



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Les fictions en droit civil

Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :
de la fiction de la personnalité juridique au
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :
quelle place pour la fiction biologique à l'aube
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganière

L'erreur (manifeste et déterminante)
est humaine

Shana Chaffai-Parent

Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :
matières à fiction?

Jean-Claude Gémard



Les sociétés contractuelles : de la fiction de la personnalité juridique au débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin LEHAIRE*

**Partnerships: From the Legal Fiction of Juridical Personality
to the Debate on Patrimony by Appropriation**

**Sociedades contractuales: de la ficción de la personalidad jurídica
al debate sobre el patrimonio de afectación**

**As sociedades contratuais: da ficção da personalidade jurídica
no debate sobre o patrimônio de afetação**

合伙公司：从法律人格拟制到关于目的性财产的争论

Résumé

La question de la personnalité juridique des sociétés de personnes est au centre des débats depuis la réforme du Code civil de 1994. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, certains voyaient dans l'article 1899 la preuve que le législateur reconnaissait implicitement la personnalité morale des sociétés contractuelles puisqu'il

Abstract

The issue of the partnership's juridical personality has been one of the most debated questions in Quebec's civil law since the new Civil Code came into force in 1994. During the era of the *Civil Code of Lower Canada*, some had inferred from Article 1899 that the legislator had implicitly intended to recognize the legal

* Professeur agrégé, Université TÉLUQ. Cet article a d'abord pris la forme d'une conférence à la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil de l'Université de Montréal, le 4 février 2021, Conférence du cycle « Les fictions, réalité incontournable du droit civil » : *Les personnes fictives*. Comme la recherche a été menée en vue d'une communication, le lecteur voudra bien nous pardonner la présentation synthétique du sujet. Je remercie la professeure Élise Charpentier, directrice de la revue, pour ses commentaires sur la première version du texte. Il demeure que les opinions exprimées dans ce texte sont les miennes.

y faisait référence aux « biens de la société ». Ainsi, la société de personnes était nécessairement une personne morale puisqu'elle était titulaire d'un patrimoine selon la théorie de la réalité. Nous proposons dans cette étude de revenir sur l'article 1899 C.c.B.-C. pour mieux le mettre en contexte et ainsi rendre compte de l'évolution du débat doctrinal depuis la réforme du Code civil et la création d'un patrimoine d'affectation par l'article 2 C.c.Q. Ainsi, nous verrons que la célèbre décision *Immeubles Allard* consacrait en réalité une interprétation contractuelle de la société de personnes dans la philosophie de l'ancien droit mais aussi que l'article 1899 avait une portée limitée à la phase de dissolution de la société. Ceci dit, nous présentons le débat doctrinal renouvelé par le Code civil de 1994 et l'introduction du patrimoine d'affectation qui a mis un terme au débat sur la fiction de la personnalité juridique des sociétés contractuelles en mettant de côté l'encombrante théorie unitaire du patrimoine. Dès lors, un consensus sur le fait que la société de personnes crée un patrimoine d'affectation non autonome est possible.

Resumen

La cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades de personas ha estado en el centro de los debates desde la reforma del Código Civil de 1994. Durante la vigencia del Código Civil del Bajo Canadá, algunos vieron en el artículo 1899 una prueba de que el legislador reconocía implícitamente la personalidad jurídica de las sociedades contractuales porque hacía referencia a los « bienes de la socie-

personality of partnerships, given that reference was made to “the property of the partnership”. Thus, the partnership was a legal person and holder of patrimony according to the realist theory. This study revisits Article 1899 CCLC to better situate it within its historical context so as to be able to fully appreciate the evolution of the doctrinal debate that has occurred since the adoption of the new Civil Code and the creation of patrimony by appropriation pursuant to Article 2 CCQ. Hence, it will be demonstrated that the well-known decision *Immeubles Allard* was in fact a contractual interpretation of partnerships in line with the philosophy that underpinned the CCLC. Also, it will be shown that Article 1899 CCLC was only applicable during the dissolution phase of the partnership. Moreover, we shall present the doctrinal debate asreignited by the enactment of the *Civil Code of Quebec* and its introduction of patrimony by appropriation. This brought an end to the debate surrounding the legal fiction of juridical personality that is granted to partnerships, while eliminating the unwieldy unitary conception of patrimony. It is henceforth possible to reach a consensus on the fact that a partnership creates a patrimony by appropriation that is not autonomous.

Resumo

A questão da personalidade jurídica das sociedades de pessoas está no centro dos debates desde a reforma do Código Civil de 1994. Na vigência do Código Civil do Baixo-Canadá, alguns viam no artigo 1899 a prova de que o legislador reconheceu implicitamente a personalidade jurídica das sociedades contratuais já que ele fazia referência aos « bens da sociedade ». Assim, a sociedade de pessoas era neces-

dad». Así, la sociedad de personas era necesariamente una persona jurídica ya que era dueña de un patrimonio según la teoría de la realidad. Proponemos en este estudio retomar el artículo 1899 del Código Civil del Bajo Canadá para contextualizarlo mejor y así contar la evolución del debate doctrinal desde la reforma del Código Civil y la creación de un patrimonio de afectación en virtud del artículo 2 del Código Civil de Quebec. De esta manera, veremos que la famosa decisión de *Immeubles Allard* consagró en realidad una interpretación contractual de la sociedad de personas dentro de la filosofía del derecho antiguo, pero también que el artículo 1899 tenía un alcance limitado en la fase de disolución de la sociedad. Dicho esto, presentaremos el debate doctrinal renovado por el Código Civil de 1994 y la introducción del patrimonio de afectación que puso fin al debate sobre la ficción de la personalidad jurídica de las sociedades contractuales haciendo a un lado la engorrosa teoría unitaria del patrimonio. Por tanto, es posible un consenso sobre el hecho de que la sociedad de personas crea un patrimonio de afectación no autónomo.

