

DU PATRIMOINE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET APPLICATIONS PRATIQUES

Bernard LAROCHELLE

Volume 109, Number 2, September 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045579ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045579ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

LAROCHELLE, B. (2007). DU PATRIMOINE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET APPLICATIONS PRATIQUES. *Revue du notariat*, 109(2), 219–238.
<https://doi.org/10.7202/1045579ar>

DU PATRIMOINE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET APPLICATIONS PRATIQUES

Bernard LAROCHELLE*

INTRODUCTION	221
A) La société de personnes n'est pas une personne morale	221
B) La société de personnes ne peut être titulaire d'un patrimoine	223
C) Les biens de la société sont soumis à une modalité connue du droit de propriété	224
D) Les biens tenus en indivision dans le cadre de la société constituent un patrimoine d'affectation spécifique	225
E) Applications pratiques	234
a) Publicité des transferts de droits réels mobiliers	234
b) Comparution des sociétés.	235
c) Avis d'adresse.	237
CONCLUSION	238

* LL.M., notaire honoraire.

INTRODUCTION

En mars 2007, la Cour d'appel du Québec déclarait qu'« [u]ne société en commandite, comme toute autre société, a un patrimoine propre qui, tant qu'il est suffisant, est distinct de celui des personnes dont elle est constituée ; elle jouit alors d'une entité propre, sans pour autant être une personne morale au sens de la Loi »¹. Malheureusement, la Cour n'explique pas ce qui la conduit à cette affirmation. Une analyse des dispositions du *Code civil du Québec* nous conduit à des conclusions diamétralement opposées.

Le texte qui suit fait la démonstration que les sociétés de personnes ne sont pas titulaires d'un patrimoine propre et que les « biens de la société » sont la propriété des associés, mais qu'ils constituent en fait un patrimoine d'affectation en raison du régime juridique particulier auquel ils sont soumis. Les conséquences découlant de cette démonstration, notamment en matière immobilière, sont importantes sur le plan pratique. Nous les examinerons donc.

A) La société contractuelle n'est pas une personne morale

Le débat sur la personnalité juridique des sociétés contractuelles a fait couler beaucoup d'encre sous le *Code civil du Bas Canada*. Il semble toutefois définitivement réglé sous le *Code civil du Québec*.

D'une part, l'article 299 C.c.Q. a codifié la théorie de la fiction. Selon cette théorie, la personne morale est une personne fictive à qui la personnalité juridique doit être accordée par le législateur dans un texte de loi, de façon formelle ou, à tout le moins présumée par celui-ci². À cette théorie s'opposait la théorie de la réalité selon laquelle certains organismes peuvent jouir de la personnalité juridique sans que celle-ci soit créée par la fiction d'un texte de loi, cette personnalité pouvant naître par la conjugaison de l'organisation

1. *Ville de Laval c. Polyclinique Fabreville s.e.c.*, 2007 QCCA 426, par. 24.

2. Jean-Claude THIVIERGE, « Le débat sur la personnalité morale de la société est-il clos ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 105, à la page 110.

d'une volonté collective et d'un intérêt collectif permanent. En énonçant que « [l]es personnes morales sont constituées suivant les formes juridiques prévues par la loi, et parfois directement par la loi », l'article 299 C.c.Q. écarte formellement l'application de la théorie de la réalité en droit québécois. Les sociétés contractuelles que sont la société en nom collectif, la société en commandite et la société en participation ne constituent donc pas des personnes morales puisque la loi ne leur accorde absolument pas ce statut.

D'autre part, l'article 2188 C.c.Q. énonce : « La société est en nom collectif, en commandite ou en participation. Elle peut être aussi par actions ; dans ce cas elle est une personne morale. »

Cette disposition peut recevoir deux interprétations. Une première voulant que, par cet article, le législateur ait voulu écarter l'existence de sociétés par actions purement contractuelles³. Les sociétés par actions étant déclarées des personnes morales, elles doivent nécessairement être constituées selon les formes juridiques prévues par la loi (art. 299 C.c.Q.). Une autre interprétation voudrait que, si le législateur, dans le cadre de l'énumération des différentes formes de société, a mentionné expressément que lorsque la société est par actions elle est une personne morale, c'est que lorsqu'elle n'est pas une société par actions, elle n'est pas une personne morale. C'est une application de la règle « l'expression de l'un implique l'exclusion de l'autre »⁴. Le professeur Louis-Philippe Pigeon recommandait une grande prudence dans l'utilisation de cette règle et enseignait qu'elle devrait être supportée par une manifestation claire de l'intention du législateur⁵. Or on peut déceler cette intention, entre autres, en examinant les documents qui ont précédé l'adoption de la version finale du *Code civil du Québec*. En 1987, l'avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* prévoyait explicitement que la société devenait une personne morale dès qu'elle s'immatriculait au registre des associations et entreprises, par le dépôt d'une déclaration de constitution de personne morale. Le législateur a retranché

3. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, sous l'article 2188 C.c.Q.

