

PERSPECTIVES RÉCENTES CONCERNANT L'INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ

Michelle THÉRIAULT

Volume 110, numéro 3, décembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045323ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045323ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

THÉRIAULT, M. (2008). PERSPECTIVES RÉCENTES CONCERNANT L'INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ. *Revue du notariat*, 110(3), 797–823.
<https://doi.org/10.7202/1045323ar>

PERSPECTIVES RÉCENTES CONCERNANT L'INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ

Michelle THÉRIAULT*

INTRODUCTION	799
I. L'INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ	800
A. Une condition de formation essentielle pour toute espèce de société	800
B. Un concept difficile à saisir	802
C. Un critère qui remplace le consentement pour la société en participation	804
D. Un élément non requis pour la société dite apparente	810
II. QUELQUES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION	812
A. L'intention et le consentement	812
B. L'intention et la collaboration	816
C. L'appréciation de la preuve par le tribunal.	817
D. L'impact du dépôt d'une déclaration d'immatriculation	819
CONCLUSION	820

* Professeure, Faculté de science politique et de droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

INTRODUCTION

Le *Code civil du Québec*¹ reconnaît plusieurs espèces de sociétés de personnes : la société en nom collectif, la société en commandite et la société en participation². Dans la pratique, se sont développées aussi d'autres désignations, qui ne se trouvent toutefois pas expressément dans notre législation : société tacite, société apparente, société occulte ou ostensible ou société irrégulière. On trouve même l'expression si souvent utilisée « société nominale ou de dépenses », bien qu'il ne s'agisse pas d'une société³.

Des règles communes s'appliquent à la société en nom collectif, à la société en commandite et à la société en participation (articles 2186 à 2197 C.c.Q.). Toutefois, certaines règles sont propres à chacune. Le Code nous propose une structure bien particulière pour savoir quels articles trouvent application selon les différentes espèces de sociétés. Il est primordial de se familiariser avec celles-ci afin que seules les règles pertinentes reçoivent application au cas sous étude. Par exemple, en matière de responsabilité des associés face aux tiers quant aux dettes sociales, l'article 2221 C.c.Q. reçoit application pour la société en nom collectif, alors qu'il en va autrement pour la société en commandite ou en participation⁴.

1. L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « Code civil », « Code » ou « C.c.Q. »).
2. Art. 2188 C.c.Q. S'ajoute à cette liste une nouvelle société créée par le *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26) (ci-après « C.prof ») : la société en nom collectif à responsabilité limitée. Sauf exceptions (par exemple en matière de responsabilité des associés), la société en nom collectif à responsabilité limitée répond aux mêmes règles que la société en nom collectif (art. 187.12 C.prof. ; art. 2186 à 2235 C.c.Q.).
3. La société nominale ou de dépenses est un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, tout en conservant leur revenu propre, s'unissent dans le but de partager des dépenses par l'utilisation en commun de moyens permettant la réalisation individuelle d'économie ». Voir Michelle THÉRIAULT et Danielle CÔTÉ, « Une société qui n'en est pas une : la société nominale ou de dépenses », (1988) 48 *R. du B.* 517, 530.
4. Il arrive encore aujourd'hui que cette structure du Code quant à l'application des règles propres à chaque espèce de société soit mal comprise. Voir à titre d'exemple *Restaurant-bar Au 379 inc. c. Jouvrot*, REJB 2007-123297 (C.Q.) où le juge applique les articles 2253 et 2254 C.c.Q. propres à la société en participation alors qu'une déclaration d'immatriculation d'une société en nom collectif a été déposée. Voir aussi *Bertrand c. Action Ford ltée*, n° AZ-50428268 (C.Q. Division petites créances) où on mentionne l'article 2221 C.c.Q. alors que l'on parle de l'établissement d'une société en participation. Dans ce dernier cas, c'est l'article 2254 C.c.Q. qui aurait dû recevoir application, en remplacement de l'article 2221 C.c.Q.

Il est intéressant de se demander comment toutes ces règles reçoivent application et se distinguent entre elles en matière de formation du contrat de société. Parmi les éléments essentiels à la formation du contrat de société, on reconnaît que les parties au contrat doivent s'associer dans un « esprit de collaboration ». L'esprit de collaboration, l'intention ou l'*affectio societatis* est souvent l'élément le plus déterminant permettant à un tribunal de conclure à l'existence ou non d'une société. Il sert aussi le plus souvent à distinguer le contrat de société des autres types de contrats.

Comme critère subjectif, cette notion est par essence difficilement saisissable et mérite donc que l'on s'y intéresse de plus près. Nous nous attarderons à déterminer si la recherche de cette intention est requise pour établir l'existence de toute espèce de société, tout en constatant que l'intention est un critère subjectif difficile à cerner, et nous noterons que des nuances doivent être apportées dans certains cas particuliers, comme celui de la société en participation ou de la société apparente (I).

À l'aide d'exemples, de constats et de distinctions de toutes sortes, nous tenterons d'en saisir les balises pour en obtenir une meilleure compréhension. Nous nous inspirerons grandement de la jurisprudence toute récente qui nous donne une kyrielle d'exemples d'application de ce concept, plus diversifiés les uns que les autres. La majorité des décisions repérées en matière de société de personnes traite de la qualification de la nature juridique du contrat, surtout en matière de société en participation. Parmi les décisions récentes consultées, plusieurs concluent, en l'absence de consentement, à la présence d'avant-contrats ou de précontrats d'une forme de société à être formée, sans l'être véritablement (II).

I. L'INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ

A. Une condition de formation essentielle pour toute espèce de société

Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1^{er} janvier 1994, la jurisprudence avait établi de façon constante que trois éléments étaient essentiels à la création d'une société : l'apport, le partage des profits et l'intention de former une société⁵. Depuis cette date, le législateur québécois a introduit au Code la définition d'une société de personnes ainsi que les conditions nécessaires à sa for-

5. *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68 (C.A.).

mation. Suivant le premier alinéa de l'article 2186 C.c.Q., la société est formée au moyen d'un « contrat par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent ».

Ainsi, en sus du contrat, quatre éléments sont dorénavant essentiels à l'existence d'une société suivant l'article 2186 C.c.Q. : l'apport, le partage des profits, l'intention et l'exercice d'une activité. Il faut donc, pour confirmer l'existence d'une société, retrouver en plus une série d'actes juridiques plutôt qu'un acte pris isolément, sans nécessairement être en présence de l'exploitation d'une entreprise. La doctrine le reconnaît ainsi qu'une certaine jurisprudence, tout particulièrement en première instance⁶. Ces conditions étant cumulatives, l'absence d'un seul de ces éléments nous oblige à conclure à l'absence d'un contrat de société.

L'article 2186 C.c.Q. se trouve dans la section des dispositions générales du chapitre dixième du Code. Par conséquent, on peut en conclure qu'il s'applique à toute espèce de société (qu'elle soit en nom collectif, en nom collectif à responsabilité limitée, en commandite ou en participation). Ainsi, les conditions de formation du contrat de société sont les mêmes pour l'ensemble des sociétés du Code. L'intention de former une société est requise pour chacune. Toutefois, comme nous le verrons, des distinctions doivent être apportées dans le cas de la société en participation et de la société apparente.

