recours aux notions de *fiduciary relationship*, *indoor management*, *ultra vires*, *corporate veil*, *voting trust*, *pre-incorporation trust* qui n'ont aucun point de rattachement avec droit commun du Québec.

être la reproduction servile. L'adaptation que l'on doit en faire au cadre civiliste du droit privé québécois est une condition de leur efficience¹⁰⁰.

Conclusion

Notre droit des personnes morales serait anachronique¹⁰¹ s'il soutenait encore la théorie qui fonde exclusivement la personnalité morale sur une concession étatique ou sur une disposition expresse de la loi. Certes il peut exister des cas de personnes morales fictives, c'est-à-dire des situations où le législateur accorde la personnalité alors que le droit commun n'y trouverait pas les éléments constitutifs d'un nouveau sujet de droit. Il convient cependant de ne pas juger du domaine d'application de la technique de la personnalité à partir de ces cas exceptionnels où le législateur crée véritablement une fiction légale. Le droit civil doit plutôt fournir les critères généraux du recours à la personnalité, sous réserve des formalités, restrictions ou prohibitions que la loi peut éventuellement y apporter.

La législation sur les compagnies, qui a longtemps consacré la théorie concessionniste, a pu paraître interdire toute autre analyse de la personnalité morale. Les modifications fondamentales qui y ont été récemment apportées, notamment quant au mode de constitution de la compagnie, ont levé cet obstacle¹⁰². Elles impliquent, en effet, l'abandon d'une conception institutionnelle et publiciste de la compagnie pour faire place à une conception contractuelle et privatiste¹⁰³. À l'instar du droit civil, la loi admet désormais que la société par actions ou la compagnie résulte d'abord de l'initiative des associés eux-mêmes puisque la validité des statuts constitutifs n'est assujettie à aucun contrôle étatique. L'efficacité qu'elle permet d'assurer aux contrats antérieurs au dépôt des statuts est, de plus, une reconnaissance implicite de l'existence de la

100. Le phénomène de l'impact des pratiques commerciales sur le droit est étudié par A. Couret, « Innovation financière et règle de droit », *D.* 1990, chr. XXV, 135-140 et B. Oppetit, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.* 1990, chr. I, 1-6.

101. La qualification est empruntée à Y. Loussouarn, « Le droit d'établissement des sociétés », (1990) 26 *Rev. trim. dr. europ.* 229, qui, à la page 235, remarque qu'il « serait pour le moins anachronique » de fonder aujourd'hui « la personnalité morale des sociétés sur la théorie de la fiction ».

102. Voir la *Loi sur les compagnies*, *supra*, note 1, art. 123.9 à 123.16 et la *Loi sur les sociétés par actions*, *supra*, note 1, art. 5 à 9.

103. M. Giguère, *supra*, note 5, p. 735.

compagnie avant la date de l'incorporation¹⁰⁴. La compagnie peut donc être analysée en droit civil comme un groupement de personnes, ou un groupement de biens dans le cas de la compagnie à actionnaire unique, constitué dans un but lucratif, selon les formalités prévues par le législateur. Quant à la compagnie constituée par un seul fondateur et sans apport de capital, l'hypothèse relève d'une pure fiction de la loi sans laquelle le droit civil ne reconnaîtrait pas la qualité de sujet de droit.

Il serait inconcevable que le *Code civil du Québec* en voie d'élaboration ne prenne pas acte de ce nouvel état du droit¹⁰⁵. Il devrait consacrer la reconnaissance de la personnalité morale comme une technique générale du droit civil à laquelle il convient de recourir dès lors qu'il est utile de constituer en sujet de droit un ensemble de biens et obligations. Ainsi se trouverait admise la multiplicité des personnes morales. À la différence des personnes physiques que le principe d'égalité oblige à soumettre au même régime juridique, la pluralité d'espèces de personnes morales donne ouverture à l'élaboration de réglementations distinctes qui peuvent être dictées tant par la nature des activités poursuivies que par la protection des tiers ou de l'intérêt public¹⁰⁶.

104. Voir les articles 123.7 et 123.8 de la *Loi sur les compagnies*, *supra*, note 1 et l'article 14 de la *Loi sur les sociétés par actions*, *supra*, note 1.

105. L'incorporation d'un titre sur les personnes morales dans le *Code civil du Québec* par le projet de loi 20 (voir les articles 322 à 389 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, sanc. le 15 avril 1987, mais non en vigueur) et les dispositions proposées sur le contrat de société et le contrat d'association par l'avant-projet (voir les articles 2200 à 2349 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de loi, 1987) apparaissent comme une amorce de mise-à-jour du droit des personnes morales. Au moment d'écrire ces lignes, le sort de cette orientation paraît toutefois incertain. Malgré que l'on puisse avoir des réserves à l'égard de certaines propositions et que l'on puisse regretter que la réforme n'englobe pas aussi le droit des compagnies, il serait déplorable qu'à la suite de critiques insuffisamment réfléchies, on aboutisse au maintien du *statu quo* actuel.

106. Plusieurs auteurs font état de la multiplicité des catégories de personnes morales privées et de la diversité de leurs régimes juridiques. Voir, notamment, G. Goubeaux, *supra*, note 2, n^{os} 10 et 11 ; R. David, *supra*, note 46, p. 6 s.