sariamente uma pessoa jurídica já que ela era titular de um patrimônio segundo a teoria da realidade. Neste estudo, nós nos propomos voltar ao artigo 1899 do C.C.B.-C. para melhorar a contextualização e assim resumir a evolução do debate doutrinário desde a reforma do Código Civil e a criação de um patrimônio de afetação pelo artigo 2.º do C.C.Q. Assim, veremos que a célebre decisão sobre os *Immeubles Allard* tratava na realidade de uma interpretação contratual da sociedade de pessoas na filosofia do antigo direito mas também que o artigo 1899 tinha uma abrangência limitada à fase de dissolução da sociedade. Isto posto, apresentaremos o debate doutrinário renovado pelo Código Civil de 1994 e a introdução do patrimônio de afetação que colocou fim ao debate sobre a ficção da personalidade jurídica das sociedades contratuais ao pôr de lado a incômoda teoria unitária do patrimônio. Desde então, é possível um consenso sobre o fato que a sociedade de pessoas cria um patrimônio de afetação que não é autônomo.

摘要

人合公司的法律人格问题是1994年《民法典》改革以来备受争论的问题。在《下加拿大民法典》时期，一些人认为，第1899条表明立法者默认了合伙公司的法人人格，因为其使用了“公司财产”这样的字眼；所以，人合公司必然是一个法人，因为根据现实理论，它是财产所有人。本文中，我们建议回到《下加拿大民法典》第1899条，以便更好地将这个问题置于其立法背景，进而说明《民法典》改革以及《魁北克民法典》第2条创设“目的性财产”以来这一学术争论的沿革。为此，我们将看到，著名的Immeubles Allard案的判决实际上是根据旧法的理论对人合公司作出的合同解释，只不过第1899条对公司解散阶段的适用有限。也就是说，我们将介绍因1994年《民法典》重新引起的法理争议，以及其引入目的性财产概念摒弃了狭隘的一元财产理论，终结了关于合伙公司法律人格拟制的争论。自此，人合公司可设立非独立的目的性财产成为共识。

Plan de l'article

Introduction	687
I. La société de personnes : un contrat mais pas de personnalité juridique	690
II. L'article 1899 C.c.B.-C. : la pomme de discorde de l'ancien droit commercial	692
III. La contextualisation de l'article 1899 C.c.B.-C.	693
IV. Le patrimoine d'affectation : la mort de la personne morale comme fiction pour les sociétés de personnes	696
A. Le patrimoine d'affectation ou la division du patrimoine.....	696
B. La société de personnes : un patrimoine d'affectation non-autonome.....	699
C. Le régime juridique applicable aux biens affectés à la société de personnes	701
Conclusion	703

Les libéraux du XIX^e siècle pensaient que le domaine de l'économie ne relevait pas de l'État. Ils avaient tort comme l'expliqua l'un des fondateurs du néo-libéralisme Walter Lippmann: «L'individualiste irréductible restait libre de s'imaginer que dans la vie économique il ne dépendait que de Dieu et de sa propre volonté. Mais en fait il était une personne juridique soumise au droit en vigueur à son époque. Car, comme l'a dit Ernest Barker: "Ce n'est pas le Moi naturel qui est en justice. C'est une personne possédant des droits et des obligations, créés par la loi, qui comparait devant la loi."»¹ De cette façon, on peut définir la personnalité juridique: une personne fictive différente de l'être naturel sur lequel elle repose et à qui elle donne une existence juridique. Dans notre droit, si cette existence juridique est claire pour la personne physique et la société par actions, les sociétés contractuelles ont soulevé bon nombre de questions.

En droit, la personne fictive évoque la personne morale et, sans doute juste après, la notion plus générale de personnalité juridique. La personne morale est cette personne fictive² titulaire, par l'effet de la loi, de la personnalité juridique définie communément comme la titularité d'un patrimoine et la capacité d'ester en justice³. La notion ne fait plus débat: une personne morale est titulaire de la personnalité juridique⁴. Mais il faut être conscient que cet acquis du droit contemporain fut l'objet de débats passionnés au siècle dernier, notamment en droit français. Bon nombre de théories venaient justifier ou écarter la pertinence de la personne morale. Le livre de Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, publié d'abord en 1906 et republié en 2020, relate ces débats⁵. La diversité des opinions doctrinales entourant la personnalité morale est frappante. On peut s'interroger sur les raisons d'être de ce débat, dont la complexité est susceptible de déconcerter les juristes d'aujourd'hui tant pour nous la chose est entendue.

¹ Walter LIPPMANN, *Inquiry into the Principles of the Good Society*, Boston, Little, Brown & Company, 1937; trad. par Georges Blumberg, *La cité libre*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 244.

² Pour René Savatier, la personne morale n'est pas une fiction mais une réalité, une abstraction. La fiction renvoie à un mensonge juridique pour les besoins de la technique, voir René SAVATIER, *Droit des affaires*, Paris, Sirey, 1961, p. 77.

³ Jean PAILLUSSEAU, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale? », *La semaine juridique – entreprise et affaires*, 9 mai 2019, n° 19, p. 9, par. 1 et 2.

⁴ Art. 2, 4 et 2188, al. 2 C.c.Q.

⁵ Léon MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* [1906], Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020.

Au Québec, le *Rapport sur le Code civil du Québec* de 1977 faisait mention, dans le volume II, de la personne morale⁶ sans plus de commentaires. Il reprend l'article 352 C.c.B.-C. lequel traitait de « corporation légalement constituée » formant une « personne fictive ou morale », « capable de certains droits et sujette à certaines obligations ». De nos jours, le *Code civil du Québec* mentionne que « [l]es personnes morales ont la personnalité juridique » (art. 298) dans son titre cinquième, « Des personnes morales », à son chapitre premier, « De la personnalité juridique ».

