

CONSIDÉRATIONS SUR LA CONCEPTION ET L'ÉLABORATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

par Pierre P. CÔTÉ*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	489
PARTIE I — LA CONCEPTION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	490
Section 1: Des possibilités d'utilisation de la société	490
1. La nature de l'activité	490
2. Les contraintes économiques	493
Section 2: Les aspects juridiques de ce modèle d'organisation	494
1. Le caractère <i>intuitu personae</i> de la société	494
2. Les bénéfices	496
3. L'apport	499
4. La part sociale	501
5. L'administration de la société	503
6. La responsabilité des sociétaires	503
7. De l'utilisation conjointe de la société et de la compagnie	505
8. Le financement de la société par voie d'emprunts	512
9. L'aide financière aux associés	515
10. Des incitations fiscales à l'utilisation de la société	516
11. De la société et de certains contrats nommés et innommés	517
12. De la société et de l'indivision	518
13. De la société et du <i>joint venture</i>	521
PARTIE II — L'ÉLABORATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ	524
Section 1: La convention portant sur la société civile et la société commerciale en nom collectif	524

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

1. Les dispositions introductives	525
2. Les définitions	525
3. La formation, le but et la raison sociale de la société	527
4. La durée et la place d'affaires	528
5. Les associés et la part sociale	529
6. Le capital-social, les profits et les prélèvements des associés	534
7. La gestion de la société	536
8. Le règlement des différends et la violation à la convention	536
9. Les modifications à la convention	537
10. L'ajout et le retrait d'un associé	537
11. La dissolution	539
Section 2: La société en commandite	539
CONCLUSION	542
ANNEXE	543

INTRODUCTION

Nous avons choisi un titre descriptif qui fait état des deux parties de ce texte soit la conception et l'élaboration du contrat de société. Pour bien saisir la façon de concevoir le contrat de société, il importe tout d'abord de faire état des circonstances et des contextes dans lesquels cette institution peut être utilisée avec profit à titre de mode d'organisation de l'entreprise civile et commerciale. Dans un deuxième temps, il va s'agir d'en étudier les principaux éléments et caractéristiques de façon à souligner les forces et les faiblesses de cette institution. Cette connaissance de l'institution est susceptible de faire en sorte que le juriste soit disposé à l'utiliser plus souvent et qu'il soit mieux équipé pour l'organiser et pour mieux l'intégrer dans un contexte juridique précis de façon à en tirer le meilleur parti possible. Cette étude des principaux éléments juridiques de la société se fera dans une perspective d'analyse de ces éléments ainsi que dans une perspective de comparaison et d'intégration avec la compagnie et avec des institutions et des conventions propres au droit civil contemporain.

En ce qui a trait à l'élaboration du contrat de société nous référons ici à une étude technique de cette institution: matière visée par la convention, ordonnancement des clauses, mécanismes juridiques utilisés et rédaction des dispositions pertinentes.

Par le biais de certaines comparaisons et références à des dispositions de conventions qui présentent des ressemblances avec le contrat de société¹, il sera possible d'enrichir notre propos sur l'élaboration du contrat de société tout en faisant le point sur certains éléments de ces conventions qui présentent des points communs avec le contrat de société. Par l'utilisation d'un cheminement qui est lié d'aussi près à la dynamique du contrat de société, nous souhaitons que cette contribution soit d'un certain secours pour le rédacteur de contrat et permette également une meilleure compréhension des dispositions du Code civil du Bas-Canada (ci-après C.c.B.C.) et des arrêts pertinents en la matière.

À l'occasion, nous aurons recours aux travaux de l'Office de révision du Code civil en faisant référence au Rapport sur le contrat

1. Notamment, le contrat d'emploi, la convention entre actionnaires, la convention unanime d'actionnaires.

de société² et au Rapport sur le Code civil du Québec³. Nous ferons aussi état des concepts et des techniques juridiques utilisés en droit civil français. De même, le contexte fiscal dans lequel évolue la société sera aussi évoqué. Nous n'avons pas cru bon de distinguer, pour les fins de cette étude, la société civile de la société commerciale; il nous a semblé que l'étude du droit des sociétés dans la perspective du contrat, permet d'envisager l'ensemble des sociétés y compris la société en commandite puisque de nombreuses dispositions contractuelles trouvent leur application dans tous les types de société et que d'autre part, il sera facile dans ce contexte de faire ressortir les nuances entre les différentes catégories de société.

PARTIE I — LA CONCEPTION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Cette partie du travail vise d'abord à faire état des possibilités d'utilisation de la société compte tenu de l'entreprise donnant lieu à la création de la société et du contexte économique. Dans un deuxième temps nous allons procéder à l'étude des éléments et caractéristiques juridiques de cette institution et notamment à l'examen des liens entre la société, la compagnie et certaines institutions du droit civil contemporain.

Section 1: Des possibilités d'utilisation de la société

Des raisons de différents ordres peuvent inciter le juriste à songer à l'opportunité d'utiliser la société comme véhicule soit des raisons liées à la nature de l'activité exercée soit des raisons purement économiques.

§ 1. La nature de l'activité

La société peut servir de véhicule pour tous les types d'activités et il en est même un qui lui est encore à ce jour réservé en propre. Il s'agit en l'espèce de l'activité professionnelle. Ceci est susceptible de changer puisque comme nous le verrons ci-après, certaines corporations professionnelles permettent, à certaines conditions, l'incorporation de leurs membres.

2. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le contrat de société*, vol. 24, Montréal, 1974, 100 pp.

3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1 et 2, Éditeur officiel du Québec, 1977.

L'ensemble des lois, règlements et codes de déontologie s'appliquant à l'activité de nature professionnelle au Québec, oblige le professionnel à se constituer en société aux fins de l'exercice de l'activité professionnelle au sens strict. Il en est ainsi pour les avocats⁴, les notaires⁵, les médecins⁶, les dentistes⁷, les architectes⁸, les comptables agréés⁹ et les ingénieurs¹⁰. La lettre et l'esprit de ces textes législatifs et réglementaires ne permettent donc pas au professionnel d'exercer son activité autrement qu'en société. Il faut toutefois noter une exception à cette règle pour ce qui est de la profession d'ingénieur et il faut faire une nuance pour ce qui est de la profession de comptable agréé.

Pour ce qui est de l'exception, on la retrouve dans la *Loi sur les ingénieurs*¹¹. L'article 11 de ladite Loi est à l'effet que l'Ordre des ingénieurs du Québec "peut adopter des règlements... pour réglementer l'exercice de la profession en société ou en corporation"¹². Il est curieux de retrouver cette disposition dans cette Loi puisque l'ensemble des textes et règlements traitant de la profession d'ingénieur et de l'exercice de cette profession, ne se comprennent que dans la mesure où l'ingénieur est une personne physique. Il en est ainsi par exemple des articles 14 à 21 de la Loi qui portent sur l'admission à l'exercice de la profession¹³, ou encore des dispositions du *Règlement sur la publicité des ingénieurs*¹⁴. Par

4. *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 1, art. 4.02.01; *Règlement sur la publicité des avocats*, c. B-1, r. 11, art. 2.01.

5. *Loi sur le notariat*, L.R.Q. 1977, c. N-2, art. 49; *Règlement sur la publicité des notaires*, c. N-2, r. 13, art. 2.01.

6. *Loi médicale*, L.R.Q. 1977, c. M-9, art. 41; *Code de déontologie des médecins*, c. M-9, r. 4, art. 2.02.05.

7. *Loi sur les dentistes*, L.R.Q. 1977, c. D-3, art. 36.

8. *Loi sur les architectes*, L.R.Q. 1977, c. A-21; *Code de déontologie des architectes*, c. A-21, r. 3; *Règlement sur la publicité des architectes*, c. A-21, r. 10.

9. *Loi sur les comptables agréés*, L.R.Q. 1977, c. C-48; *Code de déontologie des comptables agréés*, c. C-48, r. 2; *Règlement sur la publicité des comptables agréés*, c. C-48, r. 12.

10. *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q. 1977, c. I-9; *Code de déontologie des ingénieurs*, c. I-9, r. 3; *Règlement sur la publicité des ingénieurs*, c. I-9, r. 10.

11. L.R.Q. 1977, c. I-9.

12. Un tel règlement entrerait en vigueur conformément à l'article 95 du *Code des professions*, L.R.Q. 1977, c. C-26, art. 11 *in fine*.

13. L.R.Q. 1977, c. I-9.

14. *Règlement sur la publicité des ingénieurs*, c. I-9, r. 10, et plus

ailleurs, l'Ordre n'a pas, à ce jour, édicté des dispositions réglementaires portant sur l'exercice de la profession par le biais d'une corporation, alors qu'il est de commune renommée que des bureaux importants d'ingénieurs-conseils rendent des services professionnels de la nature de ceux que rendent les ingénieurs par le biais de corporations¹⁵. Il est aussi connu que de nombreux ingénieurs offrent leurs services en matière de surveillance de travaux de construction par le biais de corporations. Après vérification auprès de l'Ordre, il semble que ce dernier ait une attitude assez souple en la matière. L'incorporation des activités d'un bureau d'ingénieur-conseil serait permise dans la mesure où la corporation ne s'annonce pas comme faisant du génie-conseil et, nous a-t-on dit, que des conventions d'emploi interviennent entre les ingénieurs et la corporation-employeur.

Cette politique souple de l'Ordre des ingénieurs en la matière n'est pas dépourvue de sens dans la mesure où les bureaux d'ingénieurs d'importance font plus qu'exercer des fonctions considérées comme relevant de l'exercice exclusif de la profession, c'est-à-dire donner des consultations et des avis, faire des mesurages, tracés, calculs, études, dessins, plans, devis, cahiers des charges et enfin, inspecter et surveiller des travaux. Ces firmes font souvent de la gérance de projets et livrent même des projets clés en main au propriétaire et dans ce sens, il n'est pas déraisonnable qu'ils puissent s'incorporer pour exécuter ces fonctions¹⁶. On pourrait s'y objecter dans la mesure où la gestion de la construction d'immeubles implique la surveillance des travaux qui est l'une des activités réservées de l'Ordre¹⁷. Ainsi, il est curieux que ces bureaux d'ingénieurs-conseils puissent alors procéder à l'exercice de la profession d'ingénieur au sens de la *Loi sur les ingénieurs* par le biais de corporations alors que les actes exclusifs de la profession liés à la gestion de la construction d'immeubles sont parmi ceux qui sont les plus susceptibles d'entraîner la responsabilité professionnelle de l'ingénieur. Toutefois, cet argument a moins de poids dans la mesure où d'une part, les plus importants bureaux d'ingénieurs-conseils ont d'importantes

particulièrement l'article 2.01 sur le contenu de la carte professionnelle. Par exemple, il est stipulé que l'ingénieur ne peut inscrire sur la carte professionnelle que son nom et s'il y a lieu celui de ses collègues.

15. *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q. 1977, c. I-9, art. 3. À titre d'exemple on peut citer Lavallin Inc. et le Groupe S.N.C. dont l'une des composantes est S.N.C. Inc.

16. Il faut noter que la gérance de projet n'implique pas la prise en charge du risque financier que présente la construction.

17. *Loi sur les ingénieurs*, L.R.Q. 1977, c. I-9, art. 3.

ressources financières aux fins de faire face à leurs obligations et d'autre part, sont susceptibles de veiller à obtenir la protection offerte par des polices d'assurance compte tenu de l'importance financière de la corporation.

La nuance qui doit être faite en ce qui concerne les textes afférents à la profession de comptable agréé est une nuance intéressante à plus d'un point de vue et mériterait d'être examinée par les autres corporations professionnelles. Le Code de déontologie des comptables agréés¹⁸ distingue deux types d'activité pouvant être exercés par les membres de l'Ordre des comptables agréés soit d'une part les services reliés à l'expertise comptable et d'autre part, ce que l'on appelle les "activités connexes" c'est-à-dire la consultation en administration, la fonction de syndic de faillite et le traitement électronique des données d'une corporation. Le premier type d'activité ne peut être exercé par le biais d'une corporation alors que les "activités connexes" ci-devant énumérées peuvent l'être et dans ce cadre, les membres de l'Ordre peuvent s'associer à des non-membres. Trois observations s'imposent donc à la lecture du texte de l'ensemble du Code. Premièrement, l'incorporation n'est pas permise pour les activités réservées en exclusivité aux membres de l'Ordre; deuxièmement, l'incorporation est permise pour des activités sur lesquelles les membres de l'Ordre n'exercent pas de monopole. Enfin, il apparaît, à la lecture du Code, que certaines autres "activités connexes" telles l'administration et le règlement de successions, la planification successorale, la consultation en matière d'assurance ne pourraient s'exercer par le biais d'une corporation¹⁹. Sauf pour ce que l'on vient de voir concernant les ingénieurs et les comptables agréés, la société reste donc le moyen privilégié de l'exercice de l'activité professionnelle et le restera tant que l'activité professionnelle en général ne pourra s'exercer par le biais de corporations.

§ 2. Les contraintes économiques

Le contexte économique ou si l'on veut des raisons d'affaires peuvent faire en sorte que la société s'impose comme un véhicule intéressant pour opérer un regroupement de ressources ou d'entreprises. Ce regroupement peut avoir pour objet la mise en commun de ressources techniques, financières, humaines, de matières premières à des fins qui peuvent être fort variables. C'est ainsi que la

18. Code de déontologie des comptables agréés, c. C-48, r. 2, art. 2.01.04.

19. *Ibid.*

société pourrait être utilisée afin de combiner des ressources dans le but de présenter une soumission, de préparer des études de faisabilité, de réaliser un projet de construction ou de développement immobilier, un projet d'implantation et de mise en place d'équipements industriels, un projet de recherche, un projet portant sur la distribution d'un procédé de fabrication²⁰. Dans les faits, on peut envisager d'utiliser la société à chaque occasion où il est question de mettre sur pied un regroupement de ressources ou d'entreprises. Il faut bien comprendre par ailleurs que les différences entre la société et les autres modalités de regroupement peuvent à l'occasion être fort minces et tel que nous le verrons ci-après, il faut être très prudent dans la conception et l'élaboration du contrat de société, pour ne pas créer autre chose qu'une société.

Section 2: Les aspects juridiques de ce modèle d'organisation

Dans cette partie du travail, nous allons examiner la société, ses caractéristiques et ses composantes dans le but de déterminer l'intérêt qu'elle peut représenter comme véhicule pour l'entreprise civile et commerciale et aussi afin de permettre une meilleure compréhension de cette institution. Ceci devrait mener le juriste à une démarche plus juste et mieux préparée lorsqu'il s'agit de concevoir le contrat de société. À cette fin, nous traiterons dans l'ordre du caractère *intuitu personae* de la société, des bénéfices, de l'apport, de la part sociale, de l'administration de la société, de la responsabilité des sociétaires, de l'utilisation conjointe de la société et de la compagnie, du financement de la société par voie d'emprunts, de l'aide financière de la société aux associés et des incitations fiscales à la création de la société. Enfin, nous traiterons dans cette section des liens du contrat de société avec certains contrats nommés et innommés ainsi qu'avec l'indivision et le *joint venture*.

§ 1. Le caractère *intuitu personae* de la société

Sur le plan de l'intérêt qu'offre la société comme mode de regroupement, il faut souligner dans un premier temps la souplesse de

20. Sur les différentes possibilités d'utilisation de la société comme véhicule, voir B. MERCADAL, P. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1974, 418 pp.; M. DUBISSON, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, F.E.D.U.C.I., 1979, 343 pp.; P.A. COSSETTE, "Les groupements momentanés d'entreprises (*joint ventures*): nature juridique en droit civil et en common law", (1984) 44 R. du B. 463; T.C. WOJATSEK, *Joint Ventures in the Law of the Province of Québec, Theoretical and Practical Aspects*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 1979, 229 pp.

cet instrument. Les sociétaires peuvent, par convention, établir à leur convenance les règles qui vont les régir, dans la mesure où ces règles respectent les dispositions du Code civil du Bas-Canada (ci-après désigné C.c.B.C.) quant à la nature de l'entente pour qu'il y ait société²¹ et dans la mesure où les sociétaires sont conscients que certaines dispositions du C.c.B.C. ne peuvent être modifiées par convention comme par exemple la règle de la responsabilité vis-à-vis les tiers²² et le principe de la non-exclusion d'un associé des profits²³. Sur un autre plan, on a longtemps reproché à la société son caractère *intuitu personae*, caractère consacré par certaines dispositions du C.c.B.C. À titre d'exemple, on cite les causes de dissolution de la société énumérées à l'article 1892 du C.c.B.C. qui font de la société une institution *a priori* très fragile. Dans le même sens, on note l'article 1853 du C.c.B.C. sur le pouvoir qu'a l'associé sur sa part sociale: il peut associer un tiers à sa part²⁴ mais ne peut la céder sans le consentement de ses coassociés.

À ce reproche de la trop grande personnalisation de la société, on peut répondre qu'il peut fort bien arriver que les partenaires la souhaite et cela est très souvent le cas des regroupements, notamment des compagnies, qui ne se destinent pas au financement public. Cette volonté de consacrer le caractère personnel de l'organisation n'est pas négligeable puisqu'elle expliquerait l'importance prise par les différents types de conventions entre actionnaires dont l'une des fins est de permettre le contrôle sur l'arrivée de nouveaux partenaires au sein de l'organisation. Par ailleurs, et nous le verrons ci-après, il est possible aux sociétaires de s'assurer d'une part que la société va être continuée malgré la survenance de l'un des événements énumérés à 1892 et 1893 C.c.B.C. et d'autre part, de prévoir les modalités d'expulsion, d'entrée ou de retrait d'un associé. Enfin, il est toujours possible à la société d'utiliser le contrat d'emploi pour compléter la convention de société. Il faut noter que l'on ne retrouve pas cette caractéristique du contrat de société pour ce qui est du commanditaire dans une société en commandite. Il est en effet permis

21. Art. 1830 C.c.B.C.

22. Art. 1854 C.c.B.C.; art. 1855 C.c.B.C.

23. Art. 1831 C.c.B.C. sur le sens qui doit être donné à l'article 1831 C.c.B.C. voir H. ROCH, R. PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, vol. 13, pp. 334 et ss; voir également P.B. MIGNEAULT, *Droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 183.

24. La convention de croupier est le moyen pour y parvenir; sur le sujet voir A. VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, 314 pp.

au commanditaire, en vertu de l'article 1882 C.c.B.C., et à moins de dispositions contraires dans la convention de société, de céder sa part sociale. Cette disposition consacre bien le principe que le commanditaire est un simple apporteur de capitaux et qu'à ce titre, il est interchangeable tout comme l'actionnaire de la compagnie. Ce principe est consacré par d'autres dispositions sur le statut du commanditaire notamment lorsqu'il est question de sa participation dans les pertes, dans les bénéfices et dans la gestion de la société.