4. Provenant de la maxime latine « *expressio unius fit exclusio alterius* ».

5. Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, notes d'un cours donné en 1965 aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec, p. 22. On peut trouver ces notes sous Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Publications du Québec, 1986.

cette disposition dans la version du *Code civil du Québec* qui est entrée en vigueur en 1994. On peut en déduire que le législateur a délibérément choisi de ne pas accorder le statut de personne morale aux sociétés contractuelles. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent d'ailleurs aujourd'hui de façon pratiquement unanime que ces sociétés ne sont pas des personnes morales⁶.

B) La société contractuelle ne peut être titulaire d'un patrimoine

La loi n'accorde la personnalité juridique qu'à l'être humain et à la personne morale⁷. Les sociétés contractuelles n'étant pas des personnes morales, elles n'ont pas la personnalité juridique et ne peuvent dès lors jouir des droits civils ni être titulaires d'un patrimoine⁸. Elles ne peuvent en tant que telles, en effet être sujets de droits actifs ou passifs. Il est de l'essence de l'obligation, dit l'article 1371 C.c.Q., qu'il y ait des personnes entre qui elle existe. Ce sont donc nécessairement les associés qui sont sujets des droits et obligations qui naissent du contrat de société ou dans le cadre de celui-ci, et non pas la société elle-même. Il faut en déduire, et nous en déduisons, que dans la société de personnes, ou société contractuelle, le mot *société* désigne les associés lorsqu'ils agissent ou sont considérés dans le cadre de l'ensemble des droits et obligations que le contrat de société fait naître.

Dans la mesure où les sociétés contractuelles ne sont pas dotées de la personnalité juridique, il faut conclure forcément que l'expression « biens de la société » que le législateur utilise dans le *Code civil du Québec* aux articles 2208 et 2221, à l'égard des biens de la société en nom collectif, 2246 et 2248, à l'égard des biens de la société en commandite et 2259, à l'égard des biens de la société en participation, signifie les biens des associés que ces derniers mettent en commun dans le cadre du contrat de société lors des opérations d'apport et ceux qu'ils acquièrent par l'emploi des sommes indivises dans le cadre de ce contrat pendant qu'il subsiste.

6. Pour une étude plus complète de cette question, voir : Bernard LAROCHELLE, *Contrat de société et d'association*, 2^e éd., coll. « Bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, nos 75 à 93. Plus récemment, la Cour d'appel, dans l'affaire *Ville de Laval c. Polyclinique médicale Fabreville s.e.c.*, précitée, note 1, soulignait que la société en commandite n'est pas une personne morale.

7. Art. 1 et 298 C.c.Q.

8. Les principaux effets de la personnalité juridique sont la jouissance des droits civils et la détention juridique d'un patrimoine (art. 1, 2, 301 et 302 C.c.Q.).

Cela étant, il reste à déterminer, à qualifier le régime auquel lesdits biens sont assujettis.

C) Les biens de la société sont assujettis à une modalité connue du droit de propriété

Lorsque, comme en l'espèce, plusieurs personnes ont ensemble et concurremment la propriété d'un même bien, chacune d'elles étant investie, privativement, d'une quote-part du droit, le législateur québécois nous dit que cette situation a pour nom la copropriété⁹. Cette copropriété est dite « par indivision » lorsque le droit de propriété ne s'accompagne pas d'une division matérielle du bien¹⁰. Les « biens de la société » sont donc tout bonnement assujettis à une modalité connue et nommée de la propriété.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, les règles de l'indivision apparaissaient difficiles à concilier avec l'objet du contrat de société, puisque leur coexistence impliquait que des personnes puissent en même temps, d'une part, volontairement et conventionnellement mettre des biens en commun pour les fins de la société et, d'autre part, se voir interdire par la loi d'être tenues de demeurer dans l'indivision. L'indivision était juridiquement possible dans le cadre du contrat de société, mais elle en compromettait la stabilité et la viabilité. De plus, comme l'indivision était un état non nécessairement voulu mais qui résultait d'une situation de fait dont il fallait sortir au plus tôt, les règles de gestion et d'organisation de cette situation étaient pratiquement inexistantes. On comprend dès lors pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont cherché des solutions de rechange à la copropriété par indivision pour expliquer la modalité du droit de propriété applicable aux biens de la société.

Le *Code civil du Québec* a innové en reconnaissant que l'indivision peut résulter d'un contrat¹¹ et que les indivisaires peuvent convenir par écrit, notamment, de reporter le partage du bien à l'expiration de la durée prévue de l'indivision¹².

L'article 1030 C.c.Q. prévoit que nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision et que le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'ait été reporté par une convention, par une disposition

9. Art. 1010, al. 1 C.c.Q.

10. Art. 1010, al. 2 C.c.Q.

11. Art. 1012 C.c.Q.

12. Art. 1013 C.c.Q.

testamentaire, par un jugement ou par l'effet de la loi, ou qu'il n'ait été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable. Par l'effet de ces dispositions, les règles de l'indivision et celles du contrat de société peuvent cohabiter harmonieusement. Les obstacles à cette cohabitation que constituaient la précarité et l'inorganisation de l'indivision sous l'ancien Code n'existent plus sous le *Code civil du Québec*. Les biens dont les associés sont copropriétaires par indivision deviennent, par leur mise à la disposition de la société, assujettis aux règles du contrat de société. Ces règles sont soit les règles supplétives de volonté établies par la loi en l'absence de stipulations contraires, soit celles établies conventionnellement par les associés dans leur contrat.