Aussi, s'ajoute à la société en nom collectif, à la société en nom collectif à responsabilité limitée et à la société en commandite

6. *Bernier-Chabot c. Montminy*, EYB 2007-122533 (C.Q.). Par ailleurs, la Cour d'appel dans l'affaire récente *Cimon c. Arès*, J.E. 2005-201 (C.A.) fait encore état de la nécessité de se retrouver en présence de trois éléments. Pourtant, elle a récemment confirmé un jugement qui mentionnait la nécessité de retrouver cet autre élément nouveau, sans pourtant le contester ou le relever. Il semble donc que la Cour d'appel, sans s'être prononcée expressément sur ce point, l'a accepté implicitement. Voir à ce sujet : *Meloche c. Meloche-Wall*, J.E. 2005-1721 (C.S.), conf. par [2007] J.Q. No. 5651 (C.A.) (QL/LN). Enfin, le juge Pierre J. Dalphond dans l'affaire *Truong c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2005 QCCA 892 mentionne au paragraphe 29 : « À la lecture de l'article 2186 C.c.Q., il est possible d'identifier les conditions à l'existence d'une société : engagement des parties de mettre un apport en commun (cet apport peut consister en une somme d'argent, en biens, en connaissances et même en travail) ; partage des bénéfices résultant des activités de la société ; intention de s'associer ou esprit de collaboration afin d'exploiter une entreprise » (les soulignés sont de nous). À notre avis, il aurait été plus juste de remplacer les mots *afin d'exploiter une entreprise* par *afin d'exercer une activité*.

l'obligation de déposer une déclaration d'immatriculation auprès du Registraire des entreprises⁷ et aussi celle d'inclure la forme juridique dans son nom⁸. L'immatriculation n'est pas une condition de validité du contrat de société mais une simple formalité de publicité⁹. Advenant le défaut de s'immatriculer, cette société sera réputée être une société en participation, d'où l'expression de société dite « irrégulière »¹⁰. Le contrat demeure un contrat de société mais d'une nature différente. Par ailleurs, les membres d'une société en participation peuvent décider sur une base volontaire de procéder à l'immatriculation de leur société, s'ils le souhaitent¹¹. Dans un tel cas, ils devront se soumettre à l'application de l'ensemble de la *Loi sur la publicité légale* à la suite de leur choix¹².

B. Un concept difficile à saisir

Les parties doivent s'associer dans un esprit de collaboration avec l'intention de former une société. On se réfère à cet élément essentiel sous l'expression latine *affectio societatis*. Selon les commentaires du ministre sous l'article 2186 C.c.Q., « [c]ette notion suppose chez les associés un esprit de collaboration qui les unit et les incite à poursuivre en commun, à l'aide des apports réciproques fournis, la réalisation de l'objectif social »¹³. En d'autres termes, pour compter cet élément, il faut être en mesure de démontrer que les associés travaillent ensemble activement et sur un pied d'égalité à une œuvre commune.

Le notaire Larochelle nous permet aussi de cerner un peu mieux ce concept lorsqu'il énonce que :

Le législateur a bien traduit ce concept de l'*affectio societatis* par l'expression « esprit de collaboration ». Cet élément psychologique est un état d'esprit, donc subjectif. C'est cet esprit de collaboration, qui

7. Art. 2189 C.c.Q. et art. 2(2), *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45 (ci-après « *Loi sur la publicité légale* »). Voir aussi l'article 187.12 C.prof.

8. Art. 2197 C.c.Q. et art. 187.13 C.prof. S'ajoute aussi à ces obligations celle pour une société en nom collectif à responsabilité limitée de mentionner le choix de cette forme dans un contrat écrit suivant l'article 187.15 C.prof.

9. Art. 2187 C.c.Q.

10. Art. 2189, al. 2 C.c.Q.

11. *Loi sur la publicité légale*, art. 1, al. 2.

12. *Ibid.*, art. 2 *in fine*.

13. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Contrat de société et d'association », dans *Le Code civil du Québec : Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2. Louiseville, Les Publications du Québec, 1993, p. 1376.

vient cimenter les autres éléments essentiels, qu'il faudra retrouver pour qu'il y ait contrat de société.

[...]

L'expression « esprit de collaboration » utilisée par le législateur dans le nouveau Code vient donc confirmer que les tribunaux pourront scruter les intentions profondes des parties pour décider s'il y a société, comme ils le faisaient par le passé sans y être autorisés par un texte précis¹⁴.

Selon la jurisprudence, cet élément s'avère souvent le plus déterminant pour conclure à l'existence ou à l'absence d'une société¹⁵. En effet, plusieurs situations ressemblent étrangement à la création d'une société. Cependant, en raison du défaut de l'intention des parties de former une société, il faut conséquemment conclure à l'absence de celle-ci.

Certains juges, à bon droit d'ailleurs, se limitent à l'analyse de l'intention pour conclure à la non-existence d'une société ; dès l'absence d'intention, ils concluent sans procéder à l'étude des autres éléments¹⁶. Il ne serait toutefois pas permis de conclure à l'existence d'une société en présence de la seule intention de former une société, considérant la nécessité de satisfaire l'ensemble des conditions. Le plus souvent, dans la majorité des situations où la ligne est plus difficile à tracer, il peut être plus aisé de conclure à l'absence de société lorsqu'il manque, en plus de l'intention, d'autres éléments comme le partage des profits ou la fourniture d'apports. C'est le cas pour la « société nominale ou de dépenses », dont la nature juridique aujourd'hui est claire : il s'agit d'une convention de partage des dépenses ou contrat innommé, en raison de l'absence tant du partage des profits que de l'intention de former une véritable société (et aussi, selon le cas, de la fourniture d'apports)¹⁷.

14. Bernard LAROCHELLE, « La société et l'association », dans Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1 « Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 490.

15. *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6.

16. Voir, à titre d'exemple, *Lauzon (Thurso) Ressources forestières inc. c. Electro Mécanique Waters inc.*, J.E. 2005-1706 (C.S.), conf. par [2007] J.Q. No. 3822 (C.A.) (QL/LN), où le juge de première instance mentionne qu'il peut se limiter à l'absence d'intention pour conclure à l'absence de société, malgré qu'il constate la présence d'apports et du partage des profits.

17. *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, J.E. 2000-1855 (C.S.).

Comment faire la preuve devant le tribunal de chacun des éléments essentiels, y compris l'esprit de collaboration ? Cette démonstration pourra se faire, selon le cas, à partir des écrits, des ententes verbales ou des faits, gestes et agissements des parties. Dans le cadre de l'article 2186 C.c.Q., il faudra ici démontrer qu'un contrat écrit ou verbal a été formé résultant d'un échange de consentements suite à une manifestation, expresse ou tacite, de la volonté des parties d'être liées par tous les éléments essentiels du contrat de société ; par exemple, les parties ont commencé, dans un esprit de collaboration, à participer à l'exercice des activités communes et à prendre part aux bénéfices pécuniaires qui en résultent. En ce qui concerne plus spécifiquement la recherche de l'esprit de collaboration, elle pourra se faire à partir de la preuve des faits et attitudes des présumés associés pour s'assurer qu'il y a véritablement intention de s'associer et conclure à l'existence d'une société. La présence d'une volonté active de contracter est requise, contrairement au cas particulier de la société tacite tel que nous le verrons ci-après, lorsque, en plus de l'article 2186 C.c.Q., vient s'ajouter l'article 2250 C.c.Q.