§ 2. Les bénéfices

Le concept des bénéfices en droit des sociétés soulève des questions à plusieurs volets. Tout d'abord, se pose la question de la définition même du terme "bénéfice" tel qu'utilisé dans le C.c.B.C. Le problème du maintien du capital social en relation avec le partage des bénéfices doit aussi être examiné. Enfin, eu égard à ce concept de bénéfices, il nous apparaît important de dire un mot sur les modalités de partage des bénéfices et la relation entre ces dernières et les autres formes d'avantages que peuvent tirer les partenaires de la société.

Le concept de bénéfices crée des difficultés en droit civil québécois. Doit-on donner au mot "bénéfices" de l'article 1848 C.c.B.C. un sens très large qui permettrait d'inclure la simple utilisation commune d'un bien²⁵ ou encore d'inclure l'économie réalisée par chacun des sociétaires et découlant de l'activité de la société²⁶? Ou doit-on plutôt comprendre que le bénéfice peut être un gain patrimonial, susceptible d'être évalué en espèces, qui serait tiré de la société²⁷ ou encore doit-il être un surplus d'opérations qui se manifeste en numéraire²⁸?

Notre propos n'est pas de trancher le débat et c'est pourquoi nous nous contenterons de quelques remarques susceptibles d'apporter un peu de lumière sur la question. D'une part, la propriété et l'utilisation communes d'un bien risquent fort d'être considérées

25. Comme par exemple l'achat ou la construction d'un bateau par un groupe de personnes en vue d'une utilisation commune; voir à cet égard, H. ROCH, R. PARÉ, *op. cit. supra*, note 23, 338.

26. Comme par exemple le regroupement en vue de payer des marchandises à coût moindre: sur le sujet voir J. SMITH, "Les obligations et les droits des associés", (1980-81) 15 *R.J.T.* 283, où l'auteur indique qu'une économie susceptible d'évaluation pécuniaire pourrait être un bénéfice.

27. Sur le sujet, voir A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1936, p. 394.

28. Sur le sujet, voir J. SMITH, "Le contrat de société en droit québécois", (1979) 82 *R. du N.* 123.

comme de l'indivision plutôt que comme une société²⁹. En tout état de cause, il faudrait être prudent en ce qui concerne l'interprétation du mot "bénéfices" au sens d'économies réalisées par les partenaires. Dans ce sens, il faut se méfier des textes français les plus récents sur le sujet puisque la nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil français, qui date de 1978, fait état de la réalisation d'économies alors que le C.c.B.C. parle de bénéfices³⁰ et de profits³¹.

Dans le droit civil québécois, il se dégage un consensus très net tant dans la jurisprudence que dans la doctrine à l'effet qu'il doit s'agir d'un gain ou d'un avantage patrimonial qui soit susceptible d'être évalué en argent³². Ceci implique donc que la société doit avoir pour but la recherche active et constante d'un profit en opposition à la détention passive d'un bien, sinon, l'arrangement sera qualifié d'indivision par nos tribunaux, comme nous l'avons constaté dans la jurisprudence précédemment citée³³. Pour ce qui est des sociétés commerciales, Perrault parle de dividendes à partager, ce qui aurait pour conséquence que le bénéfice doit non seulement être susceptible d'évaluation mais qu'il doit se manifester en espèces³⁴. Cette dernière affirmation pourrait laisser croire que dans le cas d'une société commerciale, seule la répartition du bénéfice en espèces puisse être effectuée ce qui ferait en sorte que le droit des sociétés en la matière serait plus contraignant que le droit des compagnies, puisque la

29. H. ROCH, R. PARÉ, *op. cit. supra*, note 23, 338. Voir également *Dame Pilon c. Les Héritiers de Julien Bellemarre*, (1966) R.L. 385; *Boisclair c. Ouellette*, 29 R.L.n.s. 497; voir également *Dame Barrette c. Denis*, (1926) 41 B.R. 435 sur la qualification d'une entreprise qui consiste à construire en commun une maisonnette d'été, aussi *J. Robertson & Son c. Guilbault*, (1918) 54 B.R. 343 sur la propriété en commun d'un club de pêche. Voir enfin *Perron c. Laporte*, (1945) C.S. 375 sur l'utilisation commune d'outils, chaque partie payant ses frais; la cour a décidé qu'il n'y avait pas là de société.

30. Arts 1830 et 1848 C.c.B.C.

31. Arts 1831 et 1886 C.c.B.C.

32. Voir à cet effet les décisions citées à la note 29 ci-devant et plus particulièrement *Dame Pilon c. Les Héritiers de Julien Bellemarre*, (1966) R.L. 385.

33. *Ibid.* Nos tribunaux ont toujours qualifié la détention commune de biens d'indivision. En droit français on réfère à l'occasion au concept de l'association. À ce sujet voir R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 485. L'association pourrait être retenue lorsqu'il s'agit de la mise en commun de l'habilité des sociétaires et dont la résultante n'est pas la propriété ou l'usage de biens mais l'obtention de services.

34. A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27.

compagnie peut effectuer la déclaration d'un dividende en argent, en actions ou en biens³⁵.

Lorsqu'il est question de répartition des bénéfices, il faut mentionner que le capital-social de la société est protégé tout comme celui de la compagnie. Une fois les apports remis à la société, ceux-ci deviennent son capital-social ou si l'on veut, se transforment en ce qu'il convient d'appeler le patrimoine de la société. L'existence de ce patrimoine est consacrée de façon explicite par les articles 1839 et 1899 C.c.B.C. et constitue même une caractéristique qui fait de la société commerciale une personne morale³⁶. Ce patrimoine est protégé de multiples façons comme en font foi les articles 1840 C.c.B.C. sur les intérêts devant être versés par l'associé au cas du manquement dans le versement d'apports ou lorsque des sommes d'argent sont prises dans la caisse, 1845 C.c.B.C. sur la responsabilité du partenaire au cas de dommages causés à la société, 1848 et 1886 C.c.B.C.³⁷ à l'effet qu'il ne peut y avoir partage que des bénéfices, 1851(2) C.c.B.C. sur l'utilisation des choses de la société, 1885 C.c.B.C. sur le retrait de par le commanditaire de son apport du fonds commun, 1886 C.c.B.C. sur le paiement d'un profit qui entame le fonds commun de la société en commandite et enfin les articles 1898 et 1899 C.c.B.C. qui requièrent la dissolution de la société avant que ne soit effectué le partage des biens sociaux. De l'ensemble de ces dispositions et tout comme en droit des compagnies, il faudrait donc un surplus d'opérations ou à tout le moins un gain évaluable en argent pour qu'il y ait partage des bénéfices³⁸. Toutefois le C.c.B.C. ne fait pas de lien entre la protection du capital-social de la société et le partage des bénéfices qui placerait la société en situation d'insolvabilité au sens de la L.S.C.C. et de la L.C.Q.³⁹. Il pourrait donc y avoir partage des bénéfices de la société même si cette répartition est susceptible de causer des ennuis à la société sur le plan

35. *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, (1975) 23-24 Eliz. II, modifiée par c. 33, 1978-79, c. 9, (ci-après désignée L.S.C.C.), art. 41; *Loi sur les compagnies de la province de Québec*, L.R.Q. 1977, c. C-38, (ci-après désignée L.C.Q.) arts 80 et 81.

36. Voir à cet effet Y. LAUZON, *Droit des sociétés*, vol. 12, C.F.P.B.Q., 1984, p. 17.

37. Il faut souligner la qualité de la règle contenue au paragraphe 3 de l'article 1886 C.c.B.C. qui permet au commanditaire de recevoir du profit même si le capital-social se dégrade. Ceci n'est pas sans rappeler la jurisprudence de common law en matière de déclaration de dividende: *Lee c. Neuchatel Asphalte Co.*, (1889) 41 Ch. D. 1; *Verner c. General & Commercial Investment Trust*, (1894) 2 Ch. D. 239.

38. L.S.C.C., *supra*, note 35, art. 40; L.C.Q., *supra*, note 35, arts 9, 94 et 123.70.

39. L.S.C.C., *supra*, note 35, art. 40; L.C.Q., *supra*, note 35, arts 94 et 123.70.

des liquidités. On peut regretter cette lacune au point de vue du maintien en vie d'une entité saine; pour ce qui est des tiers, ils ne sont pas affectés du fait du principe de la responsabilité personnelle des associés vu les dispositions de l'article 1854 C.c.B.C.

Les modalités de partage des bénéfices et la relation de ces derniers avec les autres formes de rémunération sont susceptibles d'être des sources de confusion en droit des sociétés. Le C.c.B.C. est silencieux sur les modalités de partage des bénéfices; on ne trouve rien sur l'instance qui serait chargée de déterminer le niveau des bénéfices et qui déciderait de la proportion qui serait versée aux sociétaires et de la fréquence des versements des profits. De même, le C.c.B.C. est silencieux sur tout ce qui regarde l'information financière et l'exercice financier de la société. Toutes ces questions sont réglées par le contrat de société et font l'objet de développements dans la deuxième partie du travail. Pour l'instant, il suffit de noter qu'il est parfaitement possible à la société de verser du salaire aux associés (le salaire est alors désigné prélèvement) ou encore de retenir dans la société des profits qui pourraient être par ailleurs distribués et ce, tout comme le fait la compagnie. À cette fin, la convention de société contient généralement des dispositions sur l'exercice financier de la société, sur la préparation et la présentation aux associés d'états financiers et sur la nomination du vérificateur. Sur la foi de ces documents, les associés pourront donc décider de constituer des réserves ou de procéder à la répartition des bénéfices. Par ailleurs, les pertes seront absorbées par le capital-social, tout comme c'est le cas pour la compagnie. Enfin, la société, tout comme la compagnie, peut utiliser des états financiers différents d'une part, pour fins de gestion interne ou d'obtention de financement et d'autre part, pour fins fiscales.

§ 3. L'apport

Lorsqu'il est question de la souplesse de la société à titre de véhicule aux fins de faire fonctionner l'entreprise, se pose la question de l'apport. Cette exigence de la mise en commun des ressources, manifestation de l'*affectio societatis*⁴⁰, fait-elle de la société, une institution qui manque de souplesse? Toute réflexion sur l'apport doit se faire en deux temps, soit d'une part sur la mise en commun et d'autre part sur le maintien de ladite mise. Les auteurs qui se sont penchés sur la nature de l'apport susceptible d'être fourni par un

40. Définir l'*affectio societatis* comme la volonté d'entrer dans la société conduit à tirer de la mise en commun d'apports, la preuve d'une telle volonté: A. VIANDIER, *op. cit.*, *supra*, note 24, 156.

sociétaire ont reconnu que l'apport peut prendre de très nombreuses formes que l'on peut regrouper en trois catégories soit le numéraire, les biens et les services⁴¹, le mot "services" devant être entendu ici au sens de crédit, habileté et industrie⁴². L'article 1873 C.c.B.C. limite cependant l'apport du commanditaire à une somme d'argent ou encore à un bien. Il est également reconnu que l'apport peut être fourni en pleine propriété ou en jouissance⁴³. Dans ce dernier cas, le sociétaire remet l'usage du bien à la société tout en conservant la propriété du bien. Cette remise peut se faire en constituant la société elle-même usufruitière ou en transférant à la société l'usufruit dont le sociétaire est lui-même titulaire ou en donnant à la société un droit d'usage⁴⁴.

Compte tenu de l'importance de l'apport sous tous ses aspects, il est nécessaire de l'évaluer au moment où il est consenti à la société, dans la mesure où il s'agit d'un apport en nature et plus particulièrement dans le cas d'un apport en industrie puisque ce dernier est à exécution successive. L'importance de l'évaluation tient du fait que le sociétaire est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'apporter⁴⁵, qu'il est redevable des intérêts sur les sommes promises et non fournies⁴⁶, le tout sous peine de dissolution de la société et de poursuites en dommages de la part des associés⁴⁷. À ces éléments qui militent en faveur de l'évaluation de l'apport, il faut ajouter le fait que le sociétaire ne peut utiliser pour lui-même l'industrie et les sommes d'argent promis à la société⁴⁸.

Enfin, il est parfaitement loisible à un associé de prévoir les modalités de remise de son apport à la société, notamment la nature et l'importance de la contribution et l'échelonnement des versements.

41. Art. 1830 C.c.B.C. Voir sur le sujet A. PERRAULT, *op. cit., supra*, note 27, 392; J. SMITH, *loc. cit., supra*, note 26, 283.

42. Art. 1830 C.c.B.C. Le C.c.B.C. permet l'apport sous forme de crédit contrairement à l'article 1832 du Code civil français.

43. P.B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 23, 193. S'il s'agit de l'apport en jouissance d'un corps certain qui ne se consomme pas par l'usage, le risque de la chose incombe au sociétaire: art. 1846 C.c.B.C. Par ailleurs, les choses qui se consomment sont à la charge de la société: art. 1846 C.c.B.C.

44. A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27, 392; voir aussi J. SMITH, *loc. cit. supra*, note 26, 286.

45. Art. 1839 C.c.B.C.

46. Art. 1840 C.c.B.C.

47. Art. 1841 C.c.B.C.

48. Art. 1842 C.c.B.C.

Et lorsque l'apport est sous forme d'industrie, il est indispensable de le faire puisqu'à toute fin pratique, on établit alors les conditions de travail du sociétaire et le niveau des obligations qu'il encourt à l'égard de la société en matière d'exclusivité de service⁴⁹.

La technique de l'apport, par sa très grande souplesse quant à la nature de la contribution possible et aux modalités de remise à la société, supporte très bien la comparaison avec la souscription d'actions en droit des compagnies⁵⁰. De plus, la technique de l'apport offre à la société et aux partenaires, des moyens juridiques considérables aux fins d'obtenir la remise des apports, qui ne sont pas sans rappeler la technique de l'appel de versements de la L.C.Q. qui permet à la compagnie québécoise de récupérer les sommes impayées sur les souscriptions d'actions⁵¹. Ces moyens sont le recours en dommages-intérêts, le recours en dissolution de société, le recours en reddition de compte pour les profits réalisés par le partenaire alors qu'il s'est servi des biens devant faire l'objet d'un apport à la société⁵².

§ 4. La part sociale

L'apport, une fois remis à la société, se transforme en capital-social pour cette dernière et en part sociale pour le sociétaire et il nous paraît logique à ce stade-ci de jeter un bref coup d'oeil sur cette notion et de la comparer à l'action de compagnie. La part sociale, en raison du caractère *intuitu personae* de la société, est essentiellement un droit personnel et un bien meuble incorporel puisque l'associé n'est pas propriétaire des biens mis en commun; c'est la société qui est propriétaire du patrimoine social et l'associé lui n'est propriétaire que de sa part tout comme en droit des compagnies où l'actionnaire n'est propriétaire que de ses actions⁵³. Certains ont associé la part sociale à un droit de créance⁵⁴, ce qui ne va pas sans créer des difficultés au

49. *Ibid.*

50. Par exemple, en vertu de la L.S.C.C., il n'est pas possible à un actionnaire de différer le paiement de sa souscription d'actions alors qu'il est possible de prévoir le versement différé des apports de la société: L.S.C.C., *supra*, note 35, art. 25. En vertu de la L.C.Q. il est permis à l'actionnaire de différer le paiement de ses actions: *supra*, note 35, art. 66.

51. Arts 1840, 1841, 1842 C.c.B.C. Pour un exposé sur ces dispositions voir J. SMITH, *loc. cit. supra*, note 26, 293.

52. Arts 1839 et ss C.c.B.C.

53. Voir à cet effet P.B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 23, 192 et ss.

54. M. de JUGLART, B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial*, Paris, Éditions Montchrestien, 1980, p. 244.

chapitre notamment de savoir "qui est le débiteur de qui" au chapitre des apports par exemple⁵⁵.

Ce droit de propriété conféré à l'associé sur la part sociale serait susceptible de lui donner le droit d'en disposer à sa guise, notamment d'en transférer la propriété ou de la céder en garantie. Nous avons vu que le caractère personnel du contrat de société empêche l'associé de disposer librement de sa part et constituerait sûrement un empêchement à la cession en garantie puisqu'au cas de la réalisation de la garantie, la totalité ou une partie des droits de l'associé pourrait être exercée par le créancier⁵⁶. D'autre part, la nature même de la part sociale fait que celle-ci ne peut être cédée en garantie par le sociétaire puisque le gage d'une chose mobilière requiert dépossession, ce qui n'est pas possible dans le cas d'une part sociale⁵⁷; en effet notre législateur, contrairement à ce qui se fait en droit français, n'a pas prévu de technique particulière pour arriver à produire une dépossession nécessaire du cédant en faveur du cessionnaire afin de constituer un gage⁵⁸. Notre droit est même fort contraignant en la matière pour la société commerciale puisque la saisie de la part d'un associé d'une telle société met fin à la société et que toute société prend fin par la faillite d'un associé⁵⁹. En cette matière d'utilisation de la part sociale à des fins de financement personnel par le sociétaire, on doit donc conclure que la part sociale n'est d'aucun intérêt alors que l'actionnaire d'une compagnie peut facilement transporter en garantie les actions qu'il détient. Cet état de fait nuit non seulement au sociétaire qui veut se financer par voie d'emprunt, mais aussi au sociétaire qui achète une part sociale et qui n'en paie qu'une partie comptant: il ne pourra utiliser la part sociale pour garantir la balance de vente comme le ferait l'actionnaire avec ses actions par le biais, par exemple, d'une convention d'entiercement.

Il faut noter que le législateur est beaucoup plus souple en ce qui concerne la cession par le commanditaire de son intérêt dans une

55. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, p. 482.

56. *Supra*, p. 8.

57. Art. 1970 C.c.B.C.

58. Voir à cet effet les articles 1866 et ss. du Code civil français. Voir également à cet effet A.G. TAITHE, P. WALLET, *La société civile*, Paris, Jurictionnaires Joly, 1979, pp. 165 et ss; pour ce qui est de la société civile, voir M. de JUGLART, B. IPPOLITO, *op. cit. supra*, note 54, 245 pour ce qui est des sociétés commerciales.

59. Art. 1892 C.c.B.C.

société en commandite⁶⁰. Cette règle est une illustration du statut d'apporteur de capitaux qu'est celui du commanditaire et nous verrons que les contrats élaborés en matière de société en commandite prévoient une procédure à cet effet qui est d'utilisation aussi facile que le transfert d'actions en droit des compagnies⁶¹.