Lorsque la copropriété par indivision résulte du contrat de société, elle est d'abord soumise aux règles spécifiques de ce contrat. Elle constitue un cas d'indivision conventionnelle régie par le contrat de société ou par les règles supplétives établies par la loi à l'égard d'un tel contrat.

D) Les biens tenus en indivision dans le cadre de la société constituent un patrimoine d'affectation spécifique

À ce jour, la doctrine et la jurisprudence ont éprouvé de la difficulté à concilier de façon logique et cohérente la copropriété indivise des biens en société et la notion d'un patrimoine social distinct. Cette difficulté est liée à la notion traditionnelle du patrimoine considéré comme un ensemble indivisible de biens et d'obligations appréciables en argent. Qui disait patrimoine, disait titulaire unique. Selon cette vision, considérer que les biens de la société constituent un patrimoine distinct conduisait au dilemme suivant : ou bien c'est la société qui est propriétaire, et on doit alors reconnaître que la société a la personnalité juridique, ce que le *Code civil du Québec* écarte clairement, ou bien ce sont les associés, et il faut alors trouver une manière d'être particulière de la propriété qui tienne compte des droits détenus par les associés. Quelques théories ont été avancées.

Un auteur a proposé la théorie de la propriété collective¹³. Selon cette théorie, c'est la collectivité qui est le titulaire des droits. Alors que dans la copropriété par indivision, chacun des coproprié-

13. Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée : contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997, p. 258 et s.

taires a, relativement à sa part, les droits et les obligations d'un propriétaire exclusif, dans la copropriété collective, les propriétaires envisagés isolément n'auraient point de droits réels sur le bien et ne pourraient donc par des actes individuels l'aliéner ni le grever de droits réels¹⁴. On a expliqué que selon cette théorie, « il n'y a qu'un propriétaire, c'est la collectivité, la somme des ayants droit, en sorte que la chose ne figure pas par morceaux, dans les patrimoines des divers propriétaires, mais qu'elle constitue un patrimoine distinct à propriété collective, sans cependant se rattacher à une personne morale »¹⁵. La société constituerait « une copropriété sans part entre les associés, où ils sont tous collectivement propriétaires et sujets de droit, sans être toutefois individuellement propriétaires des biens affectés en tout ou en partie »¹⁶. Il s'agirait d'une structure juridique se distinguant tant de l'indivision que de la personnalité morale, en fait, « d'une autre modalité de la propriété, à l'orée des deux précédentes »¹⁷, d'une variante de la copropriété impliquant « l'absence de division du bien et la pluralité de titulaires »¹⁸.

Selon nous, attribuer à une collectivité qui n'est pas une personne morale reconnue explicitement par la loi la capacité de détenir des droits réels revient, au bout du compte, à appliquer la théorie de la réalité, qui consiste à reconnaître à un groupement une personnalité morale implicite. Or le législateur a clairement écarté l'application de cette théorie en droit québécois, la personnalité juridique ne pouvant s'acquérir que suivant les formes juridiques prévues par la loi¹⁹. La théorie de la propriété collective fait appel à une modalité de la propriété non expressément prévue et nommée par le législateur alors que la copropriété par indivision, modalité connue et nommée de la propriété, qui implique, aux termes mêmes de l'article 1010 C.c.Q., l'absence de division du bien et la pluralité de titulaires, peut très bien expliquer la propriété des biens de la société, comme nous l'avons vu.

14. Nous sommes d'avis que dans la société, les associés ont ce pouvoir, mais il est soumis au consentement de tous les associés, à moins de stipulation contraire dans le contrat (art. 2209 et 2211 C.c.Q.).

15. Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 2^e éd., t. 2, Paris, Montchrestien, 1962, p. 1067 et 1068, reproduisant un texte de Josserand, cité sous le titre « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau » (*Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugyama*, p. 95 et s.) (sans autres références).

16. C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 13, p. 261.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

19. Art. 299 C.c.Q.

La théorie d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct *sans titulaire*, a aussi été proposée pour expliquer la propriété des biens de la société²⁰. Elle impliquerait la création d'un patrimoine totalement distinct de celui des associés et sur lequel les associés ne détiendraient aucun droit réel. Cette hypothèse doit être écartée pour au moins deux raisons : 1) elle n'est fondée sur aucun texte législatif ; or, il n'y a pas d'affectation juridique implicite ou tacite en droit québécois²¹, puisqu'un patrimoine ne peut faire l'objet d'une affectation que dans la seule mesure prévue par la loi²² ; 2) l'apport de biens est réalisé par le transfert des droits de propriété et de jouissance en faveur des associés²³, ce qui va à l'encontre même de la notion d'un patrimoine autonome et distinct sans titulaire (art. 1261 C.c.Q.)