Cependant, la personnalité juridique ne fait pas l'objet d'une définition claire dans le *Code civil du Québec*. Dans le Livre 1, « Des personnes », il est fait mention des « droits de la personnalité » (titre deuxième), de « l'état des personnes » (titre troisième) ou encore de « la capacité des personnes » (titre quatrième). Il n'existe donc pas de définition commune de la personnalité juridique pour les personnes physiques et les personnes morales, mais un régime juridique commun.

Les codificateurs ont clairement fait apparaître dans le plan du Code civil que la personne morale est titulaire de la personnalité juridique. La remarque est importante tant l'attribution de la personnalité juridique à une personne non humaine par notre droit a pu être longtemps débattue⁷. De nos jours, c'est plutôt sous l'aspect de la titularité de certains droits et obligations que la question se pose. Le débat théorique a laissé place à un débat technique.

D'illustres civilistes se sont prononcés sur la personne morale. Par exemple, pour Savatier la personne morale était le sujet de droit et il incluait ainsi la famille dans la catégorie des personnes morales⁸. Il ajoutait :

[...] la personnalité [civile] s'atteste par l'existence d'*organes*. Car, pour qu'une collectivité soit juridiquement représentée et puisse agir comme telle, il ne suffit pas qu'elle soit simplement la bénéficiaire d'une affectation déterminée ;

⁶ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, commentaires, t. 1, livres 1 à 4, Québec, Éditeur officiel du Québec, p. 85.

⁷ Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démystifiée. Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1997.

⁸ René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Librairie Dalloz, 1952, p. 107 et 108.

si dans ce bénéfice, elle a, en outre, qualité pour être représentée et agir, c'est qu'elle possède des droits sur sa tête, c'est qu'elle est une personne morale. L'idée d'affectation est plus large que celle de personne morale.⁹

Nous reviendrons dans cette étude sur l'idée d'affectation qui a constitué la voie civiliste de la reconnaissance des fiducies au Québec, soit des patrimoines sans sujet. Mais relevons déjà que Savatier a raison de voir dans l'affectation un concept dépassant celui de la personne morale. On trouve également chez Savatier l'idée que l'entreprise, en tant qu'institution, comprise comme système hiérarchisé, est une personne morale, car sujette de droits¹⁰. C'est une compréhension de la personne morale plus large que celle consistant à attribuer, comme au Québec, la personne morale à une forme de société précise (la société par actions) puisqu'ici la personne morale est attribuée à l'entreprise dès lors qu'en tant qu'entité institutionnalisée, elle se voit titulaire de certains droits et obligations, par exemple en matière fiscale. En ce sens, la société contractuelle a été considérée en jurisprudence comme une personne morale¹¹, car certaines lois créent des conséquences fiscales selon qu'une société est une personne morale ou non¹².

Dans la perspective de Savatier, la société contractuelle serait donc une personne morale puisqu'elle constitue l'ossature d'une activité d'entreprise. Il demeure qu'aussi commode que peut paraître cette perspective, elle s'applique difficilement, car le débat jurisprudentiel et doctrinal au Québec démontre tout au contraire que l'affaire est loin d'être entendue.

En adoptant une approche que nous qualifierons de « contractuelle », la Cour d'appel du Québec, dans la décision *Immeubles Allard* de 1996¹³, a considéré que la société de personnes ou société contractuelle n'était pas une personne. Nous proposons de résumer les grands enseignements de

⁹ *Id.*, p. 117.

¹⁰ *Id.*, p. 88-89, par. 106.

¹¹ Par exemple : *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*, 2010 QCCA 719 ; *Polyclinique médicale Fabreville, s.e.c. c. Laval (Ville de)*, 2006 QCCS 3251 ; *J.I. Dunn et autres c. Elliot C. Wightman et autres*, [1995] n° AZ-95021630 (C.S.) ; *Urbain Lévesque et al. c. MFQ-Vie*, [1996] n° AZ-96021551 (C.S.).

¹² Voir aussi pour une revue de jurisprudence de 1994 à 2019 Charlaïne BOUCHARD, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit des entreprises », (2020) 122 *R. du N.* 101.

¹³ *Québec (Ville) c. La cie d'immeubles Allard ltée*, 1996 CanLII 5712 (QC CA).

cette décision majeure dans l'histoire du droit civil québécois de la façon suivante :

- L'existence d'un patrimoine implique la personnalité juridique : une personne, un patrimoine ;
- La société n'est qu'un contrat nommé. En ce sens, le mot « société » ne désigne pas une personne, mais une union entre des associés, seulement un contrat. D'où une approche que nous qualifions de contractuelle ;
- L'expression « les biens de la société » de l'ancien *Code civil du Bas-Canada* a un « sens descriptif ». Dans cet ordre d'idée, elle signifie que la société est mandataire des associés quand elle pose des actes administratifs.

Nous nous proposons dans cette étude de relire l'évolution de notre droit sur la question de la personnalité juridique des sociétés contractuelles en croisant au plan méthodologique le débat jurisprudentiel et le débat doctrinal. Selon cette démarche, nous mettons en lumière comment l'approche contractuelle de la société de personnes dans le Code civil a empêché la reconnaissance de la personnalité juridique de ces sociétés malgré la prépondérance de la théorie de la réalité (I). L'origine du débat se trouve dans l'article 1899 C.c.B.-C. devenu une pomme de discorde, car il fonde l'hypothèse de la personnalité juridique des sociétés de personnes dans l'ancien droit (II). Il convient donc de remettre cet article en contexte pour le relativiser (III) avant de traiter de l'innovation du patrimoine d'affectation pour mettre fin au débat sur la fiction de la personnalité morale de la société de personnes (IV).

I. La société de personnes : un contrat mais pas de personnalité juridique

Le contrat est l'acte fondateur des relations entre les associés ; il demeure indifférent à la question de la personnalité juridique et à celle du patrimoine. Seule la loi, autorisant la constitution d'une société par actions par un ou des fondateurs, permet la création d'une personne morale.