§ 5. L'administration de la société

Le C.c.B.C. donne beaucoup de latitude aux partenaires pour ce qui est de convenir des règles qui vont établir les modalités de l'administration de la société. Les seules dispositions du C.c.B.C. en la matière portent sur le mode d'administration des affaires de la société lorsque le contrat est silencieux à cet égard⁶², sur les relations entre les associés chargés par la convention d'administrer la société⁶³, sur la durée du mandat ainsi que les pouvoirs découlant de ce mandat lorsqu'un associé est nommément désigné dans le contrat⁶⁴, et sur le partage des pouvoirs entre les commandités et les commanditaires⁶⁵. Les associés devront donc convenir de tout ce qui regarde la gestion de la société et à cet égard, ils peuvent vraiment se donner le modèle qui leur convient le mieux. Cette souplesse est fort intéressante pour les partenaires et a été de fait stimulante pour le développement du droit puisque le droit des compagnies a évolué dans cette direction par le biais des conventions entre actionnaires et des conventions unanimes d'actionnaires qui permettent de s'écarter du modèle corporatif pour ce qui regarde la gestion des affaires de la compagnie⁶⁶.

§ 6. La responsabilité des sociétaires

L'un des principaux arguments en faveur de la création de compagnies plutôt que des sociétés, a toujours été que la compagnie permet aux actionnaires de limiter le risque qu'ils encourent au montant du capital-actions qu'ils ont souscrit et payé alors que les partenaires d'une société, sauf pour ce qui est des commanditaires de la société en commandite, sont responsables sur leur patrimoine

60. Art. 1882 C.c.B.C.

61. Art. 1873 C.c.B.C.

62. Art. 1851 C.c.B.C.

63. Art. 1850 C.c.B.C.

64. Art. 1849 C.c.B.C.

65. Arts 1876, 1884, 1887 et 1888 C.c.B.C.

66. Voir à cet effet P. MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej Ltée, 1983, 277 pp.

personnel des dettes de la société⁶⁷. Par ailleurs, lorsque la compagnie se finance par voie de capital-emprunt, on constate que les créanciers, si la situation l'exige, n'hésiteront pas à faire appel au cautionnement personnel des principaux actionnaires et des dirigeants de la compagnie aux fins d'augmenter les garanties afférentes au financement qu'ils consentent. Dans un tel cas, le voile corporatif permet aux actionnaires d'échapper aux seuls recours des créanciers de la compagnie dont la source de la créance ne tient pas au financement de la compagnie. Si d'autre part, l'entreprise oeuvre dans un secteur où il n'y a que peu de risques ou qui implique des risques pour lesquels il est facile de se trouver de l'assurance à bon compte et que l'on se situe toujours dans la perspective où les partenaires, qu'ils soient des associés ou des actionnaires, ont cautionné la compagnie, il peut fort bien arriver que, dans ce contexte, la société soit aussi intéressante que la compagnie comme modèle d'organisation.

Sur le plan du partage de la responsabilité pour les pertes de la société, il est possible aux associés d'échapper au partage par tête de ladite responsabilité et même d'exclure un associé du partage des pertes par une disposition à cet effet dans la convention, ce qui n'est pas sans intérêt⁶⁸. Le sociétaire qui obtient un tel dégagement se trouve à recevoir de la part de ses coassociés, une garantie de remboursement totale ou partielle pour toute contribution aux pertes de la société. Le niveau de protection dont il bénéficie est alors équivalent à la solvabilité de ses coassociés, ce qui, compte tenu des risques, peut s'avérer être insuffisant. Toutefois, il ne faut pas oublier que ces dispositions contractuelles portant sur l'exclusion totale ou partielle dans les pertes ne sont pas opposables aux tiers⁶⁹; ceci fait en sorte que l'associé exclu des pertes devra tout de même encourir, le cas échéant, les frais d'une participation à l'instance judiciaire à moins qu'il ait été convenu que les coassociés soient également responsables d'indemniser l'associé des frais afférents à toute poursuite venant d'un tiers.

Les règles dont nous venons de faire état ne reçoivent plus d'application lorsqu'il est question de la société en commandite; le commanditaire bénéficie à cet égard du même statut que l'actionnaire

67. Sur le principe corporatif, voir P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, Montréal, Éditions Thélème, vol. 1, 1984, pp. 1-7 et ss, arts 1854 et 1899 C.c.B.C. La responsabilité des commanditaires de la société en commandite est tout à fait semblable à celle des actionnaires; art. 1875 C.c.B.C.

68. Art. 1831 C.c.B.C.

69. *Ibid.*

dans la compagnie puisque le risque qu'il court est limité à sa mise⁷⁰. Et si l'on veut maximiser la protection accordée aux partenaires d'une société en commandite, il suffirait que le commandité soit une compagnie dont les actionnaires seraient par ailleurs les commanditaires. Les partenaires bénéficieraient alors d'une protection absolue. Cette protection dont bénéficient les commanditaires est toutefois fragile puisqu'elle tient au respect des règles énoncées aux articles 1877 à 1881 C.c.B.C.⁷¹. Ces règles sont relativement strictes et le manquement à ces règles est sanctionné très sévèrement par le législateur: les commanditaires deviennent responsables des dettes de la société au même titre que les commandités⁷². C'est sans doute pour cette raison, comme nous le verrons ci-après⁷³, que dans de nombreuses conventions de société en commandite qui font un appel public à l'épargne, le commandité, dont la responsabilité est de gérer les affaires de la société et de procéder à la mise à jour de la déclaration de société, se rend responsable vis-à-vis les commanditaires de tout manquement à ce devoir. Le commandité, au cas où il aurait failli à cet engagement, s'engage donc dans la convention à indemniser les commanditaires au cas où ces derniers seraient poursuivis pour les dettes de la société. On peut se demander si les commanditaires sont bien protégés par une telle disposition dans la convention dans la mesure où les commanditaires n'ont aucune connaissance des affaires de la société et dans la mesure où le commandité pourrait être une compagnie ayant en fait peu d'actifs.

§ 7. De l'utilisation conjointe de la société et de la compagnie

Il est maintenant acquis que la corporation peut être partie à une convention de société, d'autant plus que les deux lois pertinentes permettent maintenant à la corporation de faire affaires sous une dénomination sociale autre que la sienne⁷⁴. Il serait donc possible,

70. Art. 1875 C.c.B.C.

71. Ces dispositions portent sur le contenu et la mise à jour de la déclaration de la société en commandite. Voir à cet égard l'arrêt *Gagnon de Billy et al. c. Beaulieu*, (1977) C.P. 250.

72. Art. 1880 C.c.B.C.

73. *Infra*, p. 539.

74. L.S.C., *supra*, note 35, art. 10(6); L.C.Q., *supra*, note 35, art. 34. Pour un exposé sur la question de la compagnie ayant le statut de sociétaire, voir J. SMITH, *loc. cit. supra*, note 28, 126.

par exemple, à deux compagnies de s'unir par le biais d'une convention de société, en vue de réaliser un projet d'autant plus que, comme nous le verrons plus loin, il peut fort bien arriver que sur le plan fiscal notamment, les compagnies veuillent profiter de leur statut de sociétaire. Pour ce qui est de la société en commandite, il sera possible à une compagnie d'être commanditaire ou commanditée ce qui permettra, nous le verrons, de mettre en place des combinaisons intéressantes⁷⁵. Par ailleurs se pose la question de savoir si deux sociétés pourraient en former une troisième. Compte tenu des dispositions de l'article 1830 C.c.B.C. et de celles de l'article 17(11) C.c.B.C., la société, bien que bénéficiant par ailleurs de certains traits de la personnalité morale, ne pourrait elle-même être partie à une convention de société⁷⁶. De toute manière et indépendamment de la lecture des textes, il faut souligner que toute l'économie du régime de responsabilité est basée sur la responsabilité personnelle des associés, ce qui suppose que l'associé soit susceptible de responsabilité⁷⁷.

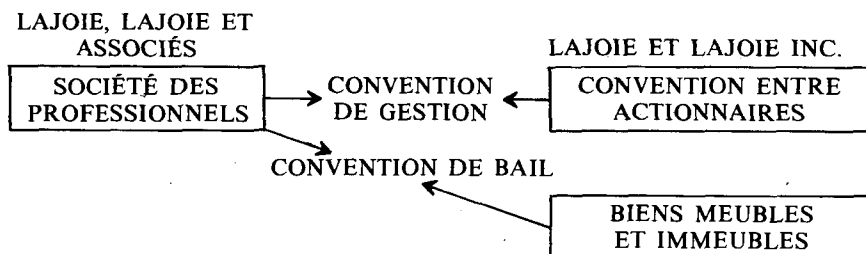
Il est possible à des sociétaires, par exemple les membres d'une société de professionnels, de confier la gestion de leur société à une compagnie dont ils sont les seuls actionnaires⁷⁸. Cette dernière se chargera, moyennant le versement d'une rémunération, de toutes les questions administratives concernant la société: perception des comptes, paiement des taxes et assurances, gestion du personnel non professionnel, entretien de l'équipement, etc. Cette compagnie de gestion pourrait également être propriétaire des biens meubles et immeubles nécessaires à l'activité professionnelle; ces biens seraient loués par la compagnie de gestion à la société de gestion. Vous trouverez ci-après l'organigramme O-1 d'une telle organisation qui compterait une société regroupant dix professionnels, une compagnie comptant dix actionnaires qui seraient les mêmes personnes que les sociétaires, ainsi que les différentes conventions faisant le lien entre les deux:

75. Art. 1871 C.c.B.C.

76. Sans compter que sur le plan fiscal la situation serait fort compliquée. Voir sur la définition de société P.B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 23, 181; sur la question de la personnalité morale et de la société commerciale, voir A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27, 425.

77. Arts 352 et ss. C.c.B.C.

78. Sur le sujet, voir Y. DEMERS, "La compagnie de services ou une compagnie au service du notaire", (1978) *C.P. du N.* 369.

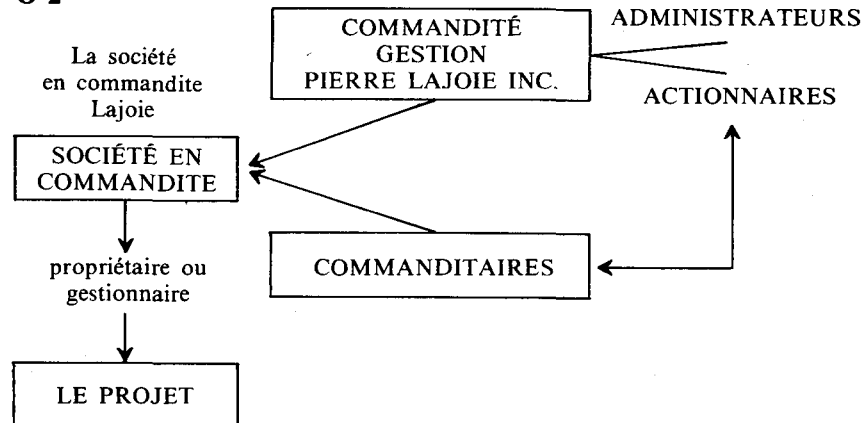
O-1

On note que les professionnels devraient conclure quatre conventions afin de mettre en place le mécanisme prévu ci-devant soit une convention de société, une convention entre actionnaires, une convention de gestion et une convention bail, en plus d'avoir à constituer la compagnie de gestion. Des variables pourraient être apportées à l'organigramme ci-devant: par exemple, les actionnaires de la compagnie de gestion pourraient être les compagnies de portefeuille de chacun des associés. De toute manière il sera important, comme nous le verrons ci-après, de faire en sorte que la convention de société, les statuts de la compagnie de gestion et la convention entre les actionnaires de cette dernière soient en harmonie, de façon par exemple à ce que la détention des actions de la compagnie de gestion soit liée au statut de sociétaire. La mise sur pied d'une telle organisation serait susceptible de permettre aux sociétaires de bénéficier de certains avantages au niveau du fonctionnement de l'ensemble, de la responsabilité professionnelle et de la fiscalité.

Dans cette perspective de l'utilisation de la société, la société en commandite permet de faire des combinaisons intéressantes avec la compagnie. Ainsi, il est possible de créer une société en commandite dans laquelle le commandité est une compagnie et dont les commanditaires pourraient être des personnes physiques ou des corporations au sens du C.c.B.C., elles-mêmes actionnaires de la personne morale qui agit comme commandité tel que l'illustre l'organigramme O-2 à la page suivante. On peut à partir de ce premier modèle d'organisation prévoir des variations qui peuvent être utiles en certaines occasions.

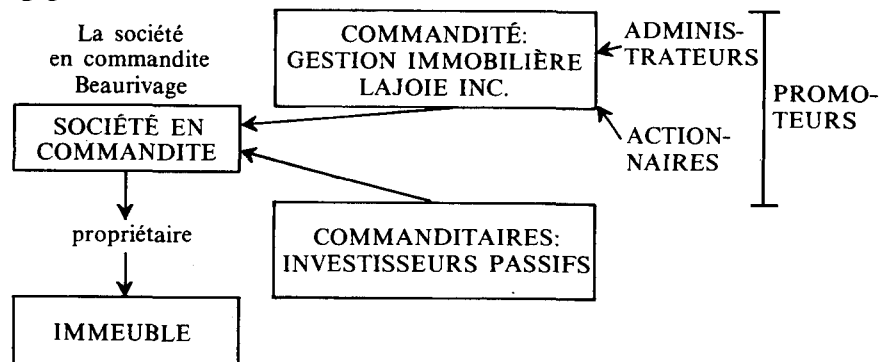
Une première variation de ce schéma se trouve dans les sociétés formées en vue de l'exploitation d'un immeuble résidentiel à logements multiples dits "de catégorie 31 et 32" au sens de la Loi de l'impôt tout en ne perdant pas de vue qu'un tel schéma peut être

O-2



utilisé en rapport avec d'autres types de projets ayant les mêmes objectifs. Dans ce cas, on prévoit la constitution d'une société en commandite qui achète l'immeuble. Le commandité est une compagnie dont les administrateurs et les actionnaires sont les promoteurs du projet et les investisseurs deviennent les commanditaires le tout tel qu'illustré ci-après par l'organigramme O-3:

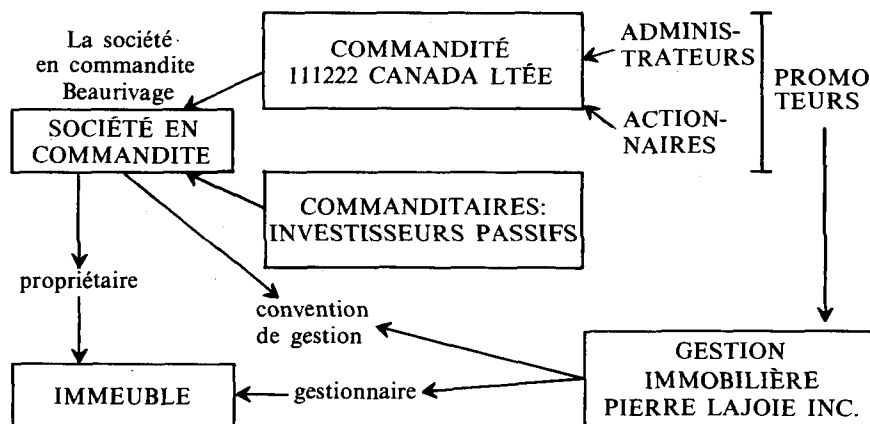
O-3



Par ailleurs, dans la mesure où les promoteurs souhaitent que leur compagnie de gestion échappe à la responsabilité qui est celle du commandité et qui porterait dans ce cas non seulement sur la qualité de la gestion mais aussi sur la viabilité de l'ensemble du projet, le commandité de notre exemple précédent serait remplacé par une compagnie dont les actionnaires et les administrateurs seraient toujours les promoteurs. Cette compagnie aurait deux missions à accomplir. La première serait, bien sûr, d'agir à titre de commandité

de la société en commandite propriétaire de l'immeuble et la seconde serait de signer, à titre de commandité, une convention de gestion avec une entreprise de gestion immobilière dont les actionnaires et les administrateurs seraient les promoteurs. L'organigramme deviendrait alors le suivant:

O-4



Il est clair que les deux modèles d'organisation dont nous venons de faire état servent très bien les intérêts des promoteurs du projet qui peuvent augmenter le volume de leurs affaires par le biais de contrats de gestion; par ailleurs, le dernier organigramme sert quant à lui parfaitement les intérêts des promoteurs puisqu'en plus d'augmenter le volume des affaires, il leur permet d'échapper à toute responsabilité personnelle autre que celle découlant du statut de gestionnaire. Il faut souligner qu'avec ce schéma, les promoteurs n'ont plus aucune responsabilité quant à la viabilité du projet. Et à première vue, on peut penser que les commanditaires y trouvent aussi leur compte puisqu'ils bénéficient d'un avantage fiscal intéressant et possiblement d'une plus-value au niveau de la valeur de l'immeuble, sans avoir à s'impliquer dans la mise sur pied et la gestion du projet. Toutefois, il importe de soulever ici la question du conflit d'intérêts qui se pose pour les promoteurs dans les deux organigrammes ci-devant puisqu'ils font office de concepteurs, de commandité et de gestionnaire.

La difficulté vient de ce que le statut de commandité tel qu'établi par l'article 1876 du C.c.B.C. donne à ces derniers toute discrétion dans la gestion des affaires de la société: ils peuvent alors gérer les

affaires de la société d'une façon telle que ça puisse leur être profitable. Les commandités sont donc les administrateurs de la société et sur la base de ce statut, et par analogie avec le droit des compagnies, on peut établir que les commandités sont les mandataires de la société⁷⁹. À ce titre-là, les commandités devraient avoir une prudence minimale bien que notre droit et plus particulièrement notre droit des compagnies soit demeuré assez permissif en la matière⁸⁰. Or, ce que l'on constate dans les sociétés en commandite destinées à canaliser les épargnes du public en vue de réaliser des projets à dégrèvements fiscaux, c'est justement que le commandité se place fréquemment en conflit d'intérêts et qu'au surplus les conventions de société en commandite en font état comme nous le verrons ci-après⁸¹. Elles en font état dans le but avoué de faire renoncer les commanditaires à tout recours qu'ils seraient susceptibles d'exercer contre le commandité en raison d'un conflit d'intérêts. Compte tenu de ces dispositions dans les conventions et prenant en considération le pouvoir que se donnent les promoteurs par le biais des statuts de commandité et de gestionnaire, on peut conclure que les promoteurs ont toute discrétion pour gérer les affaires de l'entreprise à leur guise.