C. Un critère qui remplace le consentement pour la société en participation

On réfère souvent à la société en participation comme étant, entre autres, la société tacite du Code civil¹⁸. Il est vrai que, le plus souvent, une société en participation sera créée dans des circonstances où les parties n'ont posé aucun geste (telle l'immatriculation du regroupement) ni même exprimé leur volonté (même tacitement) d'exercer leurs activités sous la forme de la société. Il arrive fréquemment que la formation d'une société en participation soit invoquée *a posteriori* alors que les parties n'ont pas réfléchi à la forme que prendrait leur regroupement. L'arrêt *Beaudouin-Daigneault* de la Cour suprême représente encore aujourd'hui, après plus de vingt ans, la référence la plus souvent citée en matière de société tacite¹⁹. Parmi l'ensemble des décisions rendues en matière de société de personnes, on peut affirmer que les tribunaux ont régulièrement à se pro-

18. Tel que le mentionne la professeure Charline Bouchard, la société en participation est multiforme et peut épouser de nombreuses situations, en plus de la société tacite. Qu'il nous suffise de mentionner la société irrégulière, c'est-à-dire la société en nom collectif ou en commandite qui devient une société en participation par suite du défaut d'avoir procédé à son immatriculation auprès du Registraire des entreprises. Voir à ce sujet : Charline BOUCHARD, « Revue sélective de jurisprudence 2006 : entreprise », (2007) 109 R. du N. 107, 114.

19. *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

noncer sur l'existence ou non d'une société tacite et ce, dans des circonstances diverses²⁰.

Parmi les règles particulièrement applicables à la société en participation, l'article 2250 C.c.Q. énonce ce qui suit :

Le contrat constitutif de la société en participation est écrit ou verbal. Il peut aussi résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer.

La seule indivision de biens existant entre plusieurs personnes ne fait pas présumer leur intention de s'associer.

La consultation des commentaires du ministre nous éclaire sur l'interprétation à donner à cet article :

Cet article est le premier d'une série consacrée à la nouvelle espèce de société qu'est la société en participation, laquelle, parce qu'elle est soustraite à tout régime de publicité, rejoint le concept de société anonyme du droit antérieur, tout en regroupant globalement les sociétés peu organisées, les sociétés ponctuelles et les sociétés dites *de fait*. Un exemple de ce type de contrat de société serait celui qui peut intervenir entre concubins.

Le premier alinéa prescrit des règles de constitution qui, par leur souplesse, sont révélatrices de la nature de la société en participation, puisque celle-ci peut, bien souvent, résulter de simples ententes verbales, voire même de simples faits qui indiquent l'intention de former une société.

20. 2958-3838 *Québec inc. c. Hall*, REJB 2000-18514 (C.A.) ; *Angers c. Gagnon*, J.E. 2003-606 (C.S.) (appel rejeté sur requête, C.A., 05-05-2003, 500-09-013171-038) ; *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6 ; *Truong c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, *supra*, note 6 ; *Transport André Leroux inc c. Symbiose Consultants inc.*, J.E. 2006-1324 (C.A.) ; *Meloche c. Meloche-Wall*, *supra*, note 6 ; *Dussault c. Jolicoeur*, J.E. 2004-2075 (C.A.) ; *Enseignes Impérial Signs inc. c. Bell Canada*, REJB 2001-27343 (C.S.) ; *Laboratoire Avicena inc. c. Keyserlingk*, J.E. 2002-1971 (C.S.) ; *Maisons modulaires Mont-Carmel inc. c. Dupont*, n° AZ-50155690 (C.S.) ; *C.B. c. S.Be.*, J.E. 2003-1517 (C.S.) ; *Fillion c. Gagné*, J.E. 2004-63 (C.S.) ; *Lauzon (Thurso) Ressources forestières inc. c. Electro Mécanique Waters inc.*, *supra*, note 16 ; *Desjardins c. Meloche*, J.E. 2005-1658 (C.S.) ; *Hornez c. Letellier*, J.E. 2005-942 (C.S.) ; *B. (S.) c. C. (M.)*, EYB 2006-106874 (C.S.) ; *Mailhot c. Gaboury*, [2005] n° AZ- 50308518 (C.Q.) ; *Landry c. Placements André et Joseph Lessard ltée*, 2006 QCCS 4632 ; *Construction Wendover inc. c. Construction Braico inc.*, J.E. 2006-417 (C.S.) ; *Québec (Commission des normes du travail) c. Ferrante*, REJB 2000-19499 (C.Q.) ; *St-Pierre c. Martineau*, [2003] n° AZ-50158399 (C.Q.) ; *Robineault c. Bilodeau*, J.E. 2005-607 (C.Q.) ; *Paquette (Atelier 2e vie) c. Montijano*, [2005] n° AZ-50312650 (C.Q.) ; *Coderre c. Elliot*, J.E. 2006-1136 (C.Q.).

Quant au second alinéa, il apporte une précision destinée à éviter l'assimilation possible entre la société en participation et le seul état d'indivision de biens. La société suppose l'exercice d'une activité, alors que la copropriété n'est qu'une modalité de la propriété ; la première est dynamique, la seconde, statique.

L'article est nouveau. Il s'inspire en partie de la doctrine et de la jurisprudence relatives aux sociétés anonymes, de même que des dispositions des articles 1871, alinéa premier, et 1873 du Code civil français.

La réglementation propre à la société en participation qu'introduit le présent article est susceptible d'un rôle important, ne serait-ce que parce qu'il demeure toujours des sociétés factuelles, inorganisées ou qui ne seront pas déclarées.²¹

Que faut-il comprendre de la lecture de cette disposition ? Modifie-t-elle les principes déjà énoncés ci-dessus et applicables à toute espèce de société ? À notre avis, il faut comprendre que l'article 2250 C.c.Q. s'ajoute à l'article 2186 C.c.Q. Il n'a pas pour objet d'en écarter l'application. Selon notre analyse, la société en participation se constitue de la même manière que la société en nom collectif ou en commandite, sauf en ce qui concerne la nécessité de trouver une rencontre des volontés, même implicites. Il faut lire le premier alinéa de l'article 2250 C.c.Q. comme indiquant que le contrat est nécessaire aussi pour la formation d'une société en participation. Comme pour toute espèce de société en vertu de l'article 2186 C.c.Q., ce contrat peut se former par l'échange des consentements donnés de façon explicite. Il peut aussi, en l'absence d'échange des volontés expresses ou implicites, être déduit du comportement des parties. L'article 2250 C.c.Q. permet, en l'absence d'un accord des volontés expresses ou tacites, que le contrat de société en participation résulte de faits.

Ainsi, le contrat de société en participation exige la présence de tous les éléments essentiels nécessaires à la formation de toute société : remise au fonds social des revenus gagnés à la suite de la mise en commun des énergies, mise en commun de l'exercice de leur activité ou entreprise, partage subséquent des profits aux associés à la suite du paiement des dépenses communes, présence d'un « esprit de collaboration » qui anime les associés. La seule différence réside dans le fait qu'en l'espèce, on cherche le contrat de société dans le comportement des parties (plutôt que sous la forme d'un

21. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *supra*, note 13, p. 1418.

échange de consentement). La preuve des faits et gestes des présumés associés qui indiquent l'intention de s'associer peut remplacer le consentement (exprès ou tacite) des parties.