Il existe deux théories permettant de reconnaître la personnalité juridique des sociétés et ainsi un patrimoine propre. La théorie de la fiction rejoint le principe que nous venons de poser. Seules les sociétés par actions,

selon l'alinéa 2 de l'article 2188 C.c.Q., sont explicitement des personnes morales. Les sociétés en nom collectif¹⁴, en commandite ou en participation n'ont pas la personnalité juridique (art. 2188, al. 1 C.c.Q.). Pourtant, la jurisprudence a reconnu la personnalité juridique à des sociétés contractuelles (en nom collectif, en commandite ou en participation). Ce fut le courant majoritaire au XX^e siècle au Québec mais il fut renversé par la décision de la Cour d'appel *Immeubles Allard* en 1996. La question se pose donc de savoir pour quelles raisons des tribunaux ont accepté de reconnaître à une société contractuelle une personnalité juridique. La réponse se trouve dans la théorie de la réalité. Selon cette théorie, il est possible de déduire implicitement qu'une société contractuelle a une personnalité juridique. Par exemple, selon l'article 2225 C.c.Q., la société en nom collectif peut ester en justice. La capacité d'ester en justice est un attribut de la personnalité juridique. L'article 2199 C.c.Q. mentionne que l'apport en biens peut se faire en jouissance mais aussi par transfert de propriété. S'il y a un transfert de propriété, alors on peut en déduire un patrimoine de la société en nom collectif. La théorie de la réalité permet de prendre acte de ces éléments laissant implicitement penser que le législateur a voulu reconnaître la personnalité juridique aux sociétés contractuelles. L'expression « personnalité juridique imparfaite » est aussi utilisée pour qualifier cette personnalité juridique implicite dans les textes et dont les attributs sont partiels.

Nous touchons ici à un point sensible de l'histoire de notre droit quand la Cour d'appel, en 1996, balayait un siècle de jurisprudence consacrant une personnalité morale, même imparfaite, des sociétés contractuelles. Nous osons ici soutenir l'option choisie par la Cour d'appel sous l'égide du *Code civil du Bas-Canada* pour les raisons que nous mentionnerons ci-dessous. En effet, bien qu'en opposition frontale avec un courant jurisprudentiel majoritaire, et certainement discutable, cette décision illustre l'approche « contractuelle » comme thèse s'opposant à la personnalité morale des sociétés contractuelles. Selon nous, la Cour d'appel a voulu voir dans le contrat de société un simple contrat, incapable de créer une personnalité juridique. Avant 1994, contexte dans lequel s'inscrit cette décision rendue en 1996, mais sous l'égide de l'ancien code, il était difficile qu'il en soit autrement. Le Code civil établissait comment apparaissait la personnalité juridique des personnes morales et les sociétés par actions étaient régies par des lois

¹⁴ Sur la société en nom collectif, voir : Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1 Entrepreneurs et sociétés de personnes, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 497 et suiv.

particulières. Un contrat ne pouvait pas avoir une telle capacité créatrice réservée au législateur. Il est à ce titre notable qu'une société par actions est fondée par des statuts et non par un contrat, signe que la société par actions est autre chose qu'un lien d'obligation entre les fondateurs¹⁵.

Avant de revenir sur la décision de 1996, il faut dire quelques mots sur le code de 1866 et la façon dont il évoque les sociétés contractuelles. De cette façon, nous pourrions mieux apprécier la position de la Cour d'appel.

II. L'article 1899 C.c.B.-C.: la pomme de discorde de l'ancien droit commercial

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, l'article 1899 pouvait fonder l'existence de la personnalité morale des sociétés contractuelles. D'ailleurs, Mignault l'admettait déjà en 1919 pour les sociétés civiles et commerciales¹⁶. L'ancien code disposait :

Les **biens de la société** doivent être employés au paiement des créanciers de la société de préférence aux créanciers particuliers de chaque associé ; et si ces biens se trouvent insuffisants pour cet objet, les biens particuliers de chacun des associés sont aussi affectés au paiement des dettes de la société, mais seulement après le paiement des créanciers particuliers de tels associés séparément.

Ce texte a été invoqué par les défenseurs de la théorie de la personnalité juridique des sociétés contractuelles, car selon la théorie traditionnelle d'Aubry et Rau, seule une personne a un patrimoine. On parle de théorie unitaire du patrimoine. Si la société a des biens, comme semble le sous-entendre l'article 1899 C.c.B.-C., alors elle a un patrimoine. Selon cette lecture, un courant jurisprudentiel, majoritaire, a considéré que la société contractuelle était une personne morale. La jurisprudence consacrait ainsi la théorie de la réalité.

Dans la décision *Immeubles Allard* de 1996, le montage jurisprudentiel favorable à la théorie de la réalité s'est effondré sous l'analyse rigoureuse des juges. Elle fut abondamment motivée, ce qui n'était pas le cas de la

¹⁵ Il peut aussi n'y avoir qu'un seul fondateur. Dans ce cas, la question du lien d'obligation ne se pose plus.

¹⁶ Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1919, p. 186 et 187.

jurisprudence antérieure. Le raisonnement des juges les conduit à rejeter l'existence de la personnalité morale des sociétés contractuelles du *Code civil du Bas-Canada*. En effet, pour les juges, ce n'est que par commodité de langage que l'ancien article 1899 renvoyait aux « biens de la société » pour désintéresser les créanciers lors de la dissolution de la société. Rappelons que cet article visait à prioriser, d'une part, le paiement des créanciers de la société de préférence aux créanciers des associés et, d'autre part, les « biens de la société » de préférence aux biens personnels des associés pour le paiement des créanciers de la société. L'article 1899 n'était pas le seul à mentionner les « biens de la société ». Cette expression figurait également à l'article 1898 pour le partage entre associés des « biens de la société », partage qui pouvait se faire *mutatis mutandis* selon les règles du « partage des successions ».