La société en commandite peut également être utilisée dans le cas où on voudrait réaliser les fins suivantes:

1. Assurer la gestion d'un projet par le biais de spécialistes (grâce à un contrat de gestion — participation intervenant entre la société en commandite et une entreprise (compagnie) expérimentée dans le secteur d'activité retenu par la société en commandite et dont les destinées seraient dirigées par lesdits spécialistes);
2. Obtenir du capital de risque qui ne confère que très peu de pouvoir à ses détenteurs (en donnant à ces détenteurs le statut de commanditaire);
3. Permettre aux détenteurs de capital de risque (les commanditaires) d'inclure les pertes de la société dans le calcul de leur revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle l'exercice de la société se termine;

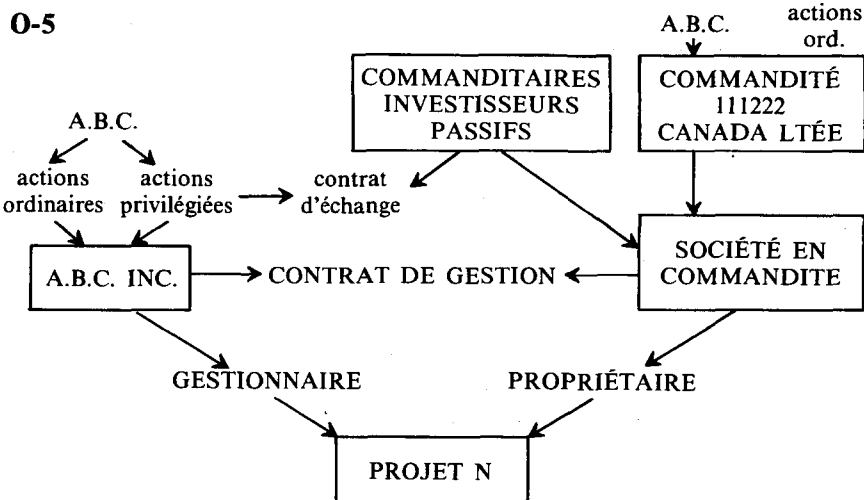
79. Arts 1706 et 1484 C.c.B.C.

80. Voir sur le sujet P. MARTEL, *op. cit. supra*, note 67, 22-13; aussi J. SMITH, "Transactions Involving Conflict of Interest in the Company Law of the Province of Quebec", (1973) 75 R. du N. 293; voir à cet effet l'arrêt *Chassé & Fils Ltée c. Plante*, (1952) B.R. 233.

81. *Infra*, p. 540.

- 4. Donner, le cas échéant, aux détenteurs de capital de risque (les commanditaires), la possibilité de devenir actionnaires de la susdite compagnie opérante soit pour des fins fiscales, soit pour effectuer un placement dans une entreprise en opération (grâce à une convention d'échange intervenue entre la société en commandite et la compagnie opérante); l'investisseur peut dès lors envisager de profiter non seulement des avantages fiscaux immédiats liés à son investissement mais aussi de transformer cet investissement en un placement authentique susceptible de s'apprécier;
- 5. Permettre auxdits spécialistes, qui sont les promoteurs du projet et dirigeants de la compagnie opérante, de garder en tout temps le contrôle absolu sur la gestion du projet et des véhicules juridiques pour le faire fonctionner.

Les fins énumérées ci-devant pourraient servir à des projets portant sur l'exploration minière, la production de film ou encore la gestion d'un projet immobilier et l'organigramme O-5 ci-dessous illustre la façon dont on a mis en place les différents véhicules juridiques pour rencontrer les objectifs visés. Il faut ajouter que le juriste à la recherche de solutions originales pour d'autres fins peut sûrement trouver dans l'organigramme ci-dessous une source d'inspiration intéressante du point de vue d'une part de la multiplicité des instruments juridiques utilisés et aussi des interrelations entre les différentes parties de l'organigramme. Pour fins de compréhension, soulignons que A, B et C sont les individus promoteurs du projet N dont il s'agit de faire l'acquisition et la gestion:



L'étude de l'organigramme ci-devant nous indique que A, B et C contrôlent parfaitement bien tous les centres de décision et sont en mesure de gérer le projet N en toute quiétude. Il faut noter ici le rôle important joué par les conventions d'appoint soit la convention d'échange et la convention de gestion. La première permet aux commanditaires d'échanger leurs parts contre des actions ordinaires ou privilégiées selon le cas afin de tirer profit d'avantages fiscaux⁸² ou encore de prendre une participation dans une entreprise dont les objectifs et l'expectative de vie dépassent la réalisation d'un projet du type du projet N. La seconde permet notamment à la compagnie A.B.C. Inc., de diriger le projet sans avoir à courir les risques afférents audit projet. Les investisseurs sont par ailleurs satisfaits puisqu'ils effectuent un placement intéressant, à tout le moins sur le plan fiscal, en limitant le risque couru, sans par ailleurs s'embarrasser des soucis de la gestion. Tout comme nous l'avons souligné ci-haut, se pose la question du conflit d'intérêts auquel font face les promoteurs. Ceux-ci sont en effet à la fois les administrateurs et les détenteurs des actions ordinaires du commandité 111222 Canada Ltée et les administrateurs ainsi que les détenteurs des actions ordinaires du gestionnaire, la compagnie A.B.C. Inc. En conséquence les commentaires, que nous faisons sur le sujet ci-devant⁸³, sont tout à fait pertinents à la situation décrite.

À la lumière des exemples utilisés précédemment, on peut conclure que les différents types de société en général et la société en commandite en particulier se prêtent à des utilisations intéressantes lorsqu'on s'en sert conjointement avec des compagnies et que l'on utilise des conventions d'appoint pour faire les liens nécessaires.

§ 8. Le financement de la société par voie d'emprunts

Il a été question précédemment de l'apport des sociétaires, qui constitue une partie du financement que la société peut obtenir aux fins de lancer cette entreprise. Afin de donner une idée de l'ensemble du financement de la société, nous allons faire état de quelques considérations sur le financement par voie d'emprunt. Au niveau des techniques de financement, la société peut avoir recours au prêt à demande que ce soit le billet à demande comme tel ou la marge de crédit (crédit rotatif) ou au prêt à terme. Pour ce qui est des sûretés

82. Les parties impliquées pourraient faire les choix nécessaires de façon à effectuer un roulement qui ne produise pas d'incidence fiscale.

83. *Supra*, pp. 509 et 510.

immobilières, à l'exclusion de celles qui peuvent être prises en vertu de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, la société a toute latitude pour se prévaloir de ces sûretés⁸⁴.

Sur le plan des sûretés mobilières afférentes au financement par voie d'emprunt, il faut distinguer selon que la société est civile ou commerciale⁸⁵. Si la société est civile, elle ne pourra utiliser à titre de débiteur les sûretés que le législateur réserve aux commerçants comme par exemple le nantissement commercial⁸⁶ et certaines modalités de la cession des comptes à recevoir⁸⁷; seules les sociétés reconnues comme commerciales pourront se servir de ces deux sûretés. La *Loi sur les cessions de biens en stock* ne fait pas de distinctions semblables et il suffit que le constituant exploite une entreprise, que cette entreprise soit civile ou commerciale, qu'elle soit incorporée ou pas⁸⁸. Par ailleurs, tous les types de société pourront se prévaloir du nantissement agricole et du nantissement forestier dans la mesure où l'activité de la société est conforme aux exigences du C.c.B.C. pour chacune de ces deux sûretés⁸⁹. Du point de vue de la cohérence législative, il est curieux de constater que les sociétés civiles dont les activités sont dans les secteurs de l'agriculture, l'élevage et la sylviculture⁹⁰, et dont les entreprises sont souvent considérables sur le plan économique, puissent utiliser la technique juridique de la mise en gage sans dépossession alors que les autres sociétés civiles ne pourraient le faire, ladite technique étant alors réservée aux sociétés

84. Arts 1967 et 2016 C.c.B.C. Voir sur le sujet S. BINETTE, *Les sûretés*, Montréal, La Librairie de l'Université de Montréal, 1981-82, p. 33. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. 1977, c. P-16.

85. Sur le sujet de la commercialité, voir A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27, 401. Il faut aussi tenir compte de l'évolution de la jurisprudence récente lorsqu'il est question de la commercialité des immeubles. À cet effet voir, les arrêts *Les Entreprises Pabi Inc. c. Cassulo*, (1977) C.A. 522 et *Kenscol Properties Ltd. c. Security Real Estate Inc.*, C. App. Montréal, no 09-001035-740.

86. Art. 1979e) C.c.B.C.

87. Arts 1571d), 1578 et 1966 C.c.B.C.

88. Voir à ce sujet J. AUGER, "Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stock en vertu de la *Loi sur les banques et du droit québécois*", (1983), 14 R.D.U.S. 221; *Loi sur les cessions de biens en stock*, L.Q. 1982, c. 55.

89. Art. 1979a) C.c.B.C.

90. Ces entreprises seraient, nonobstant leur taille, considérées comme civiles puisqu'elles constituent le premier maillon de la chaîne de l'exploitation des ressources naturelles. Voir *supra*, note 85.

commerciales⁹¹. Sur le plan pratique, il faut comprendre qu'il y a de fait peu de sociétés civiles oeuvrant dans les secteurs autres que l'agriculture, l'élevage et la sylviculture qui aient des actifs mobiliers assez importants pour que les prêteurs s'y intéressent⁹²; c'est ce qui a pu inciter le législateur à accorder l'exception aux entreprises agricoles, d'élevage et sylvicoles.

En ce qui a trait à la sûreté de l'article 178 de la *Loi sur les banques*⁹³, les constituants qui peuvent s'en servir sont déterminés à partir de la nature de leur activité et non en fonction du type de véhicule juridique utilisé pour faire fonctionner l'entreprise⁹⁴. La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* établit cependant des distinctions sur la base du véhicule juridique retenu⁹⁵ et c'est ainsi qu'en vertu de cette Loi, seules les compagnies peuvent se prévaloir des sûretés prévues aux articles 27 et suivants. Un amendement apporté en 1983 au C.c.B.C. permet maintenant aux seules sociétés en commandite d'émettre des bons et obligations et d'exercer les pouvoirs prévus à la section VII de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*⁹⁶. On peut sans doute établir un lien entre cette évolution législative en matière de financement de la société en commandite et l'utilisation croissante de cette dernière dans le développement de projets dont les risques et les besoins de financement sont élevés. Ce nouvel usage que l'on fait de la société origine sans doute de considérations fiscales nouvelles⁹⁷.

Sur le plan des possibilités de financement par voie d'emprunts de la société, on peut conclure que seule la société qui n'est pas en commandite et qui voudrait se financer par le biais d'un acte de

91. On peut expliquer cet état de fait par la personnalité morale que l'on confère à la société commerciale. Voir à cet effet L. PAYETTE, "Société en commandite — émission d'obligations garanties par acte de fiducie", (1983) 43 *R. du B.* 909.

92. Les seules auxquelles on pourrait songer sont les sociétés de professionnels et de toute manière celles-ci transfèrent souvent les actifs mobiliers dont elles ont besoin à des compagnies.

93. *Loi sur les banques*, S.C. 1980-81-82, c. 40.

94. *Id.*, art. 178. Ce sont les marchands en gros ou au détail, les fabricants, les agriculteurs et éleveurs, les sylviculteurs et les pêcheurs.

95. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. 1977, c. P-16.

96. Art. 1833.1 C.c.B.C. qui est entré en vigueur le 22 juin 1983. Sur le sujet voir L. PAYETTE, *loc. cit. supra*, note 91, où l'auteur indique que cette exception en faveur de la société en commandite s'explique par le fait que la société commerciale possède la personnalité morale.

97. *Infra*, p. 516.

fiducie se trouve défavorisée du fait de son statut juridique. La société civile qui ne peut se servir des modalités du nantissement commercial et de certaines modalités de la vente de créances s'en voit privée non pas à cause des caractéristiques juridiques de la société mais bien parce qu'elle n'a pas le statut de commerçant; l'entreprise pourrait prendre la forme d'une compagnie qu'elle ne pourrait pas plus utiliser le nantissement commercial ou certaines modalités de la vente de créances. Pour ce qui est des autres sûretés, les exigences du législateur se situent au niveau de la nature des activités et non au niveau du véhicule juridique et dans le cas de la cession de biens en stock le législateur s'est référé au concept de l'entreprise peu importe qu'elle soit civile ou commerciale et peu importe qu'elle soit incorporée ou non⁹⁸. Il faut aussi retenir que la société en commandite est vraiment sur le même pied que la compagnie pour ce qui est des possibilités de financement par voie d'emprunts. Globalement donc, on peut dire que la société supporte fort bien la comparaison avec la compagnie pour ce qui est des techniques de financement par voie d'emprunts qu'elle peut utiliser.

Quant aux techniques de financement dérivées de l'emprunt comme le crédit-bail et la vente conditionnelle, on ne relève pas dans le C.c.B.C. d'empêchements pour la société d'utiliser ces techniques⁹⁹.

§ 9. L'aide financière aux associés

Dans le cadre d'une analyse de l'intérêt de la société, il est certes utile de voir dans quelle mesure la société, compte tenu du régime juridique qui est le sien, peut aider financièrement un associé et le cas échéant, de comparer les modalités de cette aide avec celle que peut apporter la compagnie à son actionnaire. Cette aide peut s'effectuer de deux façons soit d'une part l'aide directe c'est-à-dire, le prêt d'argent, et d'autre part l'aide indirecte au sociétaire c'est-à-dire, le cautionnement. Pour ce qui est du prêt consenti par la société à un sociétaire qui est par ailleurs en règle avec la société quant à ses apports, la seule disposition qui traite de la question est celle de l'article 1851(2) C.c.B.C. En fait, il n'est pas question à cet article de l'aide financière directe à un sociétaire mais plutôt de l'utilisation par

98. C'est le cas du nantissement agricole, du nantissement forestier et de la cession de l'article 178 de la *Loi sur les banques*, S.C. 1980-81-82, *supra*, note 93. Voir également *Loi sur la cession de biens en stock*, L.Q. 1982, c. 55.

99. Pour ce qui est du crédit-bail, le législateur réfère implicitement au concept d'entreprise puisqu'il indique que le crédit-bail soit consenti pour des fins commerciales, industrielles, professionnelles ou artisanales; art. 1603 C.c.B.C.

ce dernier d'un bien faisant partie du patrimoine social, donc de l'emprunt en quelque sorte d'un tel bien. Compte tenu qu'il s'agit de la seule disposition en la matière, on peut donc conclure que l'aide financière directe ou indirecte à un sociétaire sera soumise aux dispositions de la convention.

§ 10. Des incitations fiscales à l'utilisation de la société

Les incitations fiscales à l'utilisation de la société sont nombreuses et de plusieurs ordres et notre propos n'est pas d'en faire l'étude. Notre but est beaucoup plus modeste et nous nous contenterons ici de faire état de quelques avantages fiscaux que l'on peut retirer de l'utilisation de la société. Tout d'abord, elle permet de passer outre au paiement de la taxe sur le capital des compagnies prélevée en vertu de la Loi sur les impôts du Québec et qui est égale à 3/10 de 1% du capital versé de la compagnie¹⁰⁰. Le capital versé doit être compris comme étant tout le financement à terme de la corporation que ce soit sous forme de capital-actions, de capital-emprunt et d'avances des actionnaires à la compagnie. Il est clair que les entreprises incorporées avec un taux élevé de capitalisation, comme par exemple les entreprises immobilières, sont durement touchées par une telle taxe. Un autre avantage de la société par rapport à la compagnie porte sur les prêts consentis par l'une ou l'autre des entités. Les prêts consentis par une compagnie à ses actionnaires sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions de la Loi de l'impôt qui portent sur les dividendes présumés et les avantages à l'actionnaire¹⁰¹ ce qui ne serait pas le cas pour le prêt consenti à une société¹⁰².

En matière d'acquisition d'entreprise, la société offre des avantages fiscaux dont il faut prendre note plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'investir dans des secteurs privilégiés par la législation fiscale que ce soit en matière d'immeubles¹⁰³, d'exploitation minière

100. *Loi sur les impôts*, L.R.Q. 1977, c. I-3, partie IV.

101. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, arts 15(2) et 80.4(2).

102. Sur le sujet voir A. PARIS, *Utilisation de véhicules autres que corporatifs lors de transactions d'achat et de vente*, Colloque sur la gestion fiscale, 1984, Association canadienne des études fiscales, tab. 5.

103. Voir à cet égard, Y. HÉBERT, *L'aspect fiscal des différentes techniques de financement immobilier*, Conférence présentée au Colloque de l'Association québécoise de planification fiscale et successorale sur l'investissement immobilier, septembre 1984; voir également J. MARIER, A. MICHAUD, "Société en commandite, véhicule pour détenir des immeubles à revenu", (1976) *C.P. du N.* 339.

ou de recherche scientifique¹⁰⁴. C'est ainsi qu'il faut comprendre la prolifération des sociétés en commandite mises sur pied pour fins d'acquisition et de gestion d'immeubles et de projets d'exploration minière. En dehors de ce contexte de traitement fiscal privilégié qui est fait à certaines activités afin d'en favoriser le développement, il faut noter que la société peut être un instrument utile sur le plan fiscal lorsqu'il s'agit de transférer à des investisseurs des pertes auxquelles on ne peut échapper¹⁰⁵, ou dont on voudrait se servir pour annuler des revenus de sources différentes¹⁰⁶, ou dans le cas de la vente partielle d'une entreprise exploitée par une compagnie¹⁰⁷, ou encore lorsqu'il s'agit de profiter le plus possible de la déduction accordée aux petites entreprises¹⁰⁸. Enfin, la société offre beaucoup de flexibilité dans la prise en compte du revenu des sociétaires puisqu'il faut choisir un exercice financier pour la société et que cet exercice financier peut commencer après celui de l'associé, ce qui permet à ce dernier de ne déclarer des revenus que beaucoup plus tard et par conséquent, de différer le paiement de ses impôts.

On peut donc conclure que, compte tenu de la situation qui est faite à la société et aux sociétaires par le législateur et compte tenu plus particulièrement de l'évolution récente de la fiscalité liée à certaines activités ou secteurs économiques, la société peut être un instrument très utile de planification fiscale et un véhicule intéressant pour faire des affaires.

§ 11. De la société et de certains contrats nommés et innommés

Il n'est pas dans notre intention de reprendre ici les démarches de nombreux auteurs qui se sont penchés sur les éléments juridiques qui

104. Sur le sujet voir A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102, 4.

105. Les considérations sur la fiscalité des sociétés qui suivent, que ce soit dans le texte ou dans les notes ci-après, sont tirées du texte de A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102. Les pertes dont il est ici question pourraient provenir de pertes d'opération ou d'amortissement fiscal accéléré: voir A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102, 4.

106. Des immeubles qui produisent du revenu de location et qui sont rentables pourraient être acquis par une société. Dans la mesure où les sociétaires possèdent par ailleurs des immeubles qui ne produisent que des pertes, il leur serait alors possible: voir A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102, 12.

107. Il s'agirait alors pour le vendeur et l'acheteur de s'associer dans une seule société: voir A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102, 4.