Il faut distinguer les deux notions suivantes, comme le propose le notaire Larochelle dans son ouvrage récent : d'une part, le *contrat de société tacite* par lequel une société a été créée par contrat, lequel résulte d'une acceptation tacite et, d'autre part, la *société tacite*, société créée de faits qui, elle, peut résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer, sans que les parties qui se trouvent dans cette situation aient exprimé leur volonté de former une société²². Dans le cas où on ne peut faire la preuve d'un échange de consentements (exprès ou tacites) entre les parties, il ne serait permis de conclure à la création d'une société qu'en présence d'une société en participation selon l'article 2250 C.c.Q. En effet, en vertu de l'article 2186 C.c.Q., il ne peut y avoir un contrat de société en nom collectif ou en commandite en l'absence d'une volonté des parties, exprimée expressément ou implicitement. Dans ce dernier cas, les parties pourraient être en présence d'un précontrat ou d'un avant-contrat.

La rédaction de cet alinéa aurait avantage à être reformulée. À notre avis, la première phrase de l'article 2250 C.c.Q. qui mentionne que « le contrat de société en participation peut être écrit ou verbal » n'apporte rien de nouveau et peut même s'avérer trompeuse si on applique la règle énonçant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire. Le contrat constitutif de la société en nom collectif, en commandite et en participation peut être écrit ou verbal. En effet, l'article 2186 C.c.Q. ne précisant pas l'exigence d'un contrat écrit, il faut comprendre que le contrat de société est un contrat consensuel. Contrairement à la croyance populaire, même un contrat de société en commandite pourrait être verbal²³. Même si l'article 2250 C.c.Q. précise que le contrat constitutif de la société en participation peut être écrit ou verbal, rien n'interdit qu'il en soit de même pour les autres types de sociétés sans mention expresse à cet effet. Selon l'article 1385 C.c.Q., un contrat peut se former par le seul échange de consentements entre personnes capables de contracter. Il est suggéré de retirer complètement cette première phrase.

22. Bernard LAROCHELLE, *Contrat de société et d'association*, 2^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, n^o 33, p. 10.

23. Voir à titre d'exemple 9028-1544 *Québec inc. c. Maynard*, [2007] J.Q. No. 3264 (C.S.) (QL/LN).

Qu'en est-il de la deuxième phrase, qui expose que le contrat de société en participation peut aussi résulter de faits manifestes ? Nous convenons qu'elle est nécessaire si son but vise à permettre la création d'une société en participation, en l'absence d'un accord des volontés même implicites, tel que mentionné plus haut. Il permet ainsi d'écarter la nécessité d'une rencontre des volontés, expresses ou tacites, qui autrement serait exigée en vertu de l'article 2186 C.c.Q. La preuve des faits et gestes qui indiquent l'intention remplace ainsi la preuve de la présence d'un échange de consentement. L'entente peut exister malgré l'absence de consentement, si des faits viennent confirmer l'intention de former une société et « [l]e rôle du tribunal dans le cadre de l'article 2250 C.c.Q. n'est pas de vérifier l'intention, mais d'évaluer si des faits mis en preuve sont assez manifestes pour indiquer l'intention »²⁴. Dans ce cas si particulier, l'intention est inconsciente.

L'affaire *Beaudouin-Daigneault*²⁵, dans laquelle deux concubins exploitent une ferme conjointement alors que le contrat de vente n'a été signé que par l'un d'eux, représente encore aujourd'hui le plus bel exemple de situation où il y a absence de volontés (même implicites) des deux parties en cause, alors que le tribunal conclut tout de même à l'existence d'une société tacite. Il a été décidé dans ce cas que les faits et gestes des parties permettaient de conclure ainsi. Cette décision est sans contredit à l'origine de la codification de la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 2250 C.c.Q.

Toutefois, la lecture de cette seconde phrase peut aussi porter à confusion. Il est d'ailleurs intéressant de se demander si le manque de rigueur des tribunaux face à l'application des conditions de formation de la société en participation ne résulte pas d'une certaine interprétation erronée de cet article 2250 C.c.Q., prétendant ainsi que cet article remplace l'article 2186 C.c.Q. et que la société en participation ne se forme que par l'intention qui résulte de faits manifestes, sans la nécessité d'établir la présence des autres éléments essentiels. À notre connaissance toutefois, cet argument n'a jamais été plaidé en tant que tel et aucune décision répertoriée ne s'y fonde expressément.

Il existe un danger à ce qu'un tribunal soit tenté d'arriver trop vite à la conclusion qu'une société a été formée, sans s'assurer de la

24. B. LAROCHELLE, *supra*, note 22, n° 33, p. 10.

25. *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 19.

présence de tous les éléments essentiels, y compris l'intention²⁶. Comme nous l'avons vu précédemment, cette analyse doit être faite tant pour établir une société en participation qu'une société en nom collectif ou en commandite.

La Cour d'appel dans l'affaire *Cimon c. Arès* a rappelé l'importance d'être rigoureux avant de conclure à l'existence ou à l'absence d'une société et de vérifier dans chaque cas la présence des conditions nécessaires à la constitution d'une société²⁷. Madame la juge Lemelin y conclut :

Avec égards pour le juge de première instance, la question légale débattue n'était pas de vérifier si les parties avaient « fonctionné à plusieurs égards » comme une société en participation, mais de s'assurer que les arrangements convenus répondaient aux conditions essentielles à la constitution d'une société.²⁸

En bref, le test requis, tel qu'élaboré par la Cour d'appel, est de s'assurer que les arrangements satisfont l'ensemble des éléments essentiels à la constitution de toute société.

Pour terminer, nous remarquons que certains paragraphes de la décision du juge Frank G. Barakett de la Cour supérieure dans l'affaire *Placements Tanguay* (laquelle a été confirmée par la Cour d'appel mais non sur ce point en particulier) sont souvent cités par d'autres tribunaux²⁹. Il s'agit entre autres du passage suivant :

Ainsi, de façon générale, lorsqu'on fait référence au « contrat » de société, cela ne suggère aucune réalité tangible, mais bien une relation d'obligations entre les « signataires », uniquement engagés dans une situation conventionnelle. C'est l'intention qui se dégage des faits et attitudes des parties qui est importante pour conclure au contrat de société. La société en participation peut résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer. Il faut bien sûr éviter l'assimi-

26. À titre d'exemple, voir *Picard c. Paul*, J.E. 2006-2001 (C.S.). Dans cette décision, le juge conclut à l'existence d'une société en participation sans pourtant procéder à une analyse rigoureuse de la présence de chacun des éléments constitutifs nécessaires à sa formation. En présence d'un contrat écrit, on y discute des apports seulement.

27. *Supra*, note 6. Voir à ce sujet : Michelle THÉRIAULT, « Former ou ne pas former une société : les tribunaux sont-ils assez rigoureux ? », (2006) 36 R.G.D. 7.

28. *Supra*, note 6, par. 70.

29. Voir par exemple : le jugement de première instance dans l'affaire *Arès c. Cimon*, REJB 2002-31863 (C.S.), p. 6, lequel a été infirmé par la Cour d'appel dans *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6 et aussi le jugement dans l'affaire *Audet, Daigle, Daoust & Associés c. Lessard et Doyon*, 2006 QCCS 990.

lation possible entre la société en participation et le seul état d'indivision de biens. La distinction réside dans le fait que la société suppose l'exercice d'une activité, alors que la copropriété n'est qu'une modalité de la propriété : la première est dynamique, la seconde, statique.³⁰

Bien que ce juge fasse les nuances qui s'imposent en s'assurant d'ajouter qu'en plus de l'intention, d'autres éléments sont nécessaires à la création d'une société, il faut s'assurer de ne pas y faire référence hors contexte. Il est vrai de dire que l'intention est souvent l'élément déterminant mais il n'est pas le seul.