Cette référence aux règles de partage des successions amène à penser que la société contractuelle avait des points communs avec l'indivision successorale. L'article 596, alinéa 2 C.c.B.-C., considérait les biens du défunt comme une universalité de biens, notion qui se distingue du patrimoine. Et l'article 689 du même code faisait référence à l'indivision qui découlait du décès d'une personne. Quant à la personne, seule la personne humaine avait la personnalité juridique selon l'explicite ancien article 18. Ces éléments de droit témoignaient de l'absence de consécration légale de la personnalité juridique des sociétés contractuelles. Au mieux, la société contractuelle semblait teintée d'indivision.

III. La contextualisation de l'article 1899 C.c.B.-C.

Sous l'ancien droit, l'article 352 C.c.B.-C. octroyait explicitement la personnalité juridique aux corporations. L'expression « biens de la société » mentionnée aux articles 1898 et 1899 laissait entendre que la société avait un patrimoine constitué des biens apportés par les associés. Il s'agissait d'une application de la théorie de la réalité puisque le code ne reconnaissait explicitement la personnalité juridique qu'aux corporations. De cette compréhension a pu émerger le courant jurisprudentiel majoritaire du XX^e siècle qui fut renversé par la décision *Immeubles Allard* en 1996.

Selon la Cour d'appel dans *Immeubles Allard*, l'expression « biens de la société » renvoyait plutôt à une universalité de biens indivis ne constituant pas un patrimoine, mais « affectés » à l'activité de la société, au sens pratique

du mot, sans renvoyer à la notion moderne de patrimoine d'affectation. Comme nous l'avons mentionné, le renvoi au partage successoral semble trahir un penchant des codificateurs de 1866 pour l'indivision du patrimoine social. De plus, la part sociale permet de refléter le maintien d'un lien juridique entre l'apport de l'associé cédé à la société et le patrimoine de cet associé comme le démontre la priorisation des biens de la société pour désintéresser les créanciers de celle-ci, de préférence aux biens personnels de l'associé.

Comme le note la professeure Charlaïne Bouchard, à raison, dans sa critique de la décision *Immeubles Allard*, les juges majoritaires donnent à l'indivision une portée inusitée dans notre droit¹⁷, puisque l'indivision entraîne normalement une quote-part sur un bien et non une part sociale, laquelle donne droit aux bénéfécies.

L'article 1899C.c.B.-C. concernait les effets de la dissolution de la société et non la vie de la société en général. Il visait à régler cette étape de la vie de la société. Ainsi, il ne faut sans doute pas trop miser sur la portée générale de cet article, hors ce cadre précis, pour en conclure à l'existence d'un patrimoine et, par voie de conséquence, à l'existence d'une personnalité juridique de la société contractuelle. Il s'agirait d'un raisonnement à rebours : l'existence du patrimoine permettant de conclure à l'existence de la personne morale. Il ne préjuge pas de la particularité des biens de la société en tant que source de bénéfice pour les associés, car il régit la dissolution de la société, étape où il n'est plus question de partager des bénéfices, mais de liquider les actifs mis en commun. En séparant la vie de la société de l'étape de sa dissolution, et en remettant l'article 1899 dans son contexte précis en regard de la vie sociale, il est possible de relativiser la portée de cet article.

Antonio Perrault notait dans années 1930 que « [s]i aucun usage (commercial) n'est allégué, le partage de la société commerciale doit se faire conformément au partage des successions »¹⁸. Puis il citait la décision *Bonneville v. Salvas*¹⁹ : « Lorsqu'une société est dissoute, il se forme entre les ci-devant associés une communauté indivise d'intérêts en vertu de laquelle chacun des associés devient propriétaire d'une quote-part de tous les biens, droits et intérêts formant l'actif social et cette co-proprieté ne cesse que

¹⁷ C. BOUCHARD, préc., note 14, p. 426, par. 448.

¹⁸ Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Éditions Albert Lévésque, 1936, p. 450.

¹⁹ 1916, 49 C.S., 253.

par la dissolution complète de la société»²⁰. Les biens de la société sont donc assimilés « lorsqu'une société est dissoute » et ils sont, à ce moment uniquement, entendus comme une communauté indivise d'intérêts où chaque associé « devient » (le mot est important pour montrer une transformation de la situation juridique) copropriétaire d'une quote-part des biens conformément à l'indivision successorale servant de référence lors de la dissolution de la société.

La société de personnes n'est jusque là pas clairement une indivision entre les associés avant sa dissolution. La Cour d'appel, en 1996, admet toutefois que cette indivision existe avant le processus de dissolution : « [...] la vente d'une part indivise dans la propriété des actifs de sorte qu'il y avait un transfert réel de la moitié indivise de l'immeuble [...] »²¹.

Malgré l'opposition de la doctrine à cette vision portée par la Cour d'appel, nous partageons la voie médiane évoquée par la docteure en droit Générosa Bras Miranda consistant à voir dans l'emploi du vocabulaire de l'indivision, une indivision au sens large « par simple opposition à la propriété individuelle »²². Dans le contexte de 1996, il aurait été difficile pour des juges se prononçant encore sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* d'adopter la qualification de la propriété collective²³. D'autant que, comme nous l'avons relevé, l'indivision est clairement posée par le code en ce qui a trait à la dissolution de la société.

Il nous semble, après cette mise en contexte historique, que la société contractuelle du *Code civil du Bas-Canada* a été conçue comme un patrimoine indivis au moment de la dissolution sans que le régime juridique auquel les biens étaient soumis pendant la vie de la société n'apparaisse clairement. La Cour d'appel, en 1996, affirme pourtant l'existence de l'indivision dans le cours des activités de la société contractuelle. La théorie de la réalité prévalait jusque là en jurisprudence, quoique le législateur n'ait pas posé la fiction de la personne morale en matière de société contractuelle (alors qu'il l'a fait pour les sociétés par actions).

²⁰ *Id.*, p. 453.

²¹ *Québec (Ville) c. La cie d'immeubles Allard ltée*, 1996 CanLII 5712 (QC CA), p. 1581.