108. Au lieu de n'avoir qu'une corporation propriétaire de l'entreprise, on pourrait avoir une société formée de deux corporations: voir A. PARIS, *op. cit. supra*, note 102, 9.

distinguent la société d'un certain nombre de contrats nommés et innommés¹⁰⁹. Parmi ces contrats nous référons au prêt, au louage de biens et plus particulièrement aux baux portant sur des locaux commerciaux, au louage de service ou contrat d'emploi, au mandat et accessoirement à tous les contrats où l'une des prestations est susceptible d'être exprimée de façon à laisser croire qu'il puisse y avoir société comme par exemple le contrat d'édition, le contrat de licence de brevet, le contrat de licence de marque et le contrat de distribution. À cette nomenclature, il faut ajouter que le contrat de ré-assurance et le "pooling agreement" d'actions de compagnie ne constituent pas des conventions de sociétés¹¹⁰.

§ 12. De la société et de l'indivision

S'il est relativement facile de départager la société des contrats mentionnés ci-devant, et au besoin d'établir des liens entre ces contrats et la société, il est par ailleurs plus difficile de le faire lorsqu'il s'agit de l'indivision ou encore du *joint venture*. Il nous apparaît donc nécessaire de faire quelques commentaires sur les relations entre la société d'une part, et l'indivision et le *joint venture* d'autre part, afin de mieux faire ressortir les caractéristiques de chacune.

Pour ce qui est de la société et de l'indivision, il faut noter qu'il s'agit de deux institutions-soeurs puisqu'elles impliquent l'idée de propriété collective. Me James Smith, dans son article sur le contrat de société en droit québécois, passe en revue les distinctions que l'on fait de façon classique entre les deux¹¹¹: elles portent sur l'objet¹¹², le mode de formation¹¹³, l'administration¹¹⁴, la durée¹¹⁵ et la

109. Parmi les auteurs en question, on note P.B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 23, 395; H. ROCH, R. PARÉ, *op. cit. supra*, note 23, 334; J. SMITH, *loc. cit. supra*, note 28, 123.

110. Pour ce qui est du contrat de réassurance voir *Kungl c. The Great Lakes Reinsurance Company, Smalcom Herbert Blakely*, (1969) R.C.S. 342; sur le "pooling agreement" voir *Miller c. Blouin*, (1940) 78 R.C.S. 197.

111. J. SMITH, *loc. cit. supra*, note 28, 150.

112. La société est essentiellement active et a pour but de réaliser un gain alors que l'indivision est passive et ne vise qu'à conserver un bien.

113. Alors que la société résulte toujours d'une convention, l'indivision peut naître sans qu'il y ait d'accord entre les indivisaires.

114. La société présente, que ce soit par le biais de la convention ou par le biais des dispositions du C.c.B.C. sur la société, un état organisé alors que l'indivision est essentiellement inorganisée.

115. La durée de la société fait l'objet de dispositions dans le C.c.B.C. et dans la

dissolution¹¹⁶.

Quelques-uns de ces critères méritent quelques observations dans la mesure où l'on veut mieux comprendre la distinction entre les deux institutions et plus particulièrement entre la société et l'indivision conventionnelle¹¹⁷. En matière d'élaboration de convention, il est important de bien préciser l'objet de l'acte juridique en préparation. Et pour faire en sorte qu'une indivision ne soit qualifiée de société, il faut éviter de lui donner un caractère actif orienté sur la recherche du gain, caractère qui est possiblement la marque de commerce de la société¹¹⁸. L'accent dans l'indivision devra être mis sur la simple détention des biens, détention qui doit présenter un caractère tout à fait passif.

Le critère du mode de formation de la convention crée d'énormes difficultés. Il est tout à fait possible et surtout très simple pour des personnes de convenir de se placer en indivision et il est fréquent de rencontrer un tel arrangement en matière de détention d'immeubles¹¹⁹. Afin de convenir de leurs relations à titre d'indivisaires, les parties peuvent conclure une convention d'indivisaires¹²⁰, convention qui, à la rigueur, pourrait être qualifiée de convention de société, ainsi qu'on l'a fait dans l'arrêt *Tanguay c. Héritiers Légaux de feu Denis Sigouin et al.*¹²¹. Au niveau donc de la

convention. Par ailleurs, il est possible de mettre fin à l'indivision en tout temps: art. 689 C.c.B.C.

116. Par ailleurs, à d'autres égards et en fonction de motifs de dissolution différents de ceux mentionnés à la note précédente, la société pour ce qui est de sa durée, est liée à la survie de ses associés alors que l'indivision ne l'est pas.

117. Sur l'indivision qui naît de la convention voir *J. Robertson & Son Limited v. Guilbault et al.*, (1918) 54 B.R. 343.

118. Il s'agit de l'*affectio societatis*: voir à cet effet A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27, 396.

119. Sur le sujet voir R. GODIN, *L'indivision (joint venture) comme mode de financement*, Conférence présentée au Colloque de l'Association québécoise de planification fiscale et successorale sur l'investissement immobilier, septembre 1984. L'utilisation de l'indivision peut servir à la détention d'immeubles par d'autres que les institutions financières, notamment par des contribuables voulant profiter des dégrèvements fiscaux afférents à certaines catégories d'immeubles.

120. *Ibid.*

121. (1968) C.S. 273. Dans cet arrêt, le juge en vient à la conclusion que les indivisaires ont formé une société, alors que par ailleurs les dispositions du contrat portent clairement sur la moitié indivise de l'actif détenu en indivision. Voir sur le sujet R. GODIN, *op. cit. supra*, note 119, 14.

formation, la distinction entre l'indivision conventionnelle et la société est fort mince puisque les deux institutions résultent d'une convention qui implique un regroupement.

Quant au critère de distinction portant sur l'administration, il s'agit d'un critère relativement efficace. L'indivision n'est pas porteuse de mécanismes de gestion ou de représentation et une convention entre indivisaires devrait être silencieuse à cet égard; toute mention portant sur la gestion du regroupement dans une convention d'indivisaires pourrait être susceptible d'amener une qualification différente de la convention. Enfin pour ce qui est des considérations sur la durée de l'une et l'autre des institutions, il faudrait qu'une convention portant sur l'indivision ne limite en aucune manière la possibilité pour les indivisaires de mettre fin à l'indivision. La précarité de l'indivision en est une caractéristique essentielle et on ne saurait l'écarter systématiquement sans s'exposer à la modification de la qualification de l'entente¹²².

En terminant sur cette question, il nous apparaît essentiel d'ajouter un élément important susceptible d'aider le juriste à distinguer la société de l'indivision, que ce soit au niveau de la conception ou de l'interprétation d'un acte; il s'agit de la notion de patrimoine social qui est particulière à la société et qui est tout à fait étrangère à l'indivision. Dans la société, les apports se transforment en capital-social qui est la seule propriété de la société et les sociétaires sont propriétaires de leurs parts sociales¹²³. En matière d'indivision, le communiste partage un droit de propriété sur une chose avec d'autres, la chose demeurant indivise et le droit de propriété s'exprimant en quote-part de la chose¹²⁴. Le concepteur de convention devrait donc apporter une attention particulière à la démarche par laquelle la personne est rattachée à la collectivité. S'agit-il d'un apport au profit d'un tiers, c'est-à-dire la société, ou serait-ce plutôt un déboursé en vue de faire l'acquisition d'un bien avec d'autres? Il faudra que les dispositions de la convention reflètent le choix effectué sinon la qualification de la convention risque de surprendre les participants notamment quant aux droits qu'ils peuvent exercer¹²⁵.

122. Art. 689 C.c.B.C. On ne peut que différer le partage pour un temps limité s'il existe "une raison d'utilité qui justifie ce retrait."

123. *Supra*, pp. 499 et 500.

124. Voir à cet égard, M. DAGOT, *L'indivision*, Paris, Librairies Techniques, 1978, 364 pp., p. 29.

125. Voir à cet effet, l'arrêt *Gareau c. Ouellette*, (1957) B.R. 357 sur l'effet d'une clause résolutoire afférente à un droit indivis.

§ 13. De la société et du *joint venture*

L'expression *joint venture* sert à désigner le regroupement d'entreprises, généralement pour une courte période ou encore pour la réalisation d'un projet précis ou encore pour organiser la détention de biens spécifiques comme par exemple des immeubles¹²⁶. Le *joint venture* aussi appelé consortium et société en participation peut donc prendre toute forme juridique qui permet le regroupement¹²⁷: la société¹²⁸, le contrat *sui generis*¹²⁹, la compagnie¹³⁰ et généralement l'indivision¹³¹ notamment en matière immobilière. De toutes les institutions dont nous venons de faire état, celle qui convient le mieux au *joint venture*, sur le plan juridique, est sans doute celle de la société. La preuve en est que de nombreuses conventions de mise en commun ont été qualifiées de sociétés par les tribunaux¹³². C'est pourquoi, il faut être extrêmement prudent à l'occasion de l'élaboration d'un contrat *sui generis* de regroupement pour qu'il ne donne pas naissance à une société si tel n'est pas l'intention des parties.

126. Sur le "*joint venture*" voir P.A. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 20, 463; R. GODIN, *op. cit. supra*, note 119, 1; T.C. WOJATSEK, *op. cit. supra*, note 20, pp. 10 et ss.

127. Voir à cet effet P.A. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 20, 501.

128. Voir à cet effet T.C. WOJATSEK, *op. cit. supra*, note 20, 45. Voir également Y. DEMERS, *Les sociétés*, Montréal, La Librairie de l'Université de Montréal, Diplôme de droit notarial, 1982-83, p. 182. Voir aussi l'arrêt *Chauvin c. Bickerdicke*, (1938) 76 C.S. 451, où il est écrit: "it is abundantly clear that the three persons in question had entered upon a joint venture which is termed a partnership, to deal with certain mining properties and claims".

129. Les contrats pourraient porter différentes appellations puisqu'on doit alors considérer les contrats de coopération d'entreprises comme étant des *joint ventures*: voir à cet effet B. MERCADAL, P. JANIN, *op. cit. supra*, note 20.

130. Par le biais d'une filiale commune à laquelle on transporte des ressources.

131. Voir à cet effet R. GODIN, *op. cit. supra*, note 119.

132. Voir à cet effet *Horn c. Languirand*, (1958) R.L. 313 où un contrat entre un propriétaire de salle et un promoteur de spectacles portant sur la mise en commun de ressources et le partage des profits a été considéré comme un contrat de société. La convention portant sur la mise en commun de ressources aux fins de présenter une soumission peut être considérée comme une convention de société: *Kane c. Wright*, (1881) 1 D.C.A. 297. La convention portant sur une agence de vente a été considérée comme créant une société; *Tilly Manufacturing (1973) Ltd. c. Horne*, (1978) C.S. 655; *Chauvin et al. c. Bickerdicke*, (1938) 76 C.S. 451 alors qu'il est question d'une entente portant sur l'acquisition et la gestion de concessions minières.

Des trois éléments nécessaires pour former une société¹³³, c'est évidemment l'élément de l'intention de former un contrat de société ou si l'on veut, la recherche du but commun qui constitue l'élément déterminant bien que l'apport et la participation aux bénéfices soient aussi des éléments essentiels: ainsi il faut le consentement pour faire une société; or le consentement présuppose l'intention de faire un pareil contrat. Le tribunal doit arriver à la conclusion que les parties ont eu l'intention de faire une société avant de déclarer qu'il y a société¹³⁴. Dans la mesure où on ne veut pas qu'un regroupement soit qualifié de société, il faudra éviter à tout prix de donner des indices sur l'intention des parties et écarter l'*affectio societatis*, sinon la convention de regroupement pourrait être effectivement qualifiée de convention de société avec les conséquences que l'on sait sur la responsabilité des partenaires à la convention¹³⁵. Il est clair toutefois que la mise commune combinée avec une disposition sur le partage des profits constituera, nonobstant les déclarations d'intention des parties, un indice important de l'intention des parties à la convention de créer une société pour la simple raison que ces éléments sont très facilement vérifiables dans une convention de regroupement alors que l'intention doit "être recherchée": "Sans doute les parties peuvent donner un nom faux à leur contrat et il y a certains cas où la cour devra d'abord rechercher l'intention des parties d'après les mots dont elles se sont servies et ce n'est que dans le cas où leur intention est inconciliable avec le nom qu'elles ont donné qu'elle y trouvera un contrat d'un autre nom"¹³⁶.

133. Ces trois éléments sont l'apport, le partage des bénéfices et l'intention de former un contrat de société: voir à cet effet A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 27, 392.

134. *Reid c. McFarlane*, (1893) B.R. 130; aussi *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68.

135. *Crèmerie de Sorel Inc. c. Mondou*, (1957) B.R. 850 sur une convention portant sur l'utilisation d'une fabrique moyennant les engagements de "fournir les fournitures" de fabrication, de payer le chauffage et l'électricité et de payer une somme forfaitaire pour chaque 100 livres de lait; la Cour d'appel a renversé la Cour supérieure sur la question de savoir si l'entente ci-devant créait une société. Au même effet, voir *Beaubien c. Bernatchez*, (1886) R.L. 193 où la Cour d'appel renverse la Cour supérieure en statuant qu'une convention qui prévoit que le propriétaire d'une fromagerie s'engage à manufacturer le fromage moyennant une prime de 20% sur le prix de vente du fromage et l'engagement des cocontractants qu'ils ne livreront leur lait qu'à lui, n'est pas une convention de société. Aussi *Perron c. Laporte*, (1945) C.S. 375 où la Cour décide qu'une convention par laquelle les partenaires partagent les dépenses d'un atelier de réparations pour les automobiles ne constitue pas une société.

136. *Reid c. McFarlane*, (1893) B.R. 137.

Par ailleurs, si les parties veulent former un *joint venture* qui prend la forme d'une société, on s'en remettra au cadre général de la convention de la société commerciale particulière¹³⁷. Toutefois, si le regroupement vise un projet très particularisé comme par exemple la construction d'un ouvrage quelconque, et ce par opposition à un *joint venture* portant sur un projet de recherche devant durer de nombreuses années et impliquant des ressources considérables, il faudra alors modifier certains mécanismes que l'on rencontre généralement dans ce qu'il est convenu d'appeler le contrat-type de société commerciale particulière¹³⁸.

Sur le plan du choix du véhicule juridique à être utilisé pour former un regroupement, il est indéniable que la société offre des attraits, certains notamment à cause du caractère *intuitu personae* de l'institution, mais aussi parce que la préparation de la convention et la nature de celle-ci forceront les parties à préciser l'ensemble des règles qui vont régir leur association tout en conservant la souplesse du cadre de la société¹³⁹. L'Office de révision du Code civil confirme l'importance de la société en matière de regroupement d'entreprises puisqu'il propose deux modifications au droit des sociétés qui vont étendre considérablement la place que prendrait la société en matière de regroupement d'entreprises. La première est à l'effet que "toute société peut elle-même être un associé d'une autre société"¹⁴⁰ et la deuxième prévoit que "le contrat par lequel les parties conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'un avantage commun constitue une société"¹⁴¹; il faut noter que la deuxième disposition vise sans doute à assurer une meilleure protection aux tiers par le jeu de la responsabilité conjointe et solidaire¹⁴². Signalons en terminant que le principe de la responsabilité des sociétaires a moins d'importance dans la mesure où ce sont des corporations qui utilisent la société pour les fins d'un regroupement.

137. Art. 1862 C.c.B.C.

138. Voir *infra*, pp. 524 et 525.

139. À ce point de vue, le contrat *sui generis* offre les mêmes avantages.

140. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, 1977, vol. 1, art. 750 et vol. 2, art. 750, p. 773.

141. *Id.*, vol. 1, art. 746 et vol. 2, art. 746, p. 772.

142. P.A. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 20, 512.

PARTIE II — L'ÉLABORATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

À partir du schéma classique de la convention de société, notre objectif, dans cette deuxième partie, est de passer en revue les éléments du contrat de société et de les commenter. Notre but, dans le cadre de ce travail, n'est pas de présenter un texte exhaustif sur chacun de ces éléments; nous avons voulu être plus sélectifs et c'est ainsi que nous avons retenu la formule du commentaire puisqu'elle nous permet de choisir, pour chacun des éléments étudiés, les caractéristiques les plus intéressantes et de ne faire des observations que sur des points particuliers qui nous semblent dignes de mention ou qui n'ont pas fait l'objet de beaucoup de développements par la jurisprudence ou la doctrine. Nos commentaires se confineront à l'aspect strictement juridique de la convention en mettant l'accent sur les mécanismes que contient la convention de société avec, à l'arrière-plan, toute la dynamique de l'entreprise, qu'elle soit civile ou commerciale. À l'occasion, nous ferons référence aux incidences fiscales pertinentes. Pour tenir compte des différences importantes entre la société civile et la société commerciale en nom collectif d'une part et la société en commandite d'autre part, nous avons choisi de commenter séparément certaines dispositions de cette dernière qui reflètent les particularités de la société en commandite. Afin d'illustrer certains de nos propos, nous avons joint au présent texte une annexe qui contient un certain nombre de dispositions de conventions de société auxquelles nous ferons référence dans cette partie du texte.

Section 1: La convention portant sur la société civile et la société commerciale en nom collectif

Le schéma contractuel que nous avons retenu compte vingt éléments qui n'ont évidemment pas tous la même importance mais, qui, globalement, ont le mérite de couvrir l'ensemble des éléments sur lesquels des partenaires voudraient s'entendre. Ceux-ci sont les dispositions introductives, les définitions, la formation de la société, le but, la raison sociale, la durée, la place d'affaires, les associés et la part sociale, le capital-social, les profits et les prélèvements des associés, la gestion de la société, le règlement des différends et les violations à la convention, les modifications à la convention, l'ajout et le retrait d'un associé, la dissolution et enfin les clauses techniques¹⁴³. On pourra aussi joindre à la convention des annexes

143. Nous avons écarté la désignation des parties puisqu'il ne s'agit pas d'un élément sur lequel les parties doivent s'entendre.

qui peuvent porter notamment sur les apports remis et l'évaluation desdits apports, ainsi que sur les polices d'assurance prises par la société ou par les sociétaires pour eux-mêmes.