Le *Code civil du Québec* permet de concilier le fait que les associés sont copropriétaires des biens de la société et le fait que ces biens constituent un patrimoine en énonçant à son article 2 que le patrimoine d'une personne peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation. Alors que la division de patrimoine a pour effet de constituer un patrimoine distinct au sein du patrimoine général d'une personne²⁴, l'affectation permet de considérer un ensemble de biens comme formant un patrimoine non plus nécessairement en fonction d'une personne qui en est le titulaire mais en lien avec une fin déterminée.

Un patrimoine d'affectation peut être défini comme un ensemble de biens affectés à une fin déterminée et, dès lors soumis à un régime particulier, avec ou sans égard à ceux qui détiennent un droit de propriété sur ces biens. « Patrimoine distinct » n'équivaut pas nécessairement à une propriété distincte. Le *patrimoine familial* en est un exemple qui illustre bien cette notion. L'article 414 C.c.Q.

20. Louise Hélène RICHARD, « L'autonomie patrimoniale de la société : le patrimoine d'affectation, une avenue possible ? », (2002) 36 *R.J.T.* 733.

21. Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois (Une approche globale de la notion) », (2001) 103 *R. du N.* 383, 432.

22. Art 2 C.c.Q.

23. Art 2199 C.c.Q. ; le premier alinéa de l'article 2199 ne dit pas expressément en faveur de qui a lieu le transfert des droits de propriété et de jouissance, mais le troisième alinéa dit clairement que la propriété est transférée à la société, ce qui signifie les associés, nous l'avons vu, la société n'étant pas dotée de la personnalité juridique.

24. Ici, le patrimoine est rattaché à une personne, mais il est divisé en patrimoines distincts, destinés à des fins distinctes. La substitution en est un exemple ; l'article 1223 C.c.Q. prévoit qu'avant l'ouverture de la substitution, le grevé est propriétaire des biens substitués, lesquels « forment, au sein de son patrimoine personnel, un patrimoine distinct destiné à l'appelé ».

énonce que le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens. Le mariage n'a pas pour effet de transférer la propriété des biens de chacun des époux à la famille qui, comme la société, n'est pas une personne morale. Il n'a pour effet que d'assujettir certains biens déterminés par la loi qui ne cessent pour autant d'appartenir à l'un ou l'autre des conjoints, ou même aux deux en indivision, et qui composent ce patrimoine à un régime particulier en cas de divorce ou de séparation de corps. Ce régime n'opère pas de changement sur le plan de la propriété de ces biens et ne s'analyse pas en une propriété commune ou collective, voire en une personnalisation juridique de la famille. On ne peut pas dire que la famille *a* ou *est propriétaire* d'un patrimoine. Le même principe s'applique à la société. Voyons comment.

La société de personnes n'étant pas une personne morale, elle ne peut être titulaire d'un patrimoine. Ce sont donc les associés qui sont titulaires des droits portant sur les biens mis en commun lors de la formation du contrat de société ou postérieurement acquis par eux dans le cadre de la société, puisque ce sont eux qui ont le droit d'en user, d'en jouir et d'en disposer.

Par ailleurs, ce sont eux qui sont personnellement responsables des obligations contractées dans le cadre de ce contrat²⁵ ; ils ne sont pas des cautions de la société, laquelle n'est pas une personne morale, ils sont les débiteurs principaux²⁶. Les obligations que la loi appelle « obligations de la société » ne sont en fait et en vérité que les obligations des associés contractées dans le cours des activités de la société, et elles se distinguent en cela des obligations encourues par chaque associé en dehors de telles activités.

La part qu'un associé détient dans les biens mis en commun est un élément de son propre patrimoine et, comme tous ses autres biens (que nous appellerons ses « *biens personnels* »), est le gage commun de ses créanciers²⁷. C'est l'addition ou l'ensemble des parts de chaque associé qui constitue ce que le législateur appelle « les biens de la société ». Dans le cas de la société en nom collectif, les créanciers des obligations encourues par les associés dans le

25. Art. 2221, al.1 C.c.Q.

26. Le cautionnement exige l'existence du débiteur d'une obligation. Or, la société ne peut être un débiteur puisqu'elle n'est pas une personne ; il est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe (art. 1371 C.c.Q.).

27. Art. 2644 C.c.Q.

cadre du contrat de société (*les créanciers de la société*) doivent épuiser leurs recours sur les biens compris dans cette masse (*les biens de la société*) avant de pouvoir les exécuter sur les *biens personnels* des associés, et même alors, les *biens personnels* de l'associé ne sont affectés au paiement des créanciers de la société qu'après paiement de ses propres créanciers²⁸, c'est-à-dire, des créanciers des obligations qu'il a encourues en dehors des activités de la société (que nous appellerons « *créanciers personnels* »). Autrement dit, les associés sont tenus de remplir les engagements pris dans le cadre du contrat de société, d'abord et avant tout à même les biens mis en commun et dont ils sont propriétaires dans ce cadre et, ensuite, à même les autres biens leur appartenant et sur lesquels les créanciers personnels auront préséance.