En guise de résumé, lorsque l'article 2186 C.c.Q. se conjugue avec l'article 2250 C.c.Q., l'absence de consentement n'entraîne pas automatiquement l'absence de société (comme ce serait le cas pour la société en nom collectif ou en commandite pour laquelle l'article 2250 C.c.Q. ne s'applique pas). En cas d'absence de rencontre des volontés même tacites, avant de conclure à l'absence de société, le tribunal doit aller plus loin en vérifiant, dans ce cas particulier, si le contrat peut résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer. Il ne faut surtout pas comprendre par l'adoption de l'article 2250 C.c.Q. que le contrat de société en participation ne peut résulter que de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer, comme semblent le croire certains juges. Ce serait une erreur. La présence de tous les autres éléments essentiels à la formation du contrat de société demeure essentielle, tels l'apport, le partage des profits et l'exercice d'une activité.

D. Un élément non requis pour la société dite apparente

Il existe une autre situation particulière qui ne requiert pas, celle-là, la présence de l'intention des parties pour former une société, ni d'ailleurs aucun autre des éléments essentiels à la formation d'une société véritable.

Il s'agit du cas où un tiers souhaite prétendre à l'existence d'une société apparente fondée sur l'article 2222 C.c.Q. et sur la théorie du mandat apparent de l'article 2163 C.c.Q. Dans ce cas, il n'est pas requis de démontrer la présence des éléments essentiels à la formation d'une société énoncés à l'article 2186 C.c.Q. La seule démonstration que des personnes ont agi à titre d'associés (sans pourtant être des associés véritables ou réels) ou ont donné des rai-

30. *Placements Tanguay (1979) ltée (Syndic de)*, J.E. 97-297 (C.S.), p. 9, conf. par J.E. 2000-1139 (C.A.).

sons de croire en l'existence d'une société peut amener un tribunal à conclure à l'existence d'une société et appliquer les dispositions législatives propres au contrat de société.

Au Québec, c'est surtout dans le cadre de poursuites intentées par des tiers recherchant la responsabilité solidaire de plusieurs personnes que s'est développée cette tendance jurisprudentielle. La Cour d'appel le rappelle bien à la manière d'un *obiter* dans *Cimon c. Arès* en signalant que cette théorie ne s'applique qu'à l'égard des tiers et non entre les parties³¹. Quelques exemples suffiront pour illustrer l'application de cette théorie.

Dans un premier exemple, deux frères notaires qui exerçaient leur profession en société réelle, mais qui agissaient de façon individuelle et indépendante à titre d'agents d'assurance, d'immeubles et de placements, ont été réputés exercer ensemble en société, même si ces dernières activités (autres que professionnelles) n'étaient pas exercées dans le cadre d'une véritable société. Comme les bureaux communs, cartes professionnelles, papiers, lettres et annonces dans les journaux portaient les deux noms sans distinction, il a été décidé que « they held themselves out as partners » et qu'ils étaient donc responsables face aux tiers, comme des associés, même s'ils n'en étaient pas réellement³².

Dans un autre cas, la Cour suprême a tranché qu'un notaire qui donne l'apparence d'être un associé, même s'il ne l'est pas réellement, ne peut éviter sa responsabilité à ce titre face à un client. Ceci est vrai dans le cas où, par exemple, ce client est justifié de croire en l'existence d'une société du fait que le nom des deux notaires apparaissait dans la publicité, sur la porte du bureau, sur le papier à lettres ainsi que sur les états de compte comme s'ils faisaient affaire ensemble en société réelle, alors que, dans les faits, l'entente entre les deux notaires consistaient en une « société nominale ou de dépenses » (« nominal partners »)³³.

31. Voir le paragraphe 54 dans l'affaire *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6 qui se lit comme suit : « Les parties se sont présentées publiquement comme des associés : l'enseigne, la déclaration d'immatriculation [...], l'inscription à l'annuaire téléphonique et le premier contrat signé avec Sweeney en témoignent. Elles auraient pu engager leurs responsabilités à l'endroit des tiers, mais ce n'est pas la question en litige. »

32. *Baron c. Archambault*, (1901) 19 C.S. 1.

33. *Pérodeau c. Hamill*, [1925] R.C.S. 289 ; voir aussi *Millen c. Smith*, (1922) 32 B.R. 492, où une personne qui laisse au public l'impression qu'elle est associée avec (à suivre...)

Plus récemment, trois avocats exerçaient leur profession en « société nominale ou de dépenses » sous la raison sociale « Beauchamp, Goulet, Beauvais, avocats ». La preuve était claire qu'ils n'avaient jamais été de véritables associés et n'avaient jamais formé une société réelle. Chacun avait ses propres clients et conservait la totalité des honoraires générés par ceux-ci. Les clients étaient facturés de façon individuelle par chaque avocat. Chaque avocat détenait son propre compte en fidéicommiss. Ces professionnels avaient tout simplement convenu entre eux de partager certaines dépenses et certains services généraux (par exemple, le coût du téléphone). Le juge conclut, relativement à cette affaire, qu'en l'absence de partage des profits et d'intention de former une société au sens de l'article 2186 C.c.Q., le contrat liant les parties n'était pas un contrat de société mais un contrat innommé. Toutefois, comme ils avaient convenu de rédiger toutes leurs procédures judiciaires sous un nom commun, la Cour en a conclu qu'ils étaient responsables comme s'ils étaient des associés face à une poursuite du client d'un des trois, en se fondant sur l'application de l'article 2222 C.c.Q. ainsi que sur les règles du mandat³⁴.

Il faut convenir que la situation de la société apparente est très particulière. Il s'agit d'un des seuls cas permettant de conclure à l'application des articles du Code civil propres à la société de personnes alors que les conditions de formation énoncées à l'article 2186 C.c.Q. ne sont pas réunies.

II. QUELQUES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION

A. L'intention et le consentement

La société est de nature contractuelle. Le contrat de société revêt un caractère privé³⁵. Les dispositions du *Code civil du Québec* applicables à tout contrat s'appliquent au contrat de société. En ce sens, le contrat de société doit respecter les conditions de validité des contrats³⁶, l'absence d'une de ces conditions entraînant l'inexis-

(...suite)

une autre (en l'exprimant verbalement et en exhibant sa carte d'affaires portant les deux noms), même si elle ne l'est pas réellement, a été déclarée responsable de la même façon qu'un associé.

34. *Bélisle-Heurtel c. Tardif*, *supra*, note 17.

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

36. Art. 1377 à 1456 C.c.Q.

tence ou la nullité du contrat. Parmi ces conditions, les associés doivent donner légalement leur consentement, ce dernier pouvant se manifester de manière expresse ou implicite. Comme nous l'avons vu précédemment, pour la formation d'un contrat de société sous l'article 2186 C.c.Q., en plus d'un « échange de consentement » ou « accord de volontés » (nécessaire pour former un contrat), il faut être en présence d'un « esprit de collaboration » ou d'une « intention de former une société » qui anime les associés et qui fait en sorte que les intérêts collectifs priment sur les intérêts individuels.