§ 1. Les dispositions introductives

Il est sans doute utile de débiter la convention par les dispositions introductives qui prennent la forme d'une série d'attendus ou de considérants. Ces dispositions constituent en fait l'exposé des motifs qui président à la rédaction de la convention. Le cas échéant ces dispositions pourraient être fort utiles soit à un tribunal soit à un arbitre pour qualifier la convention ou encore pour en interpréter les dispositions, l'intention des parties s'y trouvant exprimée dans sa forme la plus pure. En effet, ces attendus devraient être rédigés dans un langage clair puisqu'ils portent sur l'intention des parties et sur les faits entourant la signature de la convention. Au surplus, les considérants vont servir à établir que le maintien d'une qualification professionnelle ou de l'appartenance à un ordre professionnel ou une association quelconque constituent une condition *sine qua non* de la participation à la société¹⁴⁴. Il faut noter qu'une présentation aussi circonstanciée des associés signataires de la convention n'empêche pas l'ajout de nouveaux associés; une définition adéquate du terme associé et l'inclusion de dispositions à cet effet permettront aux associés de s'adjoindre de nouveaux partenaires. Afin d'éviter toute ambiguïté, il y aurait sans doute intérêt à limiter ces considérants à l'essentiel pour bien faire ressortir l'intention des sociétaires.

§ 2. Les définitions

Il est nécessaire, afin d'avoir une convention fonctionnelle, de définir dès le départ les termes qui sont souvent utilisés dans le texte. On peut diviser ces termes en deux catégories soit d'une part, ceux qui tiennent au contexte particulier de chaque convention comme par exemple les termes techniques portant sur la description d'actifs et d'autre part, ceux qui relèvent plus spécifiquement des caractéristiques juridiques de toute convention de société et que l'on est susceptible de trouver dans chacune d'elle. Il est évidemment impossible de traiter de la première catégorie alors qu'il est relativement facile de relever et de commenter les définitions les plus importantes de la deuxième catégorie. Parmi celles-ci, on note les

144. Voir à cet effet les considérants de l'Annexe, article 1, et le Contrat-type de la société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, version 1979. Voir également Y. DEMERS, *op. cit. supra*, note 128, 106.

termes: associé, convention, résolution extraordinaire (ou spéciale), résolution ordinaire, taux préférentiel et société.

Il faut apporter un soin particulier à la définition d'associé en ce qu'elle devra comprendre non seulement les associés signataires de la convention mais aussi les personnes qui viendront se joindre à la société dans l'avenir, ceci dans le but de permettre à la société d'intégrer de nouvelles personnes¹⁴⁵. Dans le même sens, c'est-à-dire dans le but de consacrer le caractère évolutif de la société que l'on crée, on pourrait définir la convention comme étant le document de base ainsi que toutes les conventions conclues selon la procédure établie dans le document de base pour modifier ce dernier¹⁴⁶.

La résolution constitue le mode d'expression de la volonté de l'assemblée des sociétaires et du comité administratif¹⁴⁷. Dans la mesure où les sociétaires désirent, tout comme on le fait en droit des compagnies, qu'il y ait deux types de résolution des sociétaires pour tenir compte de l'importance relative des sujets discutés, il importe de définir ce que l'on entend par résolution ordinaire et extraordinaire quitte ensuite à spécifier les circonstances dans lesquelles la dernière sera requise¹⁴⁸. De nombreuses formulations peuvent être utilisées en la matière: on peut exiger un pourcentage des associés, c'est-à-dire un vote par tête, un pourcentage des associés présents à une assemblée dûment convoquée, un pourcentage des parts, ou encore un pourcentage des parts dont les détenteurs sont présents à une assemblée dûment convoquée afin de voter sur cette résolution. Le vote par tête ne tient évidemment pas compte de la contribution des associés et il y a un mérite certain à ce que le vote se prenne lors d'une assemblée à laquelle les sociétaires ont été convoqués; ceci permet de passer outre à la présence obligatoire de tous les associés à une assemblée tout en s'assurant qu'il n'y a pas d'assemblées organisées à l'insu de quelques-uns des associés. D'autre part, le choix du vote s'exprimant à une assemblée dûment convoquée requiert la mise en place d'une procédure plus lourde qui ne convient peut-être pas à

145. Voir la définition d'associé contenue dans l'Annexe, article 2, l'idée de l'associé qui se joint à la société déjà formée y est soulignée.

146. La modification peut être un ajout, une soustraction ou une modification au sens strict de la convention. Voir la définition de convention dans l'Annexe, article 2.

147. Dans certaines sociétés on voudra possiblement reprendre le schéma que l'on trouve en droit des compagnies soit l'assemblée des sociétaires, le comité administratif (conseil d'administration) et comité exécutif.

148. Vous trouverez dans l'Annexe à l'article 2 le texte de différentes définitions de résolutions qui correspondent aux formules dont il est ici question.

toutes les sociétés. Dans la mesure où l'on veut ajouter des garanties quant à la bonne tenue des assemblées, il serait possible de prévoir des dispositions portant sur la convocation et le déroulement même de l'assemblée et notamment sur la façon de voter auxdites assemblées. On pourrait également ajouter que des résolutions écrites des détenteurs des parts sociales peuvent remplacer le vote tenu à une assemblée dûment convoquée. Les définitions de taux préférentiel et de société ne créent pas de difficultés¹⁴⁹.

§ 3. La formation, le but et la raison sociale de la société

Ces dispositions indispensables ne soulèvent pas de difficultés sur le plan de la rédaction de la convention et nous nous contenterons ici de quelques commentaires sur chacune d'elles. La création de la société doit être clairement stipulée dans la convention. À cet égard, il nous apparaît que la formulation de l'alinéa 1 de l'article 3 de l'Annexe est plus complète et plus juste que celle de l'alinéa 2 du même article.

Pour ce qui est du but, il importe de le dégager clairement. Par exemple, dans le cas d'une société de professionnels, on peut, d'une façon très générale, référer à l'exercice de la profession¹⁵⁰, ou se référer aux textes de lois pertinents¹⁵¹, ou encore inclure dans la disposition pertinente, une description des différentes activités visées par la société¹⁵². Dans le cas d'une société commerciale notamment, on peut référer à une entreprise particulière ou encore à un type d'activité ou d'entreprise¹⁵³. Si les fins du contrat ne sont pas clairement spécifiées dans la convention, le tribunal devra s'en remettre à l'ensemble des faits relatifs à la convention et à la société qu'elle a fait naître pour en déterminer le contenu¹⁵⁴. La mention de la raison sociale des sociétés commerciales fait l'objet de dispositions dans le C.c.B.C. et dans la *Loi sur les déclarations des compagnies et des sociétés*¹⁵⁵. Les professions ont toutes un règlement portant sur la publicité des professionnels et dont certaines

149. Voir l'Annexe, article 2, pour un modèle de définitions.

150. Annexe, article 4, al. 1.

151. *Id.*, article 4, al. 2.

152. *Id.*, article 4, al. 3.

153. *Id.*, article 4, al. 4.

154. *Papillon c. Chrétien*, C.S., no 410-05-000077-78 dont le jugement est daté du 17-1-80.

155. Arts 1834, 1865 et 1870 C.c.B.C.; *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q. 1977, c. D-1.

dispositions portent nécessairement sur la raison sociale¹⁵⁶. Sur le plan opérationnel, il est difficile de concevoir qu'une société n'ait pas de raison sociale¹⁵⁷ et il est donc d'usage de faire état de la raison sociale dans la convention. En plus de prévoir le nom, il serait sage de stipuler dans la convention que la raison sociale peut être modifiée et de prévoir dans un tel cas la procédure de modification ou encore les critères qui présideront au remplacement d'une raison sociale par une autre.

§ 4. La durée et la place d'affaires

Le C.c.B.C. est fort laconique sur la question de la durée. Il y est stipulé que la date du commencement de la société peut être différente de celle du contrat et que par ailleurs, la société, à propos de laquelle les associés ne se sont pas exprimés quant à la durée, est censée avoir été contractée pour la vie des associés; de toute manière, la durée de la société est assujettie aux dispositions de l'article 1892 C.c.B.C.¹⁵⁸ et la société à durée indéterminée est extrêmement fragile puisqu'elle peut être dissoute sur simple avis d'un associé¹⁵⁹. La sagesse requiert donc que la société ait une durée déterminée afin d'éviter qu'un seul associé puisse y mettre fin. D'autre part, les associés pourraient se donner une procédure qui permettrait de dissoudre la société si un consensus se dégageait à cet effet. À cet égard, la clause qui prévoit le renouvellement automatique de la convention pour une période fixée à l'avance, à moins qu'un associé donne avis de ne pas renouveler ladite convention, nous apparaît dangereuse¹⁶⁰. La majorité des associés est alors soumise à la volonté d'un associé; par ailleurs, dans la mesure où la société ne compte qu'un très petit nombre d'associés, cette clause pourrait avoir sa raison d'être puisqu'autrement, la situation deviendrait vite invivable. De toute façon, les associés pourraient stipuler qu'un tel avis ne met fin à la société que pour l'associé qui donne effectivement l'avis et que les autres demeurent en société.

156. Voir à titre d'exemple le *Règlement sur la publicité des architectes*, c. A-21, r. 10; le *Règlement sur la publicité des ingénieurs*, c. I-9, r. 10; le *Règlement sur la publicité des comptables agréés*, c. C-48, r. 12.

157. Art. 1870 C.c.B.C.

158. Ainsi la perte des biens de la société ou la consommation de l'affaire pour laquelle elle a été formée mettent un terme à la société peu importe qu'elle soit à durée déterminée ou indéterminée.

159. Art. 1895 C.c.B.C.

160. Voir à cet égard l'alinéa 1 de l'article 5 de l'Annexe.

Ce qui apparaît plus important pour les associés, c'est d'inclure dans la convention des dispositions qui vont permettre à la société de continuer son existence nonobstant le fait qu'un associé ne puisse plus y participer¹⁶¹. Cette clause de continuité permettra d'éviter de fâcheuses conséquences fiscales tout en donnant un minimum de stabilité à l'institution¹⁶². Il y aurait intérêt à ce que cette clause soit rédigée de la façon la plus étendue possible pour couvrir tous les cas de départ ou de retrait, volontaire ou non, d'un associé. À cet effet, la rédaction proposée dans le contrat-type de société d'avocats nous semble intéressante¹⁶³.

La mention de la place d'affaires ou du principal établissement de la société n'est pas requise dans la déclaration de la société commerciale en nom collectif alors qu'elle l'est pour la société en commandite¹⁶⁴. Par ailleurs, le Code de procédure civile fait état de la signification de la société commerciale qui se fait à son bureau d'affaires¹⁶⁵.

Cette mention apparaît de façon constante dans les conventions de société puisque très souvent les associés vont convenir que les livres et registres de la société vont y être tenus et que les avis que doivent se donner les associés en vertu de la convention doivent y être acheminés. Il importe tout simplement de prévoir dans la convention une procédure par laquelle cette mention puisse être modifiée. De même, il sera utile d'inclure un mécanisme pour que la société puisse ajouter des places d'affaires à son principal établissement.

§ 5. Les associés et la part sociale

Les dispositions sur les associés portent essentiellement sur l'apport et sur certaines obligations imposées à l'associé.

161. La société sera dissoute au sens du C.c.B.C. si un associé décède, fait faillite ou est interdit. La société pourrait être dissoute au sens de la convention si un associé cesse de se qualifier auprès de l'Ordre professionnel, ou s'il se retire volontairement ou s'il est exclu de la société.

162. Pour des considérations générales sur les conséquences fiscales, voir P.A. LESSARD, "Imposition des sociétés et éléments de planification", (1975) 78 *R. du N.* 165.

163. Voir Annexe, paragraphe 5, article 2.

164. Arts 1834 et 1877 C.c.B.C. *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q. 1977, c. D-1, arts 9 et 16; voir également les formules 2 et 3 de la Loi.

165. Art. 129 C.p.c. Il faudrait se demander si le bureau d'affaires est l'équivalent du principal établissement ou encore de la principale place d'affaires.

La contribution peut se faire soit en numéraire ou en biens ou encore par l'exercice d'une profession ou d'une activité quelconque au sein de la société. Lorsque l'apport est effectué en numéraire ou en biens, il suffit de stipuler la nature du bien, la quantité, l'échéance des divers versements ainsi que les conséquences du retard ou du refus de ne pas effectuer les versements. Il faut nécessairement porter une attention spéciale à l'évaluation de l'apport lorsque cet apport est un bien autre qu'un bien en numéraire. Il faudra alors que les associés évaluent eux-mêmes le bien ou qu'ils réfèrent à un rapport d'évaluation provenant d'un tiers¹⁶⁶. Ce problème de l'évaluation des apports en biens effectués dans une forme autre qu'en numéraire est susceptible de prendre de l'importance lorsque le partage des profits est lié à l'importance relative des apports; au surplus, il sera question d'évaluation des apports lors du retour volontaire ou forcé de l'associé aux fins d'achat ou d'indemnisation eu égard aux parts sociales.

Si l'on peut facilement imaginer la rédaction d'une clause d'apport en biens dans une société commerciale, il faut souligner qu'une telle clause a aussi sa place dans une société civile constituée pour l'exercice d'une profession. Les professionnels qui forment une telle société ont toujours des biens personnels qu'ils apportent à la société et il importe d'en faire état dans la convention. Ces biens peuvent être de l'équipement, des appareils, de l'ameublement, des honoraires dus et autres biens de même nature. Dans le but de dissiper toute ambiguïté et de renforcer la clause portant sur l'objet de la société, on pourra ajouter que les honoraires futurs découlant de l'exercice de l'activité professionnelle appartiennent à la société¹⁶⁷.

Lorsque l'apport prend la forme d'une contribution en services rendus pour et en faveur de la société, la situation se complique quelque peu puisque de nombreuses questions accessoires viennent se greffer à ce que l'on pourrait appeler la clause de base, c'est-à-dire la clause portant sur l'apport en industrie.

Dans un premier temps, la clause de base n'est pas nécessairement facile à rédiger puisqu'il s'agit de préciser la nature et l'importance de la charge de travail. De façon générale, on stipulera que l'associé doit exercer toute son activité pour le compte de la société dans le respect des règles et des normes afférentes à cette

166. Voir à cet égard G. DEMERS, "Considérations sur la société commerciale et sur la rédaction du contrat de société", (1971) *C.P. du N.* 75.

167. Pour la rédaction d'une telle clause voir l'Annexe, article 6, al. 1.

activité¹⁶⁸. Cette caractéristique de l'exclusivité de l'apport en industrie est soulignée d'une façon particulière dans toutes les conventions que nous avons consultées¹⁶⁹. Ce caractère exclusif de la prestation peut faire l'objet d'une disposition précise à cet effet ou on peut en faire mention d'une façon indirecte par une clause à l'effet que tous les revenus de l'associé découlant de l'activité qui constitue la prestation appartiennent à la société¹⁷⁰. S'il est prévu que la prestation de l'associé n'est pas exclusive, il faudra nécessairement s'entendre sur la quantité et le type d'activités qui peuvent être exercées pour le compte de l'associé seulement plutôt que pour la société¹⁷¹. Une façon de régler cette question est de soumettre l'exercice d'une activité distincte à l'approbation d'une instance de la société.

On pourrait songer à inclure des éléments secondaires à une telle clause afin de lui donner plus de portée; parmi ceux-ci, on note l'obligation de confidentialité eu égard à tout ce que l'associé peut apprendre dans l'exercice de ses fonctions que ce soit de l'information relative à la clientèle de la société, de l'information qui touche les clients eux-mêmes ou encore des secrets commerciaux, des procédés techniques ou scientifiques¹⁷². Ces clauses se rapprochent beaucoup des dispositions sur la non-concurrence et on pourrait de fait les confondre¹⁷³; par ailleurs, elles se distinguent du fait que les premières mettent l'accent sur la non-divulgaration de certaines informations et sont liées à des considérations d'éthique alors que celles qui portent sur la non-concurrence visent l'utilisation commerciale de l'information.

On pourrait aussi ajouter l'obligation de travailler constamment et entièrement pour le plus grand bénéfice de la société, que ce soit en

168. Par exemple le respect de l'éthique propre à une activité professionnelle ou commerciale.

169. Y. DEMERS, *op. cit. supra*, note 128, 110; D. PELLETIER, "Le contrat de société entre notaires", (1978) *C.P. du N.* 335. Voir aussi le Contrat-type de la société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, révision 1979, article 3.1.

170. Pour différents modèles de clauses sur la question voir l'Annexe, article 6, al. 2, 3 et 4.

171. Par exemple, pour une firme d'architectes ou d'ingénieurs-conseils, il sera important de savoir si l'associé peut tirer des revenus d'appoint de la consultation privée ou de l'enseignement.

172. À cet effet voir l'Annexe, article 6, al. 3.

173. Voir *infra*, p. 533.

terme de recrutement de la clientèle ou de rayonnement extérieur susceptible de bénéficier à la société.

Dans le cadre d'une prestation sous forme de services il est utile de stipuler sur ce que l'on pourrait appeler les conditions de travail de l'associé comme par exemple les vacances, les participations à des congrès ou à des activités de nature scientifique servant à la mise à jour des connaissances, les absences brèves ou pour des périodes plus longues pour cause de maladie ou pour activités politiques.

Lorsqu'il est question de l'apport des associés il peut, dans certaines circonstances, s'avérer nécessaire de donner à la société le pouvoir d'exiger des apports supplémentaires des associés; ces derniers devront alors convenir de la procédure qui devra être suivie pour donner suite à cette volonté: instance décisionnelle, majorité requise et pouvoirs de la société au cas de refus de l'associé. Si l'on veut éviter les solutions drastiques au cas de refus de l'un ou de plusieurs associés d'effectuer un apport additionnel, on peut stipuler que tous les sociétaires devront effectuer l'apport exigé; si un ou plusieurs associés refusent, celui qui aura répondu à l'appel de la société sera considéré comme ayant fait une avance à la société portant intérêt jusqu'à ce que tous les sociétaires se soient exécutés¹⁷⁴.

Il faudra également prévoir que les associés auront le droit d'ajouter des apports dans la proportion des parts qu'ils détiennent afin de conserver leur importance relative au sein de la société; la clause serait l'équivalent d'un droit de premier refus que l'on rencontre dans les conventions entre actionnaires. Le traitement équitable des associés en la matière est très important dans la mesure où la participation dans les profits et dans le processus décisionnel est fonction de l'apport de chacun.

Par ailleurs, si les associés s'objectent à une telle disposition permettant à l'instance appropriée de la société de hausser la contribution des associés sous prétexte que leur engagement dans la société constituerait de fait un engagement ouvert, il est possible de fixer dans la convention un apport maximum et de stipuler que toute contribution supplémentaire sera considérée comme une avance de l'associé à la société¹⁷⁵.