Le législateur soumet donc les biens que les associés détiennent dans le cadre du contrat de société en nom collectif (« les biens de la société ») à un régime particulier, différent du régime applicable à leurs autres biens. En cela, les biens de la société constituent un patrimoine d'affectation, patrimoine affecté à l'atteinte du but poursuivi en société et, partant, au paiement des obligations contractées par les associés dans le cadre du contrat de société.

Il ne faut donc pas dire que la société a un patrimoine qui lui soit propre, mais plutôt que les biens mis en commun dans le cadre de la société constituent un patrimoine d'affectation spécifique, sans égard au fait de la titularité des droits détenus par les associés sur lesdits biens.

Dans la société en commandite, le commandité n'est tenu des dettes de la société qu'en cas d'insuffisance des biens de la société, et le commanditaire n'y est tenu que jusqu'à concurrence de l'apport convenu²⁹. Là encore, il s'agit d'un patrimoine d'affectation, pour les mêmes raisons que celles que nous avons exprimées plus haut à l'égard de la société en nom collectif.

Dans le cas de la société en participation, la situation quant à la propriété des biens de la société est la même. L'article 2252 C.c.Q. confirme que « [s]ont indivis entre les associés, les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun de leur apport, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises

28. Art. 2221, al. 2 C.c.Q.

29. Art. 2246 C.c.Q.

pendant que subsiste le contrat de société ». Cependant, dans la société en participation, les associés ne peuvent opposer aux créanciers le droit à la discussion préalable des biens de la société, car « [à] l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société »³⁰, c'est-à-dire, que la quote-part des droits de propriété dont il est titulaire dans les biens mis en commun ne fait pas, à l'égard des tiers, l'objet d'un patrimoine d'affectation spécifique. Elle se confond avec ses biens personnels.

Certes, dans la société en participation, les associés feront entre eux une distinction entre les biens dont ils ont la copropriété indivise dans la société et leurs autres biens, notamment quant à l'utilisation de ces biens et aussi lors du partage³¹, mais dans ce cas, cette affectation de patrimoine *à l'interne* n'entraîne pas d'effet juridique à l'égard des tiers et, notamment, de leurs créanciers, car le patrimoine d'une personne ne peut faire l'objet d'une affectation que dans la seule mesure prévue par la loi³².

L'immatriculation de la société en nom collectif ou en commandite (ou son défaut d'immatriculation) n'entraîne aucun effet sur la propriété des biens des associés. Son effet se situe sur le plan de la responsabilité en obligeant les créanciers de la société à discuter les biens sociaux avant de pouvoir discuter les biens personnels des associés. L'immatriculation protège aussi les *créanciers personnels* des associés puisque les *biens personnels* de l'associé ne sont affectés au paiement des créanciers de la société qu'après paiement de ses propres créanciers³³.

Le libellé de l'article 2252 C.c.Q. est malheureux, car il peut laisser croire que, si dans la société en participation, à l'égard des tiers, chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société et que sont indivis entre les associés les biens mis en commun et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant la durée de la société, la situation serait différente dans la société en nom collectif ou en commandite. Pourquoi affirmer ce principe à l'article 2252, si de toute façon les biens de la société appartiennent aux associés, que la société soit en nom collectif, en commandite ou en participation ? Une interprétation *a contrario* amènerait à conclure que dans la société en nom collectif ou en com-

30. Art. 2252, al. 1 C.c.Q.

31. Art. 2265 C.c.Q.

32. Art. 2, al. 2 C.c.Q.

33. Art. 2221, al. 2 C.c.Q.

mandite, à l'égard des tiers, chaque associé ne demeure pas propriétaire des biens constituant son apport à la société³⁴ et qu'à l'égard des tiers, ne sont pas indivis entre les associés les biens dont l'indivision existait avant la mise en commun des apports, ou a été convenue par eux, et ceux acquis par l'emploi de sommes indivises pendant que subsiste le contrat de société. Il découlerait d'une telle interprétation que les titulaires des droits de propriété portant sur les mêmes biens puissent être différents entre eux et à l'égard des tiers. Or, en droit des biens, une telle conclusion est intenable, inexacte.

Le ministre de la Justice, dans ses commentaires officiels³⁵ à propos de l'article 2252 C.c.Q., écrivait :

Cet article est introductif des dispositions régissant les rapports des associés envers les tiers.

Il énonce, à propos de la propriété des biens sociaux, des règles qui découlent naturellement du fait que la société en participation, contrairement aux sociétés en nom collectif ou en commandite, ne dispose pas, à l'égard des tiers, d'un patrimoine distinct de celui des associés.

L'article est de droit nouveau. Il s'inspire des dispositions de l'article 1872 du Code civil français. Les règles sur l'indivision sont par ailleurs établies aux articles 1012 à 1037.

L'article 1872 du *Code civil français*, qui s'applique à la société en participation du droit français, énonce notamment qu'à l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société, que sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société, qu'il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision. Cet article s'explique en droit français, où les sociétés autres que la société en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation³⁶. En France, cette disposition est logique puisque

34. Ce qui s'accorde avec l'article 2199 C.c.Q. qui dit que l'apport se réalise par un transfert des droits de propriété.

35. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 3, t. 1, p. 1419 et 1420.

36. *Code civil français*, art. 1842. De plus, le *Code de commerce français* établit, à l'article L210-1 que sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les
(à suivre...)

dans les sociétés immatriculées, l'opération d'apport constitue un véritable transfert des droits de propriété des biens apportés en faveur de la personne morale qu'est la société. Coller cette disposition en droit québécois, qui n'accorde pas la personnalité morale aux sociétés immatriculées, constitue une hybridation malheureuse qui conduit à d'énormes difficultés d'interprétation.

La différence fondamentale entre la société en participation et la société en nom collectif ou en commandite, est que dans ces deux dernières, la loi attache un effet juridique à l'affectation d'une partie du patrimoine des associés à l'égard des tiers, sur le plan de la responsabilité, ce qu'elle ne fait pas dans le cadre de la société en participation. Autrement dit, à l'égard des tiers, dans la société en nom collectif et en commandite, les biens de la société sont considérés comme distincts des autres biens des associés pour les fins de l'exécution des recours des créanciers, alors que dans la société en participation cette distinction n'existe pas à l'égard des tiers car à leurs yeux, « chaque associé demeure propriétaire des biens constituant son apport à la société », les biens sociaux et les biens personnels des associés se confondant.

Dans l'arrêt *Ville de Québec c. La compagnie d'immeubles Allard*³⁷, la Cour d'appel, sous la plume du juge A. Brossard, représentant l'opinion majoritaire, avait conclu : 1) que la société ne jouit pas de la propriété d'un patrimoine distinct de celui de ses associés, 2) que le droit de propriété ne peut exister qu'en faveur d'une personne physique ou morale, 3) que le rapport qui existe entre l'associé et les biens de la société est direct parce qu'il en est propriétaire avec les autres associés, la part sociale conférant ce droit aux associés, 4) que l'utilisation de l'expression « les immeubles de la société » est une façon abrégée de désigner les biens dont la propriété demeure entre les mains des associés, 5) que le mot « société » ne serait utilisé que pour désigner la totalité des associés et que la vente de parts sociales ne signifie pas autre chose que la vente de parts indivises dans la propriété des actifs, impliquant, dans le cas d'un immeuble, l'imposition de droits de mutation.

(...suite)

sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, et à l'article L210-6 que toutes ces sociétés jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

37. *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) [ci-après : *Allard*] ; bien que cet arrêt ait été rendu en 1996, les faits relatifs au litige avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

Nous croyons que les conclusions de la Cour d'appel dans l'arrêt *Allard* étaient correctes sous le *Code civil du Bas Canada* et qu'elles le demeurent sous le *Code civil du Québec*. Les dispositions de ce dernier sur l'indivision contractuelle et sur l'affectation du patrimoine viennent même renforcer leur pertinence.

Nous l'avons vu plus haut, la modalité de propriété expressément prévue par le législateur pour la détention de droits sur un même bien, par plusieurs et concurremment, a pour nom la copropriété par indivision, modalité où chaque copropriétaire est investi privativement d'une quote-part du droit réel qu'est le droit de propriété³⁸. Dans le cadre du contrat de société, la part sociale ne transforme pas ce droit réel en un droit personnel³⁹. Elle identifie et quantifie seulement la participation de chacun dans ce droit réel et dans celui de partager les bénéfices et l'actif et de contribuer aux pertes. Ainsi la part dans l'actif peut être différente de la part dans les bénéfices et elles ne sont égales qu'en l'absence de stipulation contraire dans le contrat⁴⁰. La part dans l'actif identifie la participation d'un associé dans le capital ou dans les biens mis à la disposition de la société. Si ces biens comprennent un immeuble, la part de l'associé dans l'actif établit la quote-part de droits de propriété de l'associé dans cet immeuble. Dans ce cas, elle représente la quote-part d'un droit réel immobilier. Cette part donne ouverture au droit de partager l'actif lors de la dissolution qui lui, est un droit personnel. L'acte de partage sera attributif du droit de propriété⁴¹. Par exemple, si un immeuble appartenant à tous les associés est attribué à un seul associé lors du partage, ce dernier en deviendra le seul propriétaire.

La part dans les bénéfices, quant à elle, représente le degré de participation dans le droit personnel de tous les associés de partager les bénéfices de la société. C'est en quelque sorte une part dans une créance, laquelle est un droit personnel.

Ce sont les associés qui détiennent les droits réels dans les biens de la société et chaque associé peut disposer de sa part dans l'actif de la société (*the assets of the partnership*) et l'hypothéquer

38. Art. 1010 C.c.Q.

39. *Contra*, Charline BOUCHARD et Lucie LAFLAMME, « La dérive de l'indivision vers la société : quand l'indivision se conjugue avec la société », (2000) 30 *R.D.U.S.* 317, 325.