²² Générosa BRAS MIRANDA, « La propriété collective. Est-ce grave, docteur? – Réflexions à partir d'une relecture de l'arrêt *Allard* », (2003) 63 *R. du B.* 31, 55.

²³ Il faut observer que même en 2021, il n'est pas sûr que la conception moderne du patrimoine dans le code de 1994 soit assimilée par les tribunaux. La discussion est encore à ce jour doctrinale.

Pour le dire simplement, avant 1994, la société de personnes était un contrat sur la gestion commune d'une activité, commerciale ou non. Le Code civil posait les règles de fonctionnement de la société et retenait l'indivision comme modèle d'administration du processus de dissolution de la société. En retenant une vision strictement contractuelle de la société de personnes, la Cour d'appel en arrivait nécessairement à conclure qu'une telle société n'était pas une personne morale, car le contrat institue un rapport d'obligations en vue d'une activité commune et ne peut créer une personnalité juridique. Cependant, la Cour d'appel allait au-delà des textes en considérant que l'indivision existe pendant la vie de la société.

IV. Le patrimoine d'affectation : la mort de la personne morale comme fiction pour les sociétés de personnes

Pour mettre en évidence l'incidence de l'introduction du patrimoine d'affectation dans le Code civil de 1994, nous présenterons d'abord les enjeux du débat doctrinal (A). Nous pourrions ainsi comprendre pourquoi la société de personnes est en réalité un patrimoine d'affectation non autonome (B). Il restera ainsi à étudier l'enjeu de l'administration collective des biens affectés à la société de personnes (C).

A. Le patrimoine d'affectation ou la division du patrimoine

Comme l'avait défendu en France Claude Champaud, la notion de patrimoine d'affectation aurait pu être une solution à l'impasse de la théorie unitaire du patrimoine dans le contexte des sociétés de personnes. Il existait un projet en France dans ce sens, mais il fut abandonné. Pour Champaud, il s'agissait de l'aboutissement logique de l'effacement de la personne du commerçant derrière l'entreprise, notion plus vaste séparant le commerçant de son commerce. Il aurait été logique selon l'auteur, avec l'avènement d'un droit des affaires fondé sur la notion d'entreprise, de consacrer « une autonomie du patrimoine affecté à l'entreprise »²⁴. Or il est intéressant de noter que le droit québécois semble répondre à cette préoccupation de Claude Champaud. Le *Code civil du Québec* a consacré la notion d'entreprise et celle de patrimoine d'affectation. En toute logique, l'ère de la personne juridique comme dénominateur commun des patrimoines civils et

²⁴ Claude CHAMPAUD, *Droit des affaires*, coll. Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 70.

commerciaux n'est plus. S'ouvre l'ère des patrimoines d'affectation mettant fin à la fiction d'une personne morale.

En 2002, la professeure Louise Hélène Richard de la Faculté de droit de l'Université de Montréal relançait le débat sur la conception de la personnalité morale des sociétés contractuelles dans un article intitulé « L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible? »²⁵. Dans cet article, la professeure Richard soutient l'idée que la théorie classique personnaliste (une personne = un patrimoine) a fait son temps et que le Code civil de 1994 ouvre la voie à une réflexion théorique sur le patrimoine d'affectation comme patrimoine sans sujet dans le cadre des sociétés de personnes. Ce faisant, elle contredisait la vision exposée par d'autres auteurs. En effet, les professeurs Antaki et Bouchard, dans leur ouvrage *Droit et pratique de l'entreprise*²⁶, présentaient une analyse apparaissant à la professeure Richard comme opposée au patrimoine d'affectation. Selon la professeure Richard, ces auteurs proposent plutôt la division patrimoniale pour justifier la situation patrimoniale de la société contractuelle.

Une lecture attentive de l'ouvrage des professeurs Antaki et Bouchard, à la lumière de la thèse de doctorat de la professeure Bouchard intitulée *La personne morale démythifiée*²⁷, invite plutôt à considérer que ces auteurs, tout comme la professeure Richard, sont d'avis que le débat sur la personnalité juridique des sociétés de personnes est caduc et doit être supplanté par un débat sur le patrimoine d'affectation. Toutefois, bien que la proposition soit identique, le raisonnement de ces auteurs, sur un même sujet, est différent.

Nous proposons de revenir sur ces distinctions pour clarifier le débat au profit des non-initiés. Le point de départ du débat est l'article 2 C.c.Q. Rappelons sa lettre :

Toute personne est titulaire d'un patrimoine.

Celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi.

²⁵ Louise HÉLÈNE RICHARD, « L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible? », (2002) 36 *R.J.T.* 733.

²⁶ C. BOUCHARD, préc., note 14

²⁷ C. BOUCHARD, préc., note 7.

L'alinéa 2 constitue une exception au sacro-saint principe unitaire du patrimoine : une personne = un patrimoine. En tant qu'exception, il est donc nécessaire que la loi l'encadre. En énonçant que le patrimoine peut être divisé « ou » affecté, il oppose la division à l'affectation. Comme l'a observé le professeur Sylvio Normand, « [l']affectation peut couvrir un éventail fort étendu de situations allant de la détermination de l'usage qui sera fait d'un bien à la finalité attribuée à un patrimoine sans sujet »²⁸. L'affectation est donc une notion plurielle, d'autant plus qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition dans la loi. Mais, de toute évidence, l'affectation consiste à donner une destination à un bien : « La prérogative permet de poser des actes juridiques ou matériels essentiels à la concrétisation de la finalité retenue »²⁹. Il est ainsi possible d'avoir plusieurs interprétations de la notion d'affectation et c'est sans doute de cette pluralité conceptuelle que résulte le débat doctrinal ici retracé.