Pour ce qui est des dispositions touchant certaines obligations personnelles des associés, elles sont susceptibles d'être de plusieurs ordres. Par exemple, dans plusieurs conventions que nous avons

174. Voir à cet effet l'Annexe, article 6, al. 5.

175. Voir à cet effet l'Annexe, article 6, al. 6.

répertoriées, on note la présence d'une clause qui fait l'obligation à l'associé de garder un équilibre financier qui soit sain. Cette obligation est en principe importante, compte tenu des causes de dissolution énumérées à l'article 1892 C.c.B.C. Toutefois, en pratique, elles sont moins importantes puisqu'il est possible de prévoir par convention que la société se continuera malgré la déconfiture financière de l'un des associés. Souvent rédigées en termes très généraux et ambigus, ces clauses sur la santé financière des associés ne sont souvent que des énoncés de principe sans moyen de contrôle véritable donné à la société ou aux coassociés¹⁷⁶. On peut se demander si ces clauses ont un effet véritable autre que celui de devenir possiblement un motif d'exclusion de la société.

Un autre ensemble de dispositions concernant les associés porte sur ce que l'on pourrait appeler la non-concurrence. Cette clause dans son acception habituelle s'applique surtout aux associés et ex-associés de sociétés commerciales. Quant aux sociétés civiles et notamment les sociétés civiles de professionnels, il semble qu'elles soient difficiles à appliquer sauf pour ce qui est de l'activité de l'associé qui agirait d'une façon déloyale à l'égard de la société. Ces difficultés d'application des clauses de non-concurrence aux sociétés civiles de professionnels tiennent sans doute à la nature du lien entre le professionnel et le client. À tout événement, les clauses de non-concurrence sont valides à la condition qu'elles respectent certaines limites¹⁷⁷.

Enfin, on interdira la convention de croupier et on reprendra le principe déjà reconnu qu'un associé ne peut céder ses parts qu'en respectant les dispositions de la convention et en obtenant notamment le concours de ses coassociés¹⁷⁸.

176. Pour des modèles voir l'Annexe, article 6, al. 7 et 8.

177. Pour des arrêts portant sur la société et la clause de non-concurrence, voir *Baillargeon c. Therrien*, (1957) R.P. 339; *Héту c. Humphrey*, (1907) R.L. 330; sur l'entreprise commerciale et la clause de non-concurrence voir *Cameron c. Canadian Factors Corporation Ltd.*, (1970) 18 D.L.R. 574. Voir également N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1975, pp. 103 à 129; C.A. SHEPPARD, "The Enforcement of Restrictive Covenants in Quebec Law", (1963) 23 *R. du B.* 311.

178. Art. 1853 C.c.B.C. Voir sur le sujet *Gaumont c. Lemaire*, (1971) C.S. 87.

§ 6. Le capital-social, les profits et les prélèvements des associés

Les dispositions de la convention sur les sujets mentionnés en rubrique sont importantes puisqu'elles portent sur l'avoir-propre de la société et sur les revenus des associés. Avant d'aborder les dispositions contractuelles en la matière, il est bon de se rappeler que sur le plan fiscal, tous les revenus de la société sont imputés directement aux associés, que ces derniers les aient effectivement reçus ou pas¹⁷⁹. Le calcul du revenu de la société se fera comme celui de toute personne qui réside au Canada pour l'année d'imposition qui est celle de l'exercice financier de la société et la répartition du revenu pour fins fiscales se fera dans le respect du contrat de société¹⁸⁰. C'est donc dire qu'il faut calculer le revenu de la société mais que cette dernière n'a pas de revenu imposable comme tel; par ailleurs, en ce qui concerne les clauses de partage des revenus dans le contrat de société, il faut être prudent en ce qu'il faut vérifier si le contrat de société prévoit des dispositions de partage des revenus selon que l'on se situe sur le plan comptable ou sur le plan fiscal¹⁸¹. Soulignons enfin que l'associé n'inclura dans le calcul de son revenu imposable d'une année d'imposition donnée, que le seul revenu de la société réalisé durant l'exercice financier de la société qui s'est terminé durant ladite année d'imposition¹⁸².

Le capital-social appartient à la société et comme nous l'avons vu, il ne peut être distribué au même titre que peuvent l'être les profits de la société¹⁸³. Au surplus, le capital-social pourrait être consolidé dans la mesure où les associés décident de ne pas distribuer tous les profits de la société dans le but de constituer des réserves pour la société. Une telle disposition est toutefois susceptible de rencontrer de l'opposition puisque les associés auront été imposés sur du revenu qu'ils n'ont pas reçu et que la constitution de telles réserves a pour

179. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, arts 96 à 103; *La Loi sur les impôts*, L.R.Q. 1977, c. I-3, arts 599 à 645; W. LEFEBVRE, *Règles fondamentales relatives au calcul du revenu*, 1983-84 C.F.B.Q., vol. 10, p. 53; W.A. MACDONALD, G.E. CRONKWRIGHT, *Income Taxation in Canada*, Scarborough, Ontario, Prentice-Hall, vol. 3, p. 55, 026-22.

180. W.A. MACDONALD, G.E. CRONKWRIGHT, *op. cit. supra*, note 179, 55, 040; E.C. HARRIS, *Canadian Income Taxation*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 688.

181. W.A. MACDONALD, G.E. CRONKWRIGHT, *op. cit. supra*, note 179, 55, 040.

182. E.C. HARRIS, *op. cit. supra*, note 180, 687.

183. *Supra*, p. 501.

effet d'augmenter les conséquences fiscales de la disposition d'une participation¹⁸⁴.

La technique de répartition des profits la plus utilisée prévoit une distribution en deux temps. Tout d'abord, à partir d'un budget d'opération, les associés fixent en chiffres absolus les prélèvements qu'ils pourront prendre tout au long de l'exercice financier de la société, en fonction de la part des profits qui leur revient¹⁸⁵. À la fin de cet exercice, les associés recevront un dernier versement compte tenu du niveau définitif de profits et de la volonté des associés de conserver une partie des profits à titre de réserve pour la société. Afin d'obtenir un fonctionnement harmonieux, les associés devront prévoir un mécanisme qui permettra de déterminer le niveau de profits de la société à la fin de son exercice financier: on pourra référer au niveau de profits tel que déterminé par les vérificateurs de la société ou par décision de l'une des instances de la société¹⁸⁶.

Pour ce qui est du partage même des profits, il pourra s'effectuer sur la base de l'importance relative des apports des associés, que ces apports soient effectués en biens ou en industrie. Il faudra que ces apports soient périodiquement réévalués par une instance de la société sur la base de critères établis de façon à ce que les parts sociales soient attribuées en fonction de l'effort de chacun des associés et pour que, finalement, les profits, qui sont généralement partagés en fonction de la répartition des parts sociales, soient effectivement distribués en tenant compte de la qualité de la contribution. Cette réévaluation est relativement simple à effectuer lorsqu'il est question des apports en biens; pour ce qui est des apports en industrie, elle devra refléter la contribution de chacun des sociétaires en relation, par exemple, avec les ventes réalisées, les contrats obtenus ou les heures facturées. Des dispositions d'ordre secondaire viendront compléter cette partie de la convention: elles porteront notamment sur certaines dépenses qui pourront être

184. E.C. HARRIS, *op. cit. supra*, note 180, 700.

185. Il faut noter que ces prélèvements ou salaires des associés ne constituent pas une dépense pour la société pour fins fiscales puisqu'ils sont considérés comme des versements anticipés de profit.

186. Voir à cet effet le Contrat-type de la société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, révision de 1979. C'est ainsi qu'il serait possible de déterminer les profits sur la base de l'encaisse ou de la comptabilité d'exercice; notons que pour fins fiscales la société doit utiliser la comptabilité d'exercice. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 34. De même aux fins de déterminer les profits il faudra choisir la technique d'amortissement puisqu'on pourrait utiliser l'amortissement linéaire ou l'amortissement dégressif à taux constant.

défrayées par la société et qui par ailleurs pourraient être considérées comme des dépenses de la société pour fins fiscales¹⁸⁷. Il faudra aussi convenir de la nomination d'un associé qui effectuera le choix requis par la *Loi de l'impôt sur le revenu pour et au nom de la société*¹⁸⁸. Il est entendu que cet associé obtiendra ses instructions à cet effet de l'une des instances de la société.

§ 7. La gestion de la société

Les dispositions de la convention qui traitent de la gestion de la société peuvent être regroupées en quatre catégories soit celles qui portent sur la prise de décision et la répartition du pouvoir au sein de la société, celles qui ont trait à la nomination du vérificateur, celles qui font état des livres de la société et enfin celles où il est question de l'exercice financier. Les trois dernières catégories ne créent pas de difficultés. Pour ce qui est de la prise de décision et de la répartition du pouvoir au sein de la société, il est fréquent de rencontrer dans les conventions, la reproduction du modèle corporatif. Cette référence explicite n'est pas sans intérêt puisqu'elle permet d'utiliser un modèle complet et éprouvé. Il sera important dans cette section de bien préciser l'étendue des mandats qui seront donnés aux associés-gestionnaires en matière d'emprunt et d'acquisition de biens pour la société.

§ 8. Le règlement des différends et la violation à la convention

Pour des raisons évidentes, il est utile de prévoir une procédure de règlement à l'amiable des différends et à cet égard il y a un mérite certain à recourir à l'arbitrage, autrement appelé clause compromissoire¹⁸⁹. Ce type de clause vient d'ailleurs de recevoir l'aval de la Cour suprême dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*¹⁹⁰ et a reçu application dans le contexte d'un contrat de société dans l'affaire de la *Société québécoise d'exploration minière c. Hébert et les Pétroles Laduboro Limitée*¹⁹¹. Pour ce qui est des violations à la convention par les

187. Parmi celles-ci on note les frais de représentation, de déplacement et de participation à des congrès.

188. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, arts 34(1) et 96(3).

189. Voir à cet effet D. PELLETIER, *loc. cit. supra*, note 169, 363.

190. (1973) 1 R.C.S. 529.

191. (1974) C.A. 78. Dans cette affaire la clause compromissoire se lisait comme suit: "Au cas où il surviendrait un différend relativement à l'interprétation ou à

sociétaires, on pourra inclure une clause pénale¹⁹². Toutefois, nous avons remarqué qu'elle est rarement utilisée dans les contrats de société puisqu'il est très difficile de fixer à l'avance l'étendue des dommages pour tel ou tel manquement aux dispositions de la convention. Celles-ci sont en effet tellement diversifiées quant à leur nature et leur impact, qu'il faudrait, en fait, plusieurs clauses pénales dans la même convention.

§ 9. Les modifications à la convention

Compte tenu de la longue durée que peut avoir une société et des modes de fonctionnement qui peuvent, au fil des ans, s'établir entre les associés, il serait prudent d'affirmer dans la convention la suprématie de celle-ci pour ce qui a trait aux règles que se sont données les associés. Par ailleurs, il sera utile d'ajouter une procédure détaillée de modification de la convention de façon à ce que celle-ci puisse évoluer au rythme des affaires de la société.

§ 10. L'ajout et le retrait d'un associé

Qu'il s'agisse de l'admission d'un nouvel associé au sein de la société ou du retrait de l'un des associés, il faut prévoir que ces deux opérations ne remettent pas en cause l'existence de la société et que cette dernière poursuit son existence. Ainsi, le tribunal est susceptible de déclarer la société dissoute et ce, même si le retrait est en fait une expulsion en vertu des dispositions de la convention de société qui prévoit le renvoi d'un associé¹⁹³.

L'ajout d'un associé doit être stipulé dans la convention avec beaucoup de minutie. D'une part, il faut que les associés s'entendent sur la procédure menant à la décision. Il y aura lieu de prévoir l'instance de la société qui se prononcera en l'espèce et la majorité requise¹⁹⁴. On pourra aussi envisager d'inclure un droit de veto pour chacun des associés nonobstant la décision majoritaire de l'instance de la société ayant juridiction sur les admissions d'associés. Sur le

l'application du présent contrat, les parties aux présentes conviennent de soumettre tel différend à l'arbitrage suivant les dispositions du Code de procédure civile du Québec".

192. *Ringuet c. Bergeron*, (1960) R.C.S. 672; *Immeubles Fournier c. Construction Saint-Hilaire*, (1975) 2 R.C.S. 2; *Caisse populaire St-Patrick de Magog c. Longpré*, (1976) C.S. 189.

193. Voir à cet effet l'arrêt *Tremblay c. Moffat*, C.S., no 650-05-000077-79; voir l'Annexe, article 7, al. 1 et 2.

194. Voir un exemple de clause tiré de l'arrêt cité à la note 193.

plan des modalités, il faudra déterminer si le nouvel associé devra acheter ses parts de l'un ou de plusieurs associés ou s'il effectuera un apport nouveau à la société. Sur le plan fiscal, il est plus avantageux de procéder de la deuxième façon puisqu'on évite ainsi le gain en capital à ceux des associés qui vendent la totalité ou une partie de leurs parts¹⁹⁵. Et sur le plan économique, une nouvelle injection de capital n'est jamais à dédaigner. De toute manière et peu importe la façon dont on procédera, il faudra nécessairement procéder à l'évaluation de parts afin de donner suite à l'opération.

Le retrait d'un associé est aussi une opération complexe puisqu'il peut être volontaire ou forcé. Dans ce dernier cas, il peut survenir pour cause d'expulsion par les associés, pour cause de faillite ou d'interdiction de l'associé, pour cause de saisie de la part de l'associé d'une société commerciale, pour cause, le cas échéant, d'incapacité à exercer la profession suite par exemple à une suspension ou une expulsion par un ordre professionnel ou enfin pour cause de maladie ou de décès.

Les dispositions qui traitent de ces causes de retrait comptent toujours deux volets. D'une part, chaque cause de retrait doit être spécifiée et définie et les modalités pour y donner suite doivent être clairement établies et d'autre part, la convention doit prévoir pour chacune de ces causes, ce qu'il advient de la part sociale de l'associé qui se retire. Il n'est pas dit en effet que la réaction des coassociés sera toujours la même, nonobstant la cause du départ et c'est ainsi que les modalités de l'achat-vente de la part sociale de l'associé qui quitte pourront être différentes. Certaines des dispositions dont nous venons de parler méritent une attention plus particulière de la part des rédacteurs de convention de sociétés. Il en est ainsi, par exemple, des modalités afférentes au départ volontaire d'un associé, notamment en ce qui concerne les avis à donner aux coassociés. La disposition portant sur l'expulsion par les associés d'un coassocié alors qu'il se qualifie toujours parfaitement bien comme associé mérite aussi beaucoup d'attention. Il faudra éviter de verser dans l'arbitraire absolu tout en donnant aux associés la possibilité d'écarter celui qui serait devenu un indésirable¹⁹⁶. Dans ce cas, il faudrait peut-être inclure dans la convention une disposition en vertu de laquelle l'associé visé peut se faire entendre de l'instance décisionnelle et prévoir que l'instance, dans la mesure du possible,

195. C. RENAUD, "Aspects comptables et fiscaux de l'organisation d'une société de notaires", (1978) *C.P. du N.* 399.

196. Pour une procédure expéditive voir l'Annexe, article 7, al. 2.

soit la plus large possible et qu'une majorité élevée soit requise pour donner effet à l'expulsion.

Les causes de disqualification (faillite, interdiction, saisie de la part) et d'inaptitude (suspension ou expulsion de l'ordre professionnel) devraient être clairement énumérées. Il en est de même pour la cause de maladie; la maladie qui donne effet aux clauses de retrait devrait être qualifiée dans la convention en termes d'effets sur l'activité de l'associé. C'est une chose que d'avoir un associé malade dont l'apport en industrie est considérable alors que c'en est une autre lorsqu'il s'agit d'un associé-investisseur qui ne joue aucun rôle dans la société. Enfin, les mécanismes de transfert ou de rachat de la part sociale sont relativement connus et fonctionnent assez bien¹⁹⁷.

§ 11. La dissolution

Compte tenu de la rigidité des règles énoncées par le C.c.B.C. en la matière, il est préférable d'inclure dans la convention des dispositions sur la dissolution de la société, de l'accord des associés¹⁹⁸. Des avis devront être prévus ainsi que l'exigence d'une majorité spéciale¹⁹⁹. Il faudra aussi ajouter une procédure de liquidation et de partage des actifs de la société.

Section 2: La société en commandite

Tel qu'indiqué dans l'introduction de cette deuxième partie, nous allons commenter ici quelques dispositions particulières aux conventions de société en commandite contemporaines et qui témoignent de la spécificité de ces dernières. La première disposition digne de mention est celle qui porte sur l'engagement du commandité d'indemniser les commanditaires pour tout déboursé consécutif à la perte de la responsabilité limitée, ladite perte découlant d'un manquement du commandité aux devoirs qui lui incombe en vertu de la convention²⁰⁰. Ainsi que nous l'avons vu, une telle disposition vise principalement le devoir du commandité portant sur la mise à jour de la publicité afférente à la société en commandite. Cette mise à jour est primordiale au maintien de la responsabilité limitée du

197. Sur le sujet voir Y. DEMERS, *op. cit. supra*, note 128, 186. Voir également les commentaires pertinents au contrat-type de société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, révision 1979. Voir également P. MARTEL, *op. cit. supra*, note 66, 39.

198. Arts 1895 et 1896 C.c.B.C.

199. À titre d'exemple, voir l'Annexe, article 7, al. 1.

200. Pour un modèle de clause, voir l'Annexe, article 9, al. 1.

commanditaire et il est tout à fait logique que celui qui est chargé d'administrer la société soit aussi responsable de cette mise à jour²⁰¹.

Une deuxième disposition qui mérite notre attention est celle qui porte sur les conflits d'intérêts du commandité dans le cadre de schémas organisationnels du modèle de ceux que nous avons décrits précédemment²⁰². Nous avons, à cette occasion, fait largement état de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve le commandité à l'occasion de la mise en place de ces schémas²⁰³. À la lecture de la clause-type reproduite en annexe, on constate que les conventions, loin de passer le conflit sous silence, y réfèrent explicitement. Les dispositions pertinentes déterminent tout d'abord avec précision les possibilités de conflit d'intérêts du commandité dans l'exercice de ses fonctions. Dans un deuxième temps, ces dispositions font en sorte que les commanditaires pourraient difficilement invoquer le conflit d'intérêts du commandité pour prendre un recours contre le commandité. Enfin, ces dispositions dégagent le commandité de toute obligation de rendre compte à la société ou aux commanditaires de tout bénéfice qu'il retire de ses activités alors qu'il est en conflit d'intérêts.

Toute cette question de la responsabilité du commandité eu égard à la responsabilité limitée des commanditaires et aux conflits d'intérêts dans lesquels le commandité risque de se voir plonger, doit être étudiée à la lumière d'une série de représentations et d'engagements pris par le commandité dans la convention²⁰⁴. Ces représentations et engagements constituent de fait des obligations de moyen en vertu desquelles le commandité "prendra toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer la responsabilité limitée des commanditaires" et "agira dans la conduite des affaires de la société au meilleur des intérêts de la société"²⁰⁵.