40. Art. 2202 C.c.Q.

41. Art. 1037 C.c.Q.

avec le consentement des autres associés, à moins de disposition contraire⁴².

E) Applications pratiques

Le principe voulant que ce sont les associés qui sont copropriétaires des biens mis en commun dans le cadre du contrat de société (« les biens de la société ») entraîne des conséquences importantes, surtout en matière immobilière.

a) Publicité des transferts de droits réels immobiliers

Les associés étant copropriétaires des biens de la société, ce sont eux qui sont titulaires des droits de propriété portant sur ces biens. L'article 1455 C.c.Q. énonce que « [l]e transfert d'un droit réel portant sur un bien immeuble n'est opposable aux tiers que suivant les règles relatives à la publicité des droits ». Or, selon l'article 2938 C.c.Q., l'acquisition et la transmission d'un droit réel immobilier sont soumises à la publicité, c'est-à-dire qu'elles doivent être inscrites sur le registre foncier, à moins que la loi ne permette expressément un autre mode. Il s'ensuit que si les associés détiennent les droits réels de propriété sur un immeuble, tout transfert d'une part sociale par un associé implique un transfert des droits réels représentés par cette part. Ce transfert devra être inscrit au registre foncier pour être opposable aux tiers.

Dans le cas d'une société en nom collectif, si le transfert d'une part entraîne le retrait ou l'ajout d'un associé, il faudra certes produire une déclaration modificative au registraire des entreprises. Cette démarche est une mesure de publicité nécessaire sur le plan de la responsabilité des associés et elle est requise en vertu de l'article 34 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*⁴³. Cependant, la déclaration modificative n'a à elle seule aucun effet sur l'opposabilité à l'égard des tiers du transfert de la quote-part des droits réels immobiliers rattachée à la part transférée. La publicité prescrite par la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* ne remplace pas les règles de la publicité applicables aux actes portant sur les droits réels immobiliers prescrites par les articles 1455 et 2938 C.c.Q.

42. Art. 2209 et 2211 C.c.Q.

43. L.R.Q., c. P-45.

b) Comparution des sociétés

Comme ce sont les associés qui sont les véritables titulaires des droits portant sur les immeubles mis en commun dans le cadre du contrat de société, les titres de propriété portant sur des immeubles doivent être établis au nom des associés pour qu'ils soient opposables aux tiers. On a vu que la modalité du droit de propriété applicable dans ce cas est la copropriété par indivision. Il s'agit d'une indivision conventionnelle, donc soumise aux règles du contrat de société. L'article 1014 C.c.Q. dispose que l'indivision conventionnelle portant sur un immeuble doit être publiée pour être opposable aux tiers. Cet article nous indique que la publication porte notamment sur la durée prévue de l'indivision, sur l'identification des parts des indivisaires et, le cas échéant, sur les droits de préemption accordés⁴⁴ ou sur l'attribution d'un droit d'usage ou de jouissance exclusive de certains biens, le cas échéant.

Lorsque les associés acquièrent un immeuble, le simple fait de mentionner expressément à l'acte d'acquisition qui sera inscrit au registre foncier, qu'ils agissent en société, établira à l'égard des tiers que les règles relatives à l'indivision portant sur cet immeuble sont régies par un contrat de société.

Dans le cas d'une société en nom collectif, les associés devront comparaître personnellement à l'acte, en ajoutant, à la suite de leur comparution, qu'ils agissent en leur qualité de seuls associés d'une société en nom collectif formée entre eux sous le nom « ..., société en nom collectif ». Par la publication de cet acte au registre foncier, il devient public que les associés sont copropriétaires par indivision de l'immeuble, que cette indivision est soumise aux règles du contrat de société en nom collectif. Il en est de même à l'égard des règles de responsabilité propres à cette forme de société.

Dans l'affaire *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc.*⁴⁵, le juge Barakett déclarait avec raison que le seul endroit prévu expressément par la loi où la société peut agir sous son seul nom, sans mettre en cause le nom de tous les associés, c'est dans les procédures judiciaires de la société, et que la société doit déclarer le

44. On aura compris que ces droits de préemption sont ceux que l'on retrouve dans la plupart des contrats de société et qui visent à accorder aux associés la faculté, de préférence à toute autre personne, d'acquérir la part d'un associé qui veut en disposer.

45. B.D.I. 97-107 (C.S.).

nom des propriétaires véritables lorsqu'elle acquiert ou aliène une propriété.

Si on applique à l'égard des biens de la société en commandite les mêmes principes qu'à l'égard des biens de la société en nom collectif, ce que nous invite à faire l'article 2249 C.c.Q., les biens de la société en commandite appartiennent aux associés et ils forment un patrimoine individualisé par son affectation aux fins de la société⁴⁶. Devrait-on, dans la foulée de l'arrêt *Allard*⁴⁷, conclure que la cession d'une part entraîne la cession d'une quote-part correspondante des droits de propriété dans les biens de la société ? La logique exigerait une réponse affirmative. Cependant, selon l'article 2244 C.c.Q., le nom des commanditaires ne doit pas apparaître dans un acte de la société. La participation du commanditaire doit demeurer occulte. Si le transfert d'une part sociale entraîne le transfert des droits réels immobiliers attachés à cette part, il découle de l'article 2244 C.c.Q. que ce transfert ne doit pas être inscrit au registre foncier. De toute façon, cette inscription n'ajouterait rien aux droits des tiers puisque seul le commandité peut obliger la société, la représenter et disposer de ses biens. En établissant les titres de propriété d'un immeuble au nom du commandité en cette qualité, les tiers sont suffisamment informés de l'identité de la seule personne qui a le pouvoir de disposer de ce bien, sans égard aux détenteurs des parts sociales.