La professeure Richard fait une lecture littérale de l'article 2 et met dos à dos la division et l'affectation. C'est une position « exclusive » des notions de division et d'affectation. La professeure Bouchard explique au contraire comment la division est une condition de l'affectation. C'est une position « inclusive » de la division et de l'affectation. Mais cette dernière n'entend pas l'affectation au sens de celui de la fiducie, que la loi qualifie expressément de patrimoine d'affectation (art. 1261 C.c.Q.). La professeure Bouchard explique cette conception inclusive en distinguant l'activité collective correspondant au patrimoine d'affectation, d'un côté, et les intérêts individuels des associés, de l'autre côté, justifiant la division de leur patrimoine afin d'en constituer un nouveau à partir de cette division. Dans sa thèse de doctorat, la professeure Bouchard donne les prémisses de l'analyse présentée dans le livre *Droit et pratique de l'entreprise*. Ces prémisses constituent la clé pour comprendre toute la théorie développée ensuite.

Sans vouloir restreindre une analyse complexe, il nous apparaît que la clé de l'analyse de la professeure Bouchard trouve sa source dans la théorie du Belge Speth³⁰ qui distingue le patrimoine général, unitaire, d'un individu et le patrimoine résultant d'une division de ce patrimoine général. Si aucune division du patrimoine général ne se produit, ce qui est le cas chez

²⁸ Sylvio NORMAND, « L'affectation en droit des biens au Québec », (2014) 48 *R.J.T.* 599, 602.

²⁹ *Id.*, 601.

³⁰ C. BOUCHARD, préc., note 7, p. 225.

la plupart des personnes physiques, le patrimoine reste unitaire et constitue le gage commun des créanciers. L'affectation intervient dans le contexte où une personne physique désirant avoir une « activité collective » en s'associant à d'autres personnes physiques crée un patrimoine d'affectation à partir des biens personnels qu'elle affecte à l'activité commune. Ceci permet, d'un point de vue extérieur, de constituer une individualité juridique de l'entreprise sans recourir à la personne morale. Par conséquent, dans la thèse de la professeure Bouchard, l'affectation est une charge imposée aux biens de l'associé³¹ : c'est l'opération d'apport à la société qui constitue l'affectation de biens au but commun, soit la première condition nécessaire à la divisibilité du patrimoine³². La division du patrimoine se caractérise par l'existence d'un patrimoine affecté.

B. La société de personnes : un patrimoine d'affectation non autonome

La professeure Bouchard ajoute toutefois une subtilité. Dans un schéma explicatif de l'édition de 2014 du tome 1 de *Droit et pratique de l'entreprise*, elle propose une lecture « tripartite » de l'article 2 du Code civil³³. Il y a d'abord la « conception classique de l'unité patrimoniale » et ensuite la « conception moderne du patrimoine d'affectation », lequel se subdivise entre les « divisions de patrimoine (patrimoines d'affectation non autonomes) » et les « affectations de patrimoine (patrimoines d'affectation autonomes) ». La fiducie serait en ce sens une affectation de patrimoine autonome alors qu'il conviendrait de parler de division pour une affectation non autonome dans le cas des sociétés de personnes. L'autonomie résulte d'une véritable rupture avec le patrimoine du constituant. Les règles de la fiducie ont l'avantage d'être explicites : « les biens qui lui sont transférés constituent un patrimoine autonome sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel (art. 1261 C.c.Q.) »³⁴.

La proposition de la professeure Bouchard se rapproche selon nous de celle du professeur Normand lequel distingue les « patrimoines distincts

³¹ *Id.*, p. 449.

³² *Id.*, p. 251.

³³ C. BOUCHARD, préc., note 14, p. 493.

³⁴ Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 426.

rattachés à la personne»³⁵, ce qui correspondrait aux patrimoines d'affectation non autonomes, et les «patrimoines sans titulaires»³⁶, c'est-à-dire autonomes. Cette distinction a le mérite de mettre en exergue le lien maintenu avec la personne qui transfère le bien dans le cas d'un associé d'une société de personnes ou l'absence de lien avec le constituant d'une fiducie. Le mot «affectation» doit être pris dans un sens technique, c'est-à-dire non pas comme un patrimoine d'affectation au sens du Code civil, patrimoine sans titulaire selon le professeur Normand ou patrimoine d'affectation autonome selon la professeure Bouchard, mais comme une division de patrimoine en vue d'une affectation, au sens technique, soit un patrimoine d'affectation non autonome. Il en résulte nécessairement que le patrimoine d'origine du bien affecté à la société s'en trouve naturellement divisé. Le professeur Normand explique au sujet des patrimoines distincts rattachés à la personne :

Il existe des masses de biens qui tout en étant distinguées du patrimoine général de la personne n'en continuent pas moins de graviter dans l'orbite de ce patrimoine. Ces masses demeurent rattachées à un sujet de droit, même si elles bénéficient d'une autonomie plus ou moins affirmée par rapport au patrimoine général de la personne qui en est titulaire. Elles résultent d'une division de patrimoine [...].³⁷

La formation d'une société suivant les règles du Code civil (2186 C.c.Q.), qu'il s'agisse d'une société en nom collectif ou en commandite, exige un apport en biens de la part des associés par le transfert de droits de propriété ou de jouissance (2199 al. C.c.Q.). La jurisprudence a reconnu qu'à la suite de cette opération, la société bénéficie d'un patrimoine autonome. [...] [Le législateur] n'a cependant pas été jusqu'à lui attribuer un patrimoine distinct. Il y a division de patrimoine, sans cependant que le patrimoine de la société soit dissociable du patrimoine de chacun des associés³⁸.

Selon cette conception, le patrimoine de la société de personnes est le fruit d'une division du patrimoine général permise par les dispositions du Code civil sur les sociétés de personnes conformément à l'alinéa 2 de l'article 2. Le professeur Normand, comme la professeure Bouchard, maintient le lien avec le patrimoine de l'associé.

³⁵ *Id.*, p. 30.

³⁶ *Id.*, p. 32.

³⁷ *Id.*, p. 30.