On pourrait être tenté de confondre ces notions de « volonté », « intention » et « consentement ». La consultation du dictionnaire juridique de Hubert Reid confirme qu'il est difficile de les distinguer :

Consentement :

Accord de deux ou plusieurs volontés en vue de la conclusion d'un acte juridique. Ex. Le consentement des parties au contrat.

[...]

Consentement exprès : Manifestation explicite du consentement à un acte juridique qui s'exprime par des paroles, des gestes ou des écrits.

[...]

Consentement tacite : Manifestation du consentement d'une partie à un acte juridique qui s'infère de son comportement, de sa conduite ou de gestes qu'elle a posés.

Intention :

1.

But poursuivi, volonté.

Ex. L'intention des parties à un contrat, l'intention du législateur.

[...].

Volonté :

1. [...]

2. Fait de vouloir, expression par une personne de sa détermination à prendre une décision. Elle constitue un élément essentiel à la formation d'un contrat.

Ex. L'accord des volontés dans un contrat.

[...] ³⁷

Chacun de ces concepts réfère en quelque sorte à la notion de volonté : d'une part, la volonté de s'obliger comme partie à un contrat de société et à toutes ses composantes essentielles et, d'autre part, la volonté de former une société en fournissant un apport, en partageant les profits (pertes) tout en collaborant et en exerçant une activité ensemble. La distinction est là, bien que subtile, et peut être déterminante quant au choix et au fondement des recours à être exercés par les parties ou quant aux droits des parties face à leurs réclamations.

Ainsi, en l'absence d'un consentement à adhérer au contrat de société, il faut conclure à l'absence de contrat. Dans *Meloche c. Meloche-Wall*, le juge de première instance confirme qu'une preuve contradictoire quant à la rencontre des volontés est suffisante pour conclure à l'absence d'entente ³⁸. Il a été décidé que le demandeur n'a pas prouvé l'existence d'une entente en vue de former une société. De plus, il n'existait aucun élément constitutif d'une société et il n'y avait pas d'esprit de collaboration entre les parties. En appel, cette décision a été confirmée ³⁹.

Dans une autre affaire, le tribunal soutient qu'il ne peut conclure qu'un contrat de société est intervenu entre les parties car les conditions nécessaires à la formation d'un contrat énoncées à l'article 1385 C.c.Q. n'étaient pas réunies. Il n'y avait pas rencontre des volontés respectives sur la fourniture des apports alors que ce dernier constitue un élément essentiel du contrat de société. Le juge en arrive donc à la conclusion que les parties dans ce cas sont en présence d'un pré-contrat, en l'absence de consentement, puisque l'entente n'avait pas été finalisée ⁴⁰. Voilà un exemple de situation où

37. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 120, 302 et 576.

38. *Meloche c. Meloche-Wall*, *supra*, note 6. Il est intéressant de noter que dans ce dossier, il semble que la Cour a été influencée par le fait que le demandeur ait invoqué l'argument de l'existence d'une société en participation *a posteriori*, très tardivement après le décès de sa mère, c'est-à-dire après que toutes les autres tentatives de monsieur Meloche eurent échoué.

39. *Supra*, note 6.

40. *Ruel c. Pitl*, EYB 2007-124864 (C.S.). Dans *S.(J) c. A. (A.)*, EYB 2007-124429 (C.S.), un (ex) concubin demande le partage d'une société tacite. À l'appui de sa
(à suivre...)

un juge conclut à l'absence d'un contrat (vu l'absence de consentement) tout autant qu'à l'absence d'un contrat de société (vu l'absence d'entente quant à l'apport).

Également, dans *Bernier-Chabot c. Montminy*, le juge Pierre Labbé de la Cour du Québec mentionne que la convention écrite soumise par les parties est un avant-contrat qui trace les balises de la société à être formée entre les parties sous une forme corporative⁴¹. Ainsi, elle doit être interprétée comme une mise en place des éléments futurs constitutifs de la société mais non encore réunis. On ne trouvait pas dans ses dispositions la volonté des parties d'exercer, comme objet de la société, une activité qui était dans ce cas l'exploitation d'une ferme bovine.

On pourrait être tenté de prétendre qu'en présence d'un contrat de société écrit, tout devient limpide et que la preuve devant le tribunal tant du consentement que de l'intention s'en trouve facilitée. Un principe qui a toujours été reconnu en droit des sociétés et qui a été rappelé dans l'affaire *Gingras*⁴², est que lorsqu'un contrat de société a été librement et volontairement conclu par les parties, dès lors il constitue la loi des parties et rien ne justifie que l'on y déroge, sauf pour des raisons d'ordre public.

Qu'en est-il cependant de la clause suivante : « Les parties au présent contrat sont liées par les clauses qui en font partie et s'entendent pour ne pas former une société entre elles » ? Que faut-il en comprendre ? De prime abord, il pourrait être tentant de conclure que les parties ont donné leur consentement à ce contrat, mais que vu leur absence d'intention de former une société, elles forment entre elles un autre type de contrat qu'un contrat de société. En effet, leur consentement est clair et leur intention aussi. Toutefois, il n'en est rien. Selon l'article 1425 C.c.Q., la qualification que les parties donnent à leur convention ne suffit pas en soi pour déterminer d'une manière définitive la nature de leur convention. Les tribunaux exercent une certaine discrétion dans l'appréciation qu'ils ont à faire⁴³. Le contrat de société n'est pas le seul contrat à subir

(...suite)

demande, il soumet un document pour soutenir qu'il s'agissait de la confirmation d'une société tacite intervenue entre les parties. Il a été décidé que ce document n'était qu'un projet que les parties avaient l'intention de formaliser par un véritable contrat notarié et qu'il ne constituait pas un contrat entre les parties.

41. *Supra*, note 6.

42. *Gingras c. Prud'homme*, [1997] R.J.Q. 664, 669 (C.S.).

43. *Reid c. McFarlane*, (1893) 2 B.R. 130 ; *Bourboin c. Savard*, *supra*, note 5.

l'application de ce principe. Il en est ainsi aussi pour le contrat d'emploi, par exemple, tant en droit civil qu'en droit fiscal.

Il faut donc s'assurer de la présence des éléments essentiels à la formation de la société tant dans les écrits que dans les faits. Il est important non seulement de bien qualifier le contrat, mais aussi et surtout de s'assurer que les activités exercées correspondent à la qualification donnée. Par exemple, même si l'on qualifie le contrat de « convention de partage des dépenses » ou encore de « société de dépenses » et que, dans les faits, l'on forme véritablement une société, un tribunal pourrait conclure à l'existence d'une société avec toutes les conséquences qui en découlent, si les éléments essentiels sont réunis⁴⁴.

B. L'intention et la collaboration

Selon nous, l'esprit de collaboration, l'intention de former une société et l'*affectio societatis* sont des synonymes. Toutefois, quelques nuances doivent être apportées.

L'affaire *Lauzon (Thurso) Ressources forestières inc.* apporte une distinction intéressante entre l'intention et la collaboration⁴⁵. Il est clairement démontré à la lecture des faits dans cette affaire qu'une bonne collaboration a toujours existé entre les parties. La confiance est omniprésente dans leur relation. Il régnait un contexte de collaboration et de bonne entente. Ainsi, la preuve de la collaboration entre les parties ne faisait pas de doute. Pourtant, le tribunal, approuvé sur ces points par la Cour d'appel, conclut à l'absence de contrat de société considérant l'absence d'intention de former une société au motif que « [l]a collaboration et l'entraide entre les parties ne permettent pas non plus de conclure automatiquement à l'intention des parties de former une telle société »⁴⁶.