Par application des articles 2238 et 2219 C.c.Q., à l'égard des tiers de bonne foi, le commandité est le *mandataire de la société*. En réalité, il est le mandataire des commanditaires, puisque la société n'étant pas une personne morale, elle n'a pas la personnalité juridique, et une entité non dotée de la personnalité juridique ne peut évidemment pas donner un mandat. Dans un acte juridique, le commandité représente donc les commanditaires, mais ceux-ci ne peuvent permettre que leur nom soit utilisé dans un acte de la société et seul le commandité peut agir pour celle-ci comme mandataire ou agent⁴⁸.

Si l'on applique *mutatis mutandis* à la comparution d'une société en commandite les conclusions du jugement rendu dans l'affaire *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc.*⁴⁹ et si l'on

46. Art. 2246 et 2248 C.c.Q.

47. Précité, note 37.

48. Art. 2244 C.c.Q.

49. Précitée, note 45 ; pour les motifs et conclusions de ce jugement, voir *supra*, par. 201.

tient compte des remarques que nous avons formulées au paragraphe précédent, ce n'est pas la société qui devrait comparaître à un acte juridique, mais le commandité, lequel devrait déclarer qu'il agit dans cet acte en cette qualité et pour le compte de la société en commandite, laquelle sera identifiée par le nom commun sous lequel elle a été formée⁵⁰. En l'absence d'une jurisprudence ultérieure contraire, ou d'une modification législative qui viendrait préciser que dans un acte juridique une société peut agir sous son seul nom, le praticien pourra s'appuyer sur ce jugement en adaptant ses conclusions aux dispositions de l'article 2244 C.c.Q. qui veut que les commanditaires ne peuvent permettre que leur nom soit utilisé dans un acte de la société.

c) Avis d'adresse

Lorsque les biens de la société comprennent des immeubles et que le créancier d'un associé exerce le droit de faire vendre la part de cet associé ou de la prendre en paiement d'une obligation de ce dernier, l'associé qui, en tant qu'indivisaire, a fait inscrire son adresse au Bureau de la publicité foncière peut, dans les 60 jours de la notification qui lui est faite par ce créancier de son intention d'exercer l'un ou l'autre de ses droits susdits, être subrogé dans les droits du créancier en lui payant la dette de son débiteur et les frais⁵¹. L'inscription d'un avis d'adresse par un indivisaire oblige l'Officier de la publicité des droits, en matière foncière, à notifier à cet indivisaire que le bien sur lequel son droit est publié est l'objet d'un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, d'une saisie ou d'une vente sous l'autorité de justice⁵². L'inscription de l'adresse confère un double avantage à son auteur, celui d'être avisé du préavis d'exercice d'un droit par le créancier et celui de pouvoir opposer immédiatement son droit de retrait⁵³ au créancier ou aux ayants cause de celui-ci.

50. Exemple : « Comparaît : X, _____ (profession ou occupation) domicilié(e) à _____, étant le seul commandité de la société Y., société en commandite immatriculée sous le numéro _____, ayant son principal établissement à _____, ledit (ou ladite) X agissant aux présentes en sa qualité de commandité de ladite société. »

51. Art. 1023, al. 1 C.c.Q.

52. Art. 3017 C.c.Q.

53. Droit de retrait s'entend ici du droit permettant à une personne, le retrayant, de se substituer à l'acquéreur d'un bien ou d'un droit, le retrayé, à charge de lui rembourser les sommes qu'il a engagées pour en faire l'acquisition. Le droit de retrait est alors traduit en anglais par *right of redemption*, par opposition au droit de retrait d'un associé qui est traduit par *right of withdrawal* lorsqu'il signifie le droit d'un associé de se retirer de la société.

CONCLUSION

Nous espérons que les praticiens trouveront dans ce texte des éléments de solution aux principaux problèmes auxquels ils sont confrontés en matière de sociétés contractuelles. Plusieurs difficultés dans ce domaine du droit sont le résultat d'une rédaction maladroite et obscure de la loi. Le législateur québécois a calqué à plusieurs égards le Code civil français sans toutefois accorder la personnalité juridique aux sociétés contractuelles, comme l'a fait le législateur français, ce qui rend certaines dispositions de notre Code incohérentes. Une révision en profondeur de cette législation nous semble à la fois souhaitable et urgente afin d'éclaircir certaines dispositions. Il n'est pas normal que plus de treize ans après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le chapitre sur les sociétés fasse encore l'objet d'interprétations on ne peut plus divergentes.