³⁸ *Id.*, p. 31.

En revanche, dans la thèse de la professeure Richard, l'affectation suppose un patrimoine propre et non un cloisonnement. L'affectation est un patrimoine-but avec un régime de détention et d'administration à la place d'un titulaire du patrimoine, ce que le professeur Normand nomme un patrimoine sans titulaire.

C. Le régime juridique applicable aux biens affectés à la société de personnes

La question demeure de savoir quelle forme prend cette réunion de biens sans sujet dans une société contractuelle. C'est ici qu'intervient la notion de « propriété collective », fortement contestée par la professeure Richard comme étant sans définition dans notre droit et ajoutant une complexité à une analyse déjà fortement raffinée³⁹. Or, selon nous, bien que cette notion n'ait pas de réalité juridique dans le Code civil, en l'absence de clarté du Code, elle constitue néanmoins une tentative d'explication des règles relatives à la gestion collective du patrimoine de la société. Comme le note M^c Donald A. Riendeau dans un article sur les sociétés de personnes publié en 2003⁴⁰ : « La collectivité des associés [...] est la seule propriétaire du patrimoine »⁴¹. Le lien est ainsi maintenu avec le patrimoine général de l'associé : les biens restent en « orbite » du patrimoine de l'associé pour reprendre l'image évocatrice du professeur Normand.

L'article 2199 C.c.Q. précise sans ambiguïté que l'apport d'un bien entraîne le transfert de propriété « à la société ». On pourrait ainsi penser qu'il y a bien un patrimoine de la société sans avoir à recourir à une quelconque conception collective du patrimoine, un peu comme l'article 1899 C.c.B.-C. évoquait les biens de la société sans évoquer toutefois de transfert de propriété. Cela ne signifie pas que la société de personnes ait une personnalité juridique, mais plutôt qu'elle ait un patrimoine d'affectation non autonome lui permettant de recueillir des biens (apport) en gestion commune en provenance des patrimoines des associés en contrepartie de parts sociales. Pour éviter tout débat sur la notion de propriété collective, il conviendrait de parler d'une affectation technique ou *de facto* de biens du patrimoine des associés (patrimoine divisé) afin d'en confier l'administration à

³⁹ L.-H. RICHARD, préc., note 25, 762.

⁴⁰ Donald A. RIENDEAU, « La "société" en droit québécois », (2003) 63 *R. du B.* 127, 150.

⁴¹ C. BOUCHARD, préc., note 14, p. 459, par. 479.

une collectivité, la société de personnes. Le transfert de propriété permet par exemple de donner sa pleine portée à l'article 2221, alinéa 2, qui prévoit que les créanciers de la société « ne peuvent poursuivre le paiement contre un associé qu'après avoir, au préalable, discuté les biens de la société ». Si tel n'était pas le cas, cela signifierait qu'il n'y aurait pas de distinction entre le patrimoine personnel des associés et le patrimoine social.

Pour M^e Riendeau, l'article 2221 est le point de départ du débat sur le patrimoine d'affectation et la division de patrimoine: « [...] il existe, de toute évidence, un cloisonnement entre ces deux types de biens [sociaux et personnels], les biens sociaux étant le gage exclusif des créanciers de la société, et les biens personnels de l'associé, le gage commun tant des créanciers de la société que ceux des associés, avec préférence en faveur de ces derniers. On voit alors poindre à l'horizon les théories, longuement débattues en droit français, du patrimoine d'affectation et de la division de patrimoine »⁴². M^e Riendeau doute de la pertinence de la notion de propriété collective. Se basant sur la définition qu'en donnent les professeurs Bouchard et Antaki, il réfléchit en prenant dans un sens juridique cette notion qui, par ailleurs, n'a pas d'existence explicite dans le Code civil. La définition des professeurs Bouchard et Antaki est, dans une forme courte, la suivante dans l'édition de 1999: « La propriété collective est une copropriété sans part, dotée comme la personne morale d'une autonomie patrimoniale »⁴³. Le fait de faire de la propriété collective une appropriation collective de biens sans que les associés soient propriétaires est « ambigu » selon M^e Riendeau.

Au terme de cette analyse, il nous paraît sans doute utile de se départir des anciennes théories en évitant de forcer un rattachement malaisé du patrimoine distinct rattaché à la personne des associés de la société de personnes en parlant d'indivision, de copropriété sans part ou de propriété collective. Comme le note M^e Riendeau au sujet de l'article 2207 C.c.Q.⁴⁴, la division de patrimoine se prête mal à cet article.

⁴² D.A. RIENDEAU, préc., note 40, 139.

⁴³ C. BOUCHARD et N. ANTAKI, préc., note 14, p. 399 et 400.

⁴⁴ L'article dispose: « Lorsque l'un des associés a reçu sa part entière d'une créance de la société et que le débiteur devient insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la société ce qu'il a reçu, encore qu'il ait donné quittance pour sa part ».

*
* * *

À l'issue de cette tentative de synthèse sur le sujet de la personnalité juridique de la société de personnes comme fiction de notre droit civil, nous pouvons assurément dire que cette fiction a pris fin avec l'avènement des patrimoines d'affectation ou de division dans le Code civil de 1994. Ainsi, il est possible de conférer des incidences patrimoniales au contrat de société sans pour autant recourir à la fiction de la personnalité juridique.

Quant au « patrimoine de la société », nous concluons que de toute évidence le régime patrimonial de la société de personnes manque de cohérence et pousse la doctrine dans ses limites pour rendre cohérentes des dispositions qui ont vraisemblablement manqué de réflexions lors de leur réforme. Un appel devrait être lancé au législateur pour revoir le statut de la société de personnes afin de le rendre clair dans son articulation avec l'article 2 du Code civil. Depuis 20 ans, les commentaires doctrinaux et la maturité des dispositions sur le patrimoine d'affectation ont suffisamment mis en évidence les incohérences de ce régime pour parvenir à une réforme du Code civil.