Il en est de même lors de la qualification de la nature juridique de la « société nominale ou de dépenses ». Il y a souvent collaboration entre associés nominaux. Toutefois, cette collaboration, moins

44. *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6 ; *Reid c. McFarlane*, *supra*, note 43 ; *Dufort c. Dufresne*, [1923] R.C.S. 126 ; *Pinsky c. Poitras*, (1937) 44 R. de J. 63.

45. *Lauzon (Thurso) Ressources forestières inc. c. Electro Mécanique Waters inc.*, *supra*, note 16.

46. Il semble aussi que le juge ait été influencé par le fait que l'argument de qualification de contrat de société a été invoqué tardivement. En effet, c'est lors de la plaidoirie de l'avocat de la demanderesse que celui-ci a soulevé l'argument.

importante que celle qui doit être trouvée dans le cas d'un contrat de société, est insuffisante pour établir l'intention requise pour former un contrat de société⁴⁷.

Par contre, il peut être dangereux de vouloir opposer ces deux concepts l'un à l'autre. Dans la décision rendue dans l'affaire *Bertrand c. Action Ford ltée*, on trouve le passage suivant :

Bien que l'entente entre Auto Leasing et Action Ford puisse paraître, selon la preuve, être innommée à première vue, le Tribunal préfère y déceler, dans le contexte particulier de la présente affaire, une aventure commune que la jurisprudence, dans certains cas (référence ici à *Entreprise Pro-Sag* et *Construction Wendover*), traite par déduction comme une société en participation établie, sans écrit et de façon tacite, pour une fin bien circonscrite. Dans un tel cas, l'intention de s'associer, au sens stricte, n'est pas nécessaire en autant que soit démontré un esprit de collaboration entre les personnes impliquées (référence ici à *Truong*).⁴⁸

Dans cette dernière affaire, le tribunal semble faire allusion, lorsqu'il parle de l'intention de s'associer « au sens strict », au consentement exprès ou même implicite des associés de former une société, lequel n'est pas nécessaire pour constituer une société en participation. Nous ne voudrions pas lui donner une interprétation qui n'avait pas été envisagée par le juge mais il semble que celle-ci soit la plus probable.

Finalement, il est vrai que l'intention et la collaboration doivent être distinguées en certaines circonstances. En effet, la collaboration et l'esprit de collaboration ne peuvent être assimilés. Le salarié peut apporter une importante collaboration dans son travail sans pourtant que règne un esprit de collaboration au sens de l'article 2186 C.c.Q. C'est « l'intention de s'associer » qui doit être assimilée à « l'esprit de collaboration ». Par ailleurs, pour éviter toute confusion, l'ajout des mots « au sens strict » à l'intention de s'associer pour la distinguer de l'esprit de collaboration ne devrait pas être encouragé.

C. L'appréciation de la preuve par le tribunal

Dans l'arrêt *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, la Cour suprême du Canada énonce en ces mots le rôle du tribunal dans l'appréciation de la preuve : « [Il faut] rechercher, pour s'assurer qu'il y a

47. Voir Michelle THÉRIALULT et Danielle CÔTÉ, *supra*, note 3, 530 et 531.

48. *Supra*, note 4.

affectio societatis, s'il résulte des faits qu'il y a un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place au doute »⁴⁹. Or, la preuve est souvent contradictoire en ce qui concerne l'intention, surtout lorsqu'il s'agit de reconnaître l'existence d'une société *a posteriori*. On nage en eaux troubles et il peut être périlleux dans ces cas pour un tribunal de départager les témoignages contradictoires.

Dans *Lauzon (Thurso) Ressources forestières inc. c. Électro Mécanique Waters inc.*⁵⁰, la Cour supérieure, qui devait décider si l'entente verbale consistait en un contrat de société au sens de l'article 2186 C.c.Q. ou un contrat d'entreprise ou de services au sens de l'article 2098 C.c.Q., statue que la preuve prépondérante démontre qu'il n'existe pas entre les parties d'intention commune de conclure un contrat de société en participation. Elle conclut que les éléments de contestation apportés par la partie défenderesse priment l'argument de la partie demanderesse. Ainsi, le tribunal ne peut conclure à l'intention commune des parties de former une société. Ce jugement a été confirmé en appel. Il a été décidé que le juge de première instance se devait de choisir entre les versions contradictoires des parties et qu'il a choisi de retenir celle du défendeur fondée sur plusieurs faits, entre autres la facturation pour les services rendus, qui confirmait davantage la thèse du contrat d'entreprise. Sous la plume des juges Hilton, Vézina et Dufresne, la Cour s'exprime en ces mots : « En définitive, il s'agit uniquement de questions de fait, d'inférences de fait et de crédibilité, la Cour ne saurait intervenir à moins d'erreur manifeste et déterminante. On ne nous en a pas démontrée »⁵¹.

Une autre importante décision de la Cour d'appel en matière de coentreprise (*joint venture*) nous rappelle également que pour conclure à l'existence d'une société, le tribunal doit être convaincu que son existence est plus probable que son inexistence. Dans ce jugement opposant *Transport André Leroux inc.* à *Symbiose Consultants inc.*, le juge Dalphond se montre parcimonieux à cet égard :

En somme, si la preuve faite en première instance pouvait laisser place à la simple *possibilité* qu'une société tacite s'était formée entre les parties, la même preuve était nettement insuffisante pour élever

49. *Supra*, note 19, 16.

50. *Supra*, note 16.

51. *Ibid.*, par. 12.

cette possibilité au niveau requis et permettre de conclure, selon les termes de l'article 2804 C.c.Q., que l'existence de cette société tacite était plus probable que son inexistence. On ne peut certainement pas soutenir qu'il se dégageait de cette preuve, selon l'expression citée dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, « un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse ». Le jugement entrepris était entaché d'une erreur sur le degré de preuve que devait satisfaire l'intimé pour établir l'existence d'une coentreprise ; il doit donc être réformé sur ce point et l'intimée ne peut revendiquer une participation aux profits résultant du contrat de réhabilitation.⁵²

Dans cette affaire, la principale question en litige portait sur la qualification de l'entente intervenue entre les parties. Le juge Dalphond constate que la preuve au dossier de première instance était fort partagée et que, se fondant sur les faits et gestes mis en preuve, le tribunal se devait de conclure à la formation d'un contrat de services (donnant droit au paiement des services rendus) plutôt qu'à celui d'un contrat de société (donnant droit au partage des profits) ; plusieurs témoins ont nié avoir eu vent d'un quelconque projet de société, il n'a jamais été question d'un partage des pertes, la transmission d'un état des profits et pertes ne pouvait à elle seule établir l'existence entre les parties d'une *affectio societatis* et, enfin, des documents mentionnent qu'une des parties a agi comme consultante.

Enfin, dans l'affaire *Truong*⁵³, la Cour d'appel est intervenue car il s'agissait à son avis d'une erreur révisable de la part du juge de première instance de conclure à l'absence de société alors que les faits (prouvés par témoignages et par preuve documentaire) démontraient clairement son existence. Selon la Cour, plusieurs indices confirmaient une volonté commune d'exploiter une activité en commun : les parties affirmaient être en société, agissaient de concert, mettaient en commun des ressources et partageaient les revenus. Il faut donc retenir que l'existence d'une société en participation, qui peut résulter de faits manifestes, peut être établie par la conjugaison informelle des éléments essentiels au contrat de société.