Il se dégage donc de l'ensemble de ces dispositions qui se retrouvent, rappelons-le, dans de nombreuses conventions de sociétés en commandite liées à des appels publics à l'épargne, que le commandité se donne un niveau de responsabilité qui lui est sans doute fort acceptable, mais qui peut soulever des difficultés pour la

201. *Supra*, p. 505.

202. Pour les schémas voir *supra*, p. 507 et suivantes. Pour un modèle de clause, voir l'Annexe, article 9, al. 2.

203. *Supra*, pp. 509 et 510.

204. Voir à cet effet la clause-type de l'Annexe, article 9, al. 3.

205. *Ibid.*

société et les commanditaires et notamment pour ces derniers en ce qui a trait à la protection de la responsabilité limitée. Si l'on ajoute à cela le fait que le commandité puisse être une compagnie sans ressource financière, tel que nous l'avons vu précédemment²⁰⁶, il faut conclure que les commanditaires, dans le cadre de ces conventions couramment utilisées, sont susceptibles de se retrouver dans une position fort précaire.

Une autre disposition qu'il nous semble important de commenter est celle qui porte sur la demande d'apports additionnels faite par le commandité aux commanditaires. Il s'agit d'une clause qui fait souvent partie des conventions de sociétés en commandite formées en vue d'acquérir des immeubles à logements multiples auxquels sont liés des avantages fiscaux²⁰⁷. Cette clause-type, dont on retrouve un exemple en annexe²⁰⁸, permet au commandité d'exiger à sa discrétion un apport additionnel. Si le commanditaire ne s'exécute pas, il est prévu que le commandité peut mettre en branle une procédure d'exclusion du commanditaire. Une telle disposition, on le conçoit rapidement, donne des pouvoirs importants au commandité et elle peut s'expliquer par la volonté des parties impliquées de se donner des moyens efficaces de remettre la société à flot le cas échéant, surtout dans la mesure où le projet, comme c'est souvent le cas, arrive difficilement à faire ses frais dans les premières années d'opération. Toutefois, il faudrait que les commanditaires soient conscients du risque qu'ils courent et sans doute faudrait-il que la convention prévoit des mécanismes qui assurent un minimum de protection aux commanditaires. Ceux-ci pourraient prendre la forme de délais plus longs ou encore d'une procédure d'appel à l'assemblée des commanditaires.

206. *Supra*, p. 508.

207. *Supra*, note 103.

208. Voir l'Annexe, article 9, al. 4.

CONCLUSION

Cette brève revue de la société aura permis de comprendre que la société, nonobstant la défaveur dans laquelle elle est tombée, reste un instrument plein de possibilités et de richesse à condition de savoir l'utiliser. Cette utilisation peut se faire de nombreuses façons et il suffit que le juriste ait l'esprit éveillé à cette technique juridique pour qu'il puisse en tirer profit. Par ailleurs, et en dehors du contexte de l'utilisation immédiate de cette institution, le juriste qui oeuvre en matière de contrats civils ou commerciaux doit en connaître les caractéristiques, compte tenu des liens de la société avec différentes institutions du droit civil et avec la compagnie.

ANNEXE

Cette annexe contient un certain nombre de dispositions qui servent à illustrer les propos contenus au texte qui précède; il ne s'agit pas d'une convention-type mais de dispositions éparses choisies pour l'intérêt qu'elles peuvent avoir à titre de complément du texte. À l'occasion, des formulations différentes de la même clause sont présentées.

ARTICLE 1 — LES ATTENDUS

ATTENDU QUE A, B et C (ci-après désignés l'associé ou les associés) sont membres en règle de l'Ordre des comptables agréés;
ATTENDU QUE les associés désirent exercer ensemble leur profession de comptable agréé dans la province de Québec;
ATTENDU QU'à cette fin, les associés ont convenu de se constituer en société suivant les termes et conditions mentionnés ci-après.

ARTICLE 2 — LES DÉFINITIONS

“Associé” désigne une personne ayant adhéré ou qui adhérera au présent contrat;

“Convention” désigne la présente convention telle que modifiée ou complétée de temps à autre par une ou plusieurs conventions conclues conformément aux dispositions applicables de la présente convention;

“Résolution ordinaire” désigne une résolution approuvée par les détenteurs d'au moins 50% des parts sociales;

“Résolution ordinaire” désigne une résolution approuvée par les détenteurs d'au moins 50% des parts sociales s'exprimant sur ladite résolution à une assemblée convoquée aux fins d'examiner cette résolution;

“Taux préférentiel” désigne le taux annuel de référence affiché de temps à autre par le banquier de la société, d'après lequel sont calculés les taux d'intérêts sur les prêts commerciaux consentis par ledit banquier;

“Société” désigne la société constituée en vertu des présentes.

ARTICLE 3 — LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ

ALINÉA 1

Les parties aux présentes conviennent et s'engagent séparément les unes envers les autres à être constituées et elles se constituent et

s'associent par les présentes en société connue et désignée sous la raison sociale de...

ALINÉA 2

La société d'avocats décrite dans le préambule ci-dessus est par les présentes créée et constituée à compter du...

ARTICLE 4 — LE BUT DE LA SOCIÉTÉ**ALINÉA 1**

La société est organisée dans le but d'exercer la profession d'avocat ainsi que toute activité incidente à l'exercice de cette profession (Tiré du Contrat-type de la société d'avocats, de l'Association du Barreau canadien, révision de 1979);

ALINÉA 2

La société est formée dans le but d'exercer la profession de notaire telle qu'elle est définie par le Code des professions et la Loi du notariat (Tiré de D. PELLETIER, "Le contrat de société entre notaires", (1978) C.P. du N. 335);

ALINÉA 3

Le but de la société sera l'exercice de la profession d'ingénieurs professionnels, comme ingénieurs-conseils dans tous les domaines qui peuvent faire l'objet de la pratique d'ingénieurs professionnels, sans restreindre la généralité de ce qui apparaît ci-dessus, incluant mécanique, électricité, structure, gérance de tous travaux, agencement, coordination, évaluation et autres qui peuvent être rendus par la société et/ou l'un ou l'autre des membres d'icelle;

ALINÉA 4

- a) Le but de la société est d'exploiter l'entreprise de _____ connue sous le nom de _____ située au _____ ;
- b) Le but de la société est d'exploiter des restaurants de toutes sortes.

ARTICLE 5 — LA DURÉE**ALINÉA 1**

Cette convention se renouvellera automatiquement, *MUTATIS MUTANDIS*, pour _____ () ans à compter de la date d'expiration de la présente convention et ainsi, par la suite, pour des périodes additionnelles de _____ () ans chacune, à moins que l'une ou l'autre des parties aux présentes n'adresse aux autres, sous pli recommandé, au moins _____ () mois avant

l'expiration de la présente convention ou de tout renouvellement d'icelle, un avis écrit de son intention de mettre fin à la convention ou d'exiger de nouvelles conditions;

ALINÉA 2

La société est formée pour une période de _____ ans, mais elle pourra être dissoute avant cette date si les associés y mettent fin par résolution extraordinaire. Le départ, le décès, la faillite, l'interdiction, la radiation, l'avis d'intention signé par un associé, le changement d'associé (que ce soit par l'admission d'associés ou par l'expulsion, désistement ou tout autre retrait d'associés), l'arbitrage de différends ou autre n'entraîneront pas la dissolution de la société existant entre les associés qui restent, ou qui ne sont pas présumés avoir causé ou qui n'ont pas demandé la dissolution. Et dans ces derniers cas, la dissolution n'aura d'effet que pour l'associé concerné et alors cet associé sera censé s'être retiré de la société selon les conditions prévues aux présentes dans les circonstances particulières à cet associé.

ARTICLE 6 — LES ASSOCIÉS

ALINÉA 1

Les associés feront apport à la société de:

1. Tout l'équipement et appareils médicaux et instruments qu'ils possèdent déjà;
2. Tout l'ameublement qu'ils possèdent déjà et qui sera utilisé dans le local de la société;
3. Tous les honoraires dus à chacun des associés à la date du _____ et non encore perçus;
4. Tous les honoraires professionnels qu'ils recevront dans l'avenir.

ALINÉA 2

Tout associé doit consacrer substantiellement tout son temps, son énergie et son habilité aux activités de la société à moins qu'il n'en soit empêché par la maladie ou par tout autre motif accepté par les associés. Il doit agir dans le meilleur intérêt de la société conformément aux lois, aux règlements et aux principes d'éthique professionnelle applicables aux avocats de la province où il exerce. Aucun associé ne peut exercer sa profession pour son propre compte; toute activité juridique ne doit être exercée que dans l'intérêt et pour le compte de la société. Si un associé se retire du cabinet, tous les dossiers ou mandats dont il était chargé sont et demeurent la propriété de la société à moins que le client ne demande spécifiquement le transfert de ses dossiers ou mandats à l'associé qui

se retire. Dans un tel cas, tous les honoraires dus à la date du changement appartiennent à la société et doivent être payés à la société de la même manière et conformément aux principes qui s'appliqueraient au transfert d'un dossier à un avocat qui n'est pas membre de la société. (Tiré du Contrat-type de la société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, révision de 1979.)

ALINÉA 3

Il est expressément entendu et convenu que chacune des parties aux présentes accorde des services professionnels exclusivement à la société et s'engage à n'accorder ni de son temps ni de son travail professionnel à aucune autre personne, firme, société, corporation ou entreprise, soit directement ou indirectement, contre rémunération ou autrement, ni tenter de ce faire, sans le consentement des autres parties, et, de plus, s'engage, pendant la durée de la présente convention, à ne pas aider qui que ce soit à faire connaissance avec les clients de la société et à ne pas divulguer ou dévoiler leurs noms et adresses et, en particulier, mais sans limiter en rien la généralité de ce qui précède, à ne faire aucun effort pour prendre avantage, au détriment de la société ou des autres parties, des contacts établis avec les clients de la société, et elle consent, par les présentes, à ce que cette clause soit exécutoire, en dépit des droits accordés par toute autre clause de la présente convention, sa mise en exécution ne devant pas y mettre fin.

ALINÉA 4

Le montant de tous honoraires professionnels ou de tout salaire ou autres rémunérations pour services professionnels que l'une ou l'autre des parties aux présentes pourra recevoir, de toute source autre que la société, pendant la durée de la présente convention, devra, avant que tout partage soit effectué, être ajouté aux profits nets de la société et payé aux autres et/ou, selon le cas, être ajouté aux pertes nettes de la société et payé à la société par celui qui l'aura reçu sur quoi, le solde de tels profits ou pertes pourra être divisé entre les parties en parts égales.

ALINÉA 5

Tout apport additionnel de capital devra être fait à part égale par tous les associés. Une mise de fonds effectuée par l'un ou l'autre des associés qui ne sera pas suivie par une mise de fonds égale par tous les autres coassociés sera considérée comme une avance ou un prêt de cet associé à la société. Ledit prêt portera alors intérêt au taux de _____ % payable mensuellement.

ALINÉA 6

Sauf pour ce que susdit, les parties aux présentes ne seront aucunement obligées, les unes envers les autres, à contribuer quelque montant, bien ou actif que ce soit au capital de la société, si ce n'est leur service professionnel;

Toutefois, si l'une ou l'autre des parties venait à contribuer quelque bien ou actif additionnel, elle en sera dédommée avec intérêt au taux courant de banque, à même les revenus de la société et ce, avant tout partage étant convenu qu'aucun autre bien ou actif additionnel ne pourra être contribué à la société que du consentement majoritaire des parties aux présentes.

ALINÉA 7

Les associés devront informer la société de tout événement susceptible de compromettre leur solvabilité financière, en faisant parvenir un avis écrit par poste certifiée au siège social de la société.

ALINÉA 8

Chaque associé s'engage à payer et à acquitter, régulièrement et ponctuellement ses dettes et obligations personnelles, afin d'éviter toute poursuite de demande ou de réclamation contre la société, les associés ou leurs ayants droits. (Tiré du Contrat-type de société d'avocats de l'Association du Barreau canadien.)

ARTICLE 7 — LE RETRAIT DE L'ASSOCIÉ**ALINÉA 1**

Le retrait d'un associé pour quelque cause que ce soit ne dissout pas la société quant aux autres associés. La société continuera son existence sous le nom qu'elle avait avant ce retrait ou au décès ou sous tout autre nom qui peut être convenu entre les associés. Au cas de retrait d'un associé, l'intérêt de l'associé qui se retire demeurera en possession des associés qui restent de la manière prévue ci-après pourvu toutefois que dans les trente jours d'un tel retrait, les associés puissent par résolution extraordinaire déclarer que la société est dissoute à compter de la date du retrait. (Tiré du Contrat-type de société d'avocats de l'Association du Barreau canadien, révision de 1979.)

ALINÉA 2

Advenant le renvoi d'un associé, celui-ci s'engage à céder aux associés restants et ces derniers s'engagent à acquérir les parts de cet associé dans l'entreprise. Dans un tel cas, la valeur de ces parts est établie à partir de l'avoir du sociétaire tel qu'apparaissant au bilan effectué en

date du départ augmenté d'une compensation de 5 000 \$ pour manque à gagner.

Le remerciement d'un associé ne peut être effectué sans le consentement unanime de tous les autres associés. (Tiré de l'arrêt *Tremblay c. Moffat*, C.S., no 650-05-000077-79.)

ALINÉA 3

L'expulsion d'un associé ne prend effet que sur avis écrit de dix jours à ce dernier, signé par deux des cinq associés, indiquant l'une des causes suivantes:

- a) déloyauté grave ou fraude envers la société;
- b) conduite préjudiciable à la société;
- c) manque de professionnalisme.

ARTICLE 8 — LA DISSOLUTION

La présente société pourra se terminer par le consentement d'au moins 70% des associés en donnant un avis écrit d'au moins trente (30) jours à tous les associés par poste certifiée.

Lorsque la présente convention se terminera ainsi par le consentement mutuel des associés, chaque associé reprendra ses meubles, livres et autres biens personnels, par lui mis au service de la société.

La société verra à ce que les vérificateurs préparent un bilan dans les plus brefs délais et toute distribution sera faite en conformité avec le bilan.

La perception des comptes à recevoir se fera par un agent indépendant nommé à la majorité simple des associés.

Chacun des associés pourra consulter les livres de la société.

ARTICLE 9 — LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

ALINÉA 1

Le commandité tiendra chaque commanditaire indemne et à couvert à l'égard de tous les frais, obligations et dommages supportés par ce commanditaire advenant la perte de la responsabilité limitée pour quelque raison que ce soit autrement qu'à la suite d'une omission ou d'une violation des devoirs du commanditaire. Le commandité indemnifiera la Société de tous dommages subis par celle-ci par suite d'une inexécution de la part du commandité. L'indemnisation faite par le commandité s'étendra à des cas où un commanditaire peut être tenu responsable par suite d'une fausse déclaration dans la déclaration de société en commandite.

ALINÉA 2

Le commandité déclare qu'il est engagé et qu'il a l'intention de continuer dans le domaine de l'exploration de minerai et qu'il partagera son temps entre la société et les autres activités dans lesquelles la société n'a aucune participation. Le commandité peut devenir un commandité ou un commanditaire de cette société ainsi que d'autres sociétés en commandite et pendant la durée de la société, le commandité peut exercer les fonctions d'associé ou de coparticipant dans des entreprises formées en vue de la recherche de minéraux y compris des entreprises en coparticipation dont la société est un coparticipant.

Par suite de telles activités, le commandité peut acquérir des propriétés dans lesquelles aucune participation ne sera offerte à la société. Les commanditaires conviennent que les activités du commandité à l'égard de ce qui précède sont réputées ne pas constituer un conflit d'intérêts ou une violation d'obligations de fiduciaire du commandité à l'égard des activités de la présente société et les commanditaires acceptent ces activités du commandité à la condition que celles-ci ne contreviennent pas aux fonctions du commandité en vertu de la présente convention.

Le commandité n'est pas tenu de rendre compte à la société ou à tout commanditaire de tout avantage ou bénéfice tiré de toute activité similaire ou concurrentielle ni d'aucune transaction du commandité ayant trait à celle-ci en raison de tout conflit d'intérêts ou de la relation du fiduciaire créée en vertu des fonctions du commandité conformément aux présentes, à moins que telle activité similaire ou concurrentielle soit contraire aux modalités de la présente convention.

ALINÉA 3

Le commandité déclare et garantit ce qui suit aux commanditaires et en convient avec eux:

- a) il est une compagnie constituée et en règle en vertu des lois de la province de Québec;
- b) il a la capacité et le pouvoir d'exercer les fonctions de commandité;
- c) il prendra toutes les mesures et toute action qui peuvent être nécessaires en vue d'assurer la responsabilité limitée des commanditaires; et
- d) il agira dans la conduite des affaires de la Société au meilleur des intérêts de la Société.

Chaque commanditaire déclare qu'il a la capacité légale pour conclure cette convention et qu'il n'est pas un non-résident du Canada au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu (Canada).

Les déclarations, garanties et engagements contenus dans le présent article demeurent valables après la signature de la présente convention et chaque partie est tenue de s'assurer que chaque déclaration qu'elle a faite et que chaque garantie qu'elle a donnée restent exactes pendant la durée de la société.

ALINÉA 4

Si le commandité juge qu'un apport additionnel devient nécessaire pour combler le ou un déficit de la société, il en donnera avis aux commanditaires en spécifiant le montant dont la société a besoin et chaque commanditaire pourra fournir sa quote-part du montant spécifié dans l'avis donné par le commandité. À défaut par un commanditaire de fournir dans les trente (30) jours de la date de la réception de cet avis, sa quote-part de l'apport additionnel spécifiée dans l'avis, il sera censé s'être désisté et la société reprendra l'intérêt dudit commanditaire conformément à l'alinéa 5.

ALINÉA 5

Advenant le cas où un commanditaire faisait défaut de faire les investissements prévus à l'alinéa 4, il sera censé s'être désisté de la société moyennant la somme d'un dollar (1,00 \$) et le commandité lui donnera avis de la reprise de son intérêt par la société. Cependant, le commanditaire en défaut sera relevé de son défaut et sera censé n'avoir jamais cessé d'être un commanditaire si à l'expiration des trente (30) jours suivant immédiatement la réception de l'avis ci-dessus il a effectué tous les paiements qu'il doit faire.

ALINÉA 6

Après le délai mentionné à l'alinéa 5, la société reprendra l'intérêt du susdit commanditaire étant présumé s'être désisté, pour et moyennant la somme d'un dollar (1,00 \$). L'intérêt dudit commanditaire présumé s'être désisté, sera réparti entre les commanditaires restant et le commandité, au ratio de quatre-vingt-dix pour cent (90%) pour les commanditaires, et ce au prorata de leur participation dans la société au moment du désistement du susdit commanditaire, et de dix pour cent (10%) pour le commandité.

Nonobstant tout désistement de commanditaires, la société ne sera pas dissoute pour autant.