D. L'impact du dépôt d'une déclaration d'immatriculation

On pourrait penser que la production de la déclaration d'immatriculation est le geste par excellence à accomplir pour démontrer

52. *Transport André Leroux inc. c. Symbiose Consultants inc.*, *supra*, note 20, par. 13.

53. *Truong c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, *supra*, note 6.

tant la volonté de faire partie d'un contrat de société que la volonté de former une société.

Dans l'affaire *Bernier-Chabot c. Montminy*⁵⁴, la Cour devait se prononcer sur la difficile question de la nature juridique d'une convention signée intitulée « Convention d'achat et d'association ». S'agissait-il d'une association projetée à être exploitée sous la forme corporative qui n'a pas vu le jour ou d'une association projetée qui a véritablement existé entre les parties sous la forme d'une société ? Dans ce dossier, il fut mis en preuve qu'une déclaration d'immatriculation avait été déposée pour une société en nom collectif dont l'activité indiquée consistait en l'exploitation d'une ferme bovine. Selon le défendeur, cette déclaration confirmait l'existence de la société alors que selon le demandeur, il s'agissait de protéger tout simplement le nom qu'utiliserait la compagnie. Monsieur le juge Pierre Labbé décide qu'il s'agit d'un simple avant-contrat, l'immatriculation au registre des entreprises ne constituant pas dans ce cas un acte confirmant la formation d'une société en nom collectif.

Par ailleurs, dans l'affaire *Audet, Daigle, Daoust & Associés*⁵⁵, le juge Mercure a décidé qu'un contrat de société avait été formé entre les parties. Selon lui, il était clair que le consentement de chacun des associés ressortait clairement de la preuve, entre autres grâce à la production de la déclaration d'immatriculation qui avait été déposée au dossier. Ici, l'immatriculation de la société a constitué un acte confirmant la formation d'une société en nom collectif.

Le dépôt d'une déclaration d'immatriculation auprès du Registraire des entreprises, celui qui est obligatoire pour la société en nom collectif, la société en nom collectif à responsabilité limitée et la société en commandite ou celui qui peut être fait volontairement pour la société en participation, peut constituer un élément parmi d'autres qui doit être pris en considération pour tenter d'établir l'intention de former une société entre associés. Même si ce seul geste pourrait difficilement s'avérer déterminant en soi, il peut aider à l'établir.

CONCLUSION

En application de l'article 2186 C.c.Q., toute société, qu'elle soit en nom collectif, en commandite ou en participation, se forme

54. *Supra*, note 6.

55. *Audet, Daigle, Daoust & Associés c. Lessard et Doyon, supra*, note 29.

au moyen de la réunion des quatre éléments suivants, en plus du contrat : apports, partage des profits (pertes), esprit de collaboration et exercice d'une activité.

La recherche de l'esprit de collaboration ou de l'intention des parties de former une société n'est pas une mince affaire. Pourtant, elle représente souvent le cœur de l'établissement d'une société car « [l']*affectio societatis* est souvent le critère qui permet de distinguer le contrat de société d'autres modes d'association, en apparence, ressemblants »⁵⁶. Par ailleurs, il ne faut pas comprendre qu'il s'agit du seul critère. Faire la lumière sur la véritable intention des parties quant à la nature de leur convention relève d'une tâche des plus ardues, représentant un grand défi, surtout en présence d'une preuve (et surtout de témoignages) contradictoire, aussi difficile, à notre avis, que celle de distinguer le contrat d'emploi du contrat d'entreprise.

En ce qui concerne plus particulièrement le contrat de société en participation, il va sans dire qu'il peut être écrit ou verbal et il en est de même pour toute espèce de société. Ensuite, en l'absence de volontés même implicites, il peut résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer. Il s'agit d'une exception au principe que la société se forme par la rencontre des volontés. En effet, le contrat de société en participation peut se former en l'absence de volonté. Le contrat de société en participation, lorsque vu comme une société tacite créée de faits, peut être déduit du comportement des présumés associés.

Le devoir dans ce cas pour le tribunal est d'apprécier les faits afin de s'assurer qu'ils constituent une intention de s'associer (en remplacement du consentement ou accord des volontés) ainsi que de rechercher la preuve des autres éléments : apports, partage des profits et exercice d'une activité. Si tel est le sens à donner à la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 2250 C.c.Q., lequel reprend l'enseignement de la Cour suprême dans *Beaudouin-Daigneault*⁵⁷, cette dernière doit être révisée.

Pour toutes ces raisons, nous sommes d'avis que l'article 2250 C.c.Q. devrait être modifié. La première phrase devrait être retirée

56. *Cimon c. Arès*, *supra*, note 6, par. 51.

57. *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 19.

alors que la deuxième doit être reformulée. Le premier alinéa de l'article 2250 C.c.Q. pourrait se lire ainsi (en remplacement de celui en vigueur actuellement) :

Le contrat de société en participation peut résulter, en l'absence de la volonté expresse ou tacite des parties, de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer.

Exceptionnellement, un tribunal peut conclure à l'existence d'une société dite apparente, et de là être autorisé à procéder à l'application des articles du Code civil propres à la société, sans avoir à entendre la preuve de l'intention de former une société ni aucun autre des éléments essentiels à sa formation. Il s'agit du seul cas où l'article 2186 C.c.Q. peut être écarté pour établir la formation d'une société : lorsqu'un tiers prétend à l'existence d'une société en faisant la preuve que des personnes ont donné des raisons de croire qu'elles étaient des associés (alors qu'elles ne l'étaient pas) et qu'elles formaient une société apparente par le jeu des articles 2222 et 2164 C.c.Q.

En ce qui concerne la recherche de l'esprit de collaboration par le tribunal, une aide précieuse consiste à se rappeler que, pour établir l'existence d'une société, la preuve doit être plus probable quant à l'existence de la société qu'à son inexistence, ce qui permettra de trancher dans les situations plus délicates et complexes. Selon les lignes directrices soumises par la Cour d'appel récemment, il est clair que dans de telles circonstances cette dernière n'aura aucun motif pour intervenir.

En ce qui concerne plus particulièrement les parties, ainsi que leurs avocats et notaires, le meilleur conseil à donner se situe sur le plan de la prévention. Il est primordial de prendre le temps de discuter des volontés de chacun et de s'assurer de les mettre par écrit, le plus clairement possible, en se posant toutes les questions pertinentes avant la conclusion du contrat. La plus importante question étant : quelle est la forme juridique souhaitée du regroupement et quelles sont les conséquences juridiques de ce choix ? Que d'heures, d'énergie seraient épargnées et de conflits évités et ce, pour le bénéfice de tous.

Par ailleurs, un contrat écrit comportant une clause claire d'intention n'est pas suffisant. Il est primordial de s'assurer aussi que les parties agissent réellement de la manière entendue. La cohérence est vivement de mise. Malgré que les parties aient pris le temps de discuter de leurs intentions entre elles et avec leurs conseillers juridiques et possiblement de les mettre par écrit, le tribunal peut, malgré tout, intervenir advenant un litige pour faire la lumière sur les intentions véritables des associés ou prétendus associés. Si les comportements ne concordent pas avec les écrits, les parties risquent d'être confrontées à une réalité tout autre que celle souhaitée. Les clients sont en droit de recevoir toutes les informations pertinentes, ainsi que les explications qui les accompagnent, quant aux implications légales de leurs